

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

CAROLINA RIBEIRO GARCIA

**SEGURANÇA JURÍDICA NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE
NO BRASIL**

MARÍLIA
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CAROLINA RIBEIRO GARCIA

**SEGURANÇA JURÍDICA NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE
NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito da Universidade de Marília, como exigência
parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito,
sob orientação do Prof. Dr. Oscar Ivan Prux.

MARÍLIA
2007

Autora: CAROLINA RIBEIRO GARCIA

Título: SEGURANÇA JURÍDICA NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob a orientação do Prof. Dr. Oscar Ivan Prux..

Aprovado pela Banca Examinadora em ____/____/____

Prof. Dr. Oscar Ivan Prux
Orientador

Prof.(a) Dr.(a)

Prof.(a) Dr.(a)

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Napoleão e Terezinha;

A minha irmã Mirian;

- Minha base e meu constante apoio... Amor eterno e incondicional. Por todo o sempre.

Ao Rogério, meu noivo... portador dos meus mais belos sonhos.

AGRADECIMENTOS

A Santíssima Trindade – Pai, Filho e Espírito Santo.

A Maria, Senhora das graças da minha vida.

Ao meu orientador, Professor Doutor Oscar Ivan Prux, por todo o conhecimento compartilhado no decorrer deste Programa de Mestrado.

“Não cometerás injustiça no juízo. Não favorecerás o pobre, nem serás complacente para com o poderoso. Julgarás o teu próximo com imparcialidade.”

Levítico, 19:15.

SEGURANÇA JURÍDICA NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL

RESUMO:

A segurança jurídica enquanto princípio garantidor da estabilidade nas relações contratuais, aliada ao princípio da certeza do direito, atua de modo a favorecer o acesso efetivo ao Estado Democrático de Direito. O presente trabalho tem como objetivo, analisando as decisões judiciais em sede de planos de saúde, verificar a existência ou não da insegurança jurídica quando do julgamento dos casos e da aplicação da legislação que regula o setor, e suas conseqüências para o consumidor. O tema é relevante, pois o número de beneficiários de planos de saúde aumenta a cada ano. Para tanto, inicia-se o trabalho com a análise da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República, de onde deriva o direito fundamental à vida e à saúde, assegurados constitucionalmente. Logo após, examina-se a saúde pública e a saúde privada no Brasil, bem como as peculiaridades e modalidades de contratos individuais de planos privados de assistência à saúde, firmados após a edição da Lei nº 9.656/98. Pretende-se, passando pelos Princípios Contratuais, refletir sobre a aplicação conjunta do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98 num verdadeiro “diálogo das fontes” para, ao final, examinar diretamente o Princípio da Segurança Jurídica no âmbito da prestação jurisdicional. Em seguida, diante dos poderes e deveres do Magistrado, estuda a limitação à atividade judicial. Desta forma, por meio de uma investigação científica, analisam-se os reflexos da atuação judicante direcionada ao setor de planos privados de assistência à saúde, pois, algumas decisões, embasadas em um conceito de abusividade, derivam na intervenção estatal, sem se atentar em alguns casos para o cumprimento da lei. Tudo isto para conhecer até onde vai o limite de cada um – Operadora de planos de saúde – Beneficiário/Consumidor e Poder Judiciário – .

Palavras-chave: segurança jurídica – certeza do direito – planos de saúde – atividade judicial.

JURIDICAL SECURITY INTO HEALTH PLAIN CONTRACTS

ABSTRACT:

The legal security while warranting principle of the stability in the contractual relations, allied at the outset of the certainty of the right, acts in order to favor the effective access to the Democratic State of Right. The present work has as objective, analyzing the sentences in headquarters of health plans, to verify the existence or not of the legal unreliability when of the judgment of the cases and the application of the legislation that regulates the sector, and its consequences for the consumer. The subject is excellent, therefore the number of beneficiaries of health plans increases to each year. For in such a way, the work with the analysis of the dignity of the person is initiated human being while bedding of the Republic, of where drift the basic right to the life and the health, assured constitutionally. Soon after, it is examined public health and the private health in Brazil, as well as the peculiarities and modalities of individual contracts of private plans of assistance to the health, after firmed the edition of the Law n° 9.656/98. It is intended, passing for the Contractual Principles, to reflect on the joint application of the Civil Code, the Code of Defense of the Consumer and the Law n° 9,656/98 in a true “dialogue of the sources” for, to the end, to directly examine the Principle of the Legal Security. After that, ahead of them to be able and duties of the Magistrate, studies the limitation to the judicial activity. In such a way, by means of a científica inquiry, the consequences of the directed judicante performance to the sector of private plans of assistance to the health are analyzed, therefore, some decisions, based in a abusividade concept, derive in the state intervention, without if attempting against in some cases for the fulfilment of the law. Everything this to know until where the limit of each one - Operator of health plans - Beneficiary/Consuming and Judiciary -.

Passwords: safety judicial – certainty of the right – plans of health – activity judicial.

LISTA DE SIGLAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
CAP – Caixas de Aposentadorias e Pensões
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF – Constituição da República Federativa do Brasil
CID-10 – Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde
CNS – Confederação Nacional de Saúde
CONSU – Conselho Nacional de Saúde Suplementar
IAP – Instituto de Aposentadorias e Pensões
IAPAS – Instituto de Administração Financeira e Assistência Social
IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS – Instituto Nacional de Previdência Social
IPCA – Índice de Preços ao Consumidor Amplo
MPAS – Ministério da Previdência e Assistência Social
OMS – Organização Mundial de Saúde
RDC – Resolução de Diretoria Colegiada
RN – Resolução Normativa
SIMPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social
STF – Supremo Tribunal Federal
SUS – Sistema Único de Saúde
SUSEP – Superintendência de Seguros Privados

INTRODUÇÃO	11
1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA: O DIREITO À VIDA	15
1.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL.....	18
1.1.1 Sistema Público de Saúde	22
1.1.2 Sistema Privado de Saúde – Saúde Suplementar: da Lei nº 9.656/98 à Lei nº 9.961/00.....	27
2 OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE	33
2.1 SEGUROS SAÚDE E PLANOS DE SAÚDE	33
2.2 ESPÉCIES DE CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE	36
2.2.1 Quanto à forma de contratação	37
2.2.2 Quanto ao tipo de cobertura assistencial	40
2.2.3 Dos procedimentos médicos excluídos e não cobertos pela lei	45
2.2.3 Quanto à abrangência geográfica	42
2.2.4 Quanto à data da assinatura	43
3 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	50
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	50
3.2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA SUPREMACIA DA ORDEM PÚBLICA	51
3.3 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS E O PRINCÍPIO DA REVISÃO CONTRATUAL	53
3.4. OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	55
3.4.1 Princípio da Função Social do Contrato	57
3.4.2 Princípio da Boa-Fé Objetiva	60
3.4.3 Princípio da Equivalência Material	63
3.5 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DE CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE: O DIÁLOGO DAS FONTES.....	64
3.5.1 As Cláusulas Abusivas	
4 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	63
4.1 LOCALIZAÇÃO DE REFERIDO PRINCÍPIO DENTRO DA ORDEM LEGAL	63

4.2 SEGURANÇA JURÍDICA E CERTEZA DO DIREITO	71
5 A SEGURANÇA JURÍDICA NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE	76
5.1 PODERES E DEVERES DO JUIZ: O DEVER DE IMPARCIALIDADE	75
5.1.1 As cláusulas abusivas	89
5.2 LIMITAÇÕES À ATIVIDADE JUDICIAL	91
5.3 CONSEQÜÊNCIAS DA ATUAÇÃO JUDICIAL: A INSEGURANÇA JURÍDICA	104
CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

Cuida o presente estudo, passando por uma análise do Princípio da segurança jurídica, de examinar os reflexos das decisões judiciais no mercado de planos de saúde, em especial em relação aos planos individuais, firmados após o advento da Lei nº 9.656/98.

Para tanto inicia a pesquisa, analisando a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, de onde revela-se o direito à saúde como direito fundamental e elementar à garantia do direito à vida e à existência digna.

Da análise do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, a saúde é direito de todos e dever do Estado, inicia-se o estudo da saúde pública no Brasil, da fase em que o atendimento à população era adstrito às instituições de caridade religiosas e filantrópicas, do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS e do Instituto de Administração Financeira e Assistência Social – IAPAS da década de 70.

Em seguida examina-se o Sistema Único de Saúde que, em 1990, veio para regular, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde.

Referido sistema, que apesar de formalmente perfeito, não conseguiu ser eficaz, tornou livre para o sistema privado, em face ao artigo 199 da Constituição Federal, a assistência à saúde.

Adentra, assim, no mercado de saúde suplementar, pois, apesar da garantia à saúde consistir em um dever do Estado, é permitido pela Constituição o seu exercício pela iniciativa privada. Acha-se, assim, diante do compartilhamento, entre o Estado e as prestadoras privadas, das responsabilidades no âmbito da saúde.

Ante o crescimento do setor foi editada em 03 de junho de 1998 a Lei nº. 9.656/98, que alterada pela Medida Provisória nº. 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, veio normatizar o mercado de saúde suplementar.

Em seguida, com a edição da Lei nº. 9.961/00 criou-se a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, com o fim de, regulando o setor, promover a proteção dos beneficiários dos planos de saúde, além de tomar conta do mercado de planos privados.

Referida agência regulou o modo de atuação das operadoras de planos de saúde, cuidando dos atos atinentes à entrada e saída das interessadas no setor, classificando os padrões de cobertura e de qualidade da assistência, entre outras atribuições.

Num segundo momento adentra-se nos contratos de planos de saúde em específico, analisando-se os tipos de contratos disponibilizados no mercado, que, à luz da forma de contratação, podem ser individuais ou familiares, coletivo por adesão e coletivo empresarial.

Analisa-se, ainda, a questão da cobertura assistencial, sempre defronte a Lei 9.656/98 e as Resoluções Normativas oriundas da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disso deriva o Plano Referência, que dá ao titular o direito a atendimento a todas as patologias descritas no Código Estatística e Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, sendo que as únicas restrições possíveis deverão vir expressas em lei. E por fim, os Planos Ambulatoriais, Hospitalares e Hospitalares com Obstetrícia.

É neste momento que se examinam os procedimentos médicos excluídos e não cobertos pela Lei nº 9.656/98 e pelo Rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar e que, por conta disso, não podem ser exigidos das operadoras.

Após, trata a pesquisa da abrangência geográfica dos contratos, cuja função é delimitar a sua área de atuação, fixando, geograficamente, até onde vai sua cobertura para, ao final, cuidar da relevância da data da contratação do plano e das conseqüências disso decorrentes.

Em tempo, diferencia os planos e seguros saúde, de modo que esta dissertação ateu-se somente aos Planos Privados individuais de Assistência à Saúde.

Na seqüência, trata dos princípios contratuais, diante de um olhar constitucional do Direito Privado, onde destacam-se os princípios da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e da equivalência material.

Imediatamente, analisa-se o liame envolvendo as operadoras de planos privados de assistência à saúde e os beneficiários, definindo-o como relação de consumo, para, em seguida, defender a aplicação conjunta do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98 quando da regulação de referidas situações.

Num quarto momento estuda o Princípio da Segurança Jurídica, como garantia de estabilidade nas relações jurídicas contratuais, indispensável às partes envolvidas num determinado negócio jurídico.

Sendo um princípio, visa garantir o equilíbrio nas relações jurídicas, conferindo às partes a confiança na lei e no contrato. Após, alia referido princípio à Certeza do Direito, de modo a defender a aplicação idônea da ordem jurídica.

Adentra-se, em seguida, na atuação judicial, analisando-se os poderes e deveres do juiz, dentre os quais, o dever de imparcialidade.

Coloca-se, assim, a atuação do juiz de modo complementar à função legislativa, vez que, dentre suas competências está a de bem aplicar e fazer valer o ordenamento jurídico.

As conseqüências da atuação judicial no mercado de planos privados de assistência à saúde são vistas em seguida, quando se estudam os efeitos sócio-econômicos destas ações em relação à coletividade de consumidores.

De modo especial analisam-se os reflexos dos reajustes inseridos anualmente nas mensalidades dos planos de saúde, reajustes estes que são fixados com base em todos os gastos da operadora, informados à Agência Nacional de Saúde Suplementar. Tudo isso a fim de manter o equilíbrio financeiro das próprias prestadoras e, conseqüentemente, o direito dado a cada indivíduo, de escolher uma operadora e aderir a um plano privado de assistência à saúde.

Busca, diferenciando o direito à saúde do direito à cobertura contratual, fixar limites à atuação judicial, limites estes estritamente legais, a fim de, estudando as conseqüências das decisões judiciais no mercado de saúde suplementar, defender a figura do consumidor em sua coletividade, e não somente, do consumidor individual, que figura no pólo passivo de uma demanda.

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA: O DIREITO À VIDA.

Analisando-se a Constituição Federal Brasileira, em seu Título I, verifica-se, de plano, os Princípios Fundamentais da República. Neste momento referido diploma estabelece que, a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em um Estado Democrático de Direito que tem, como fundamentos, cinco princípios: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Referidos princípios constitucionais, enquanto guardiões dos valores fundamentais da Ordem Jurídica embasam os Direitos Fundamentais do indivíduo trazidos pelo Título II, consagrando-os e colocando-os em um patamar superior, tal qual um complexo normativo hierárquico.

Dentre os princípios fundamentais citados acima, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que possui característica e conceituação ampla, vez que tutela a vida do indivíduo em sociedade, especialmente no que tange às garantias que lhes são asseguradas constitucionalmente.

É, a dignidade da pessoa humana, dentro da Constituição da República, valor supremo. De sua análise se extrai que, no momento estatal vigente após 1988, vem ser o homem o personagem principal da ordem jurídica. Assim, no dizer de Fladimir Jerônimo Belinati Martins, a pessoa humana passa a ser concebida como centro do universo jurídico e prioridade justificante do Direito¹.

Ademais, deriva da dignidade a que faz jus todo aquele que se ampara sob o teto do Estado Democrático de Direito, garantindo-lhe a integridade dos direitos e garantias fundamentais.

¹ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental*. 1ª ed (2003), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 72.

Para Luis Roberto Barroso o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas pelo simples fato de existirem. A propósito:

A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar².

Consiste, assim, a dignidade da pessoa humana, na prerrogativa assistida a todo ser humano, de ser respeitado como pessoa, de ter acesso a uma existência digna, e de ver garantida uma vivência material mínima.

Diante disso é que, a dignidade da pessoa humana foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro como um princípio de observação obrigatória, de natureza superior, além de legitimador de toda e qualquer atuação estatal e privada. É, como visto, valor fonte de todo o sistema jurídico-social e fundamento do Estado Democrático de Direito.

Para Ingo Wolfgang Sarlet a dignidade da pessoa humana consiste na:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³.

A situação de referido princípio em um nível axiológico-normativo superior é que determina seu reconhecimento como valor fonte do sistema constitucional, a si vinculando toda atuação legislativa e judicial, sob pena de ir contra o intuito do legislador Constituinte e, via de regra, contra os fundamentos da República.

² BARROSO, Luís Roberto. Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva - Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – Coordenadores Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51-52.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

Neste sentido Flávia Piovesan:

[...] o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional. Pode-se afirmar, considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade da pessoa humana como um valor essencial que lhe doa unidade de sentido [...].⁴

Dentre os valores sociais louvados pelo sistema Constitucional brasileiro e abrangidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, está o direito fundamental à vida, disposto na Constituição Federal no *caput* do artigo 5º.

Enquanto um direito fundamental, o direito à vida consiste em um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto posto, não é possível falar em garantia do direito à vida sem se ver assegurada a dignidade do indivíduo, enquanto preceito fundamental.

Para Ingo Sarlet, não é possível dissociar a dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais. Veja-se:

Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem [...] explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio [...], em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa⁵.

Sendo assim, qualquer atuação que fira o direito à vida terá, como efeito, o desacato à dignidade da pessoa humana, vez que um é consequência direta do outro.

Ademais, situa-se o direito à vida, dentro da gama de direitos fundamentais assegurados aos indivíduos, como uma categoria, sem a qual não se exerce nenhum outro direito. Desta forma, não há que se falar em direito à igualdade, à segurança e à propriedade, sem que se veja assegurado plenamente o direito à vida.

⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana*. In *Ensaio Constitucionais de Direitos Fundamentais*. Org. Alexandre Sturion de Paula. Campinas: Servanda editora, 2006, p. 227.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 86.

Neste sentido, Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal garante que 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. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à sua subsistência⁶.

A função do Estado, ao assegurar referidos direitos, é promover e garantir aos indivíduos melhores condições de vida em sociedade. Isto pois, materializa-se e se assegura o direito à vida por meio da atuação estatal, seja por meio de medidas de segurança pública, seja por meio de políticas de saúde.

Diante disso é que, ao falar do direito à vida, é impossível não associá-lo ao direito à saúde, enquanto direito fundamental social inerente a cada indivíduo, e como consequência direta do Princípio da dignidade da pessoa humana. Analisa-se, assim, o direito à saúde.

1.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil confere proteção aos direitos sociais, ao reconhecer em seu artigo 6º que, são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.

A partir daí, o direito à saúde firma-se na Constituição de 1988 como um direito fundamental de todos, e dever do Estado.

Ao se falar do direito à saúde, é imprescindível reconhecê-lo, como se viu, qual um componente do direito à vida e à existência digna da pessoa humana.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 61/62.

Deste modo, sendo negado ao indivíduo o direito à saúde, nega-se-lhe, via de regra, o acesso à grande maioria das garantias fundamentais e direitos sociais que lhe são asseguradas constitucionalmente.

Julio César de Sá da Rocha, acerca do direito à saúde, dispõe que:

A conceituação da saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida, uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Conseqüentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal⁷.

Em 1948 a Organização Mundial da Saúde – OMS definiu a saúde, no preâmbulo de sua Constituição, como o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social. Dispôs, ainda, que gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social⁸.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas dispõe em seu artigo 25 que, toda pessoa tem direito a um padrão de vida adequado à saúde e bem estar próprios e de sua família⁹.

Já, o Conselho Federal de Medicina vai além. Para referido órgão saúde é o resultante das adequadas condições de alimentação, habitação, saneamento, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde¹⁰.

Assim, se não há trabalho, habitação e saneamento não há que se falar em saúde.

⁷ ROCHA, Julio César de Sá da Rocha. *Direito da Saúde. Direito Sanitário na perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: LTr, 1999, p. 43.

⁸ Constituição da Organização Mundial da Saúde - OMS. Disponível em <www.who.int> Acesso em 20 de junho de 2007.

⁹ Disponível em <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em 19 de junho de 2007.

¹⁰ Conselho Federal de Medicina. Disponível em <www.portalmedico.org.br>. Acesso em 20 de junho de 2007.

Para Elida Séguin, a conceituação do Conselho Federal de Medicina demonstra a inter-relação da Ciência Médica com as Ciências Humanas, dando relevância ao estado de higidez física e mental do paciente dependente do meio físico e social que o envolve¹¹.

Desta forma, não se pode ater somente à idéia de saúde física, mas, especialmente nos dias atuais, em que as doenças psíquicas são tidas como os males do século, há que se favorecer um meio social saudável a fim de assegurar a efetiva saúde do indivíduo.

Segundo Germano Schwartz, para efeitos de aplicação do artigo 196 da Constituição Federal, a saúde consiste em:

Um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa melhorar a qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular no estado de bem estar¹².

Neste ínterim, o direito à saúde foge da antiga percepção da ausência de doença, e, muito além disso, consiste na possibilidade de se assegurar ao indivíduo o direito de ser saudável, tanto física, quanto psicologicamente, de viver em um ambiente salubre, com uma estrutura que lhe favoreça o mínimo de bem estar, de conforto, de educação, de cultura, de acesso o pleno emprego, e de todas as garantias que lhe são constitucionalmente asseguradas.

Desta forma, situando-se o direito à saúde no âmbito dos direitos fundamentais, há que se cuidar sucintamente da multidimensionalidade de ditos direitos no Estado Constitucional. Isto, pois, se dividem os direitos fundamentais em primeira, segunda, terceira e, até, em quarta dimensão¹³.

¹¹ SÉGUIN, Elida. *Plano de Saúde*. Editora Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 04.

¹² SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

¹³ Tem-se como direitos fundamentais de primeira dimensão os direitos civis e políticos, de terceira dimensão os direitos de fraternidade e solidariedade, e, por fim, os direitos fundamentais de quarta dimensão, compõe-se dos direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são aqueles que dizem respeito às liberdades concretas, exigindo do Estado ações positivas em prol do bem estar social. São os direitos sociais.

Neste sentido, Dirley Cunha Junior:

Com a ascensão do Estado social, surgem os direitos de segunda dimensão, caracterizados por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras, revelando uma transição das liberdades formais abstratas, conquistadas pelo liberalismo, para as liberdades materiais concretas¹⁴.

Funda-se, assim, a segunda geração de direitos fundamentais, na idéia de igualdade. Ademais, por se tratar de uma atuação positiva do Estado, corresponde aos direitos sociais do ser humano em sua coletividade, especialmente naqueles assecuratórios do direito à vida como, por exemplo, o direito à saúde e ao trabalho.

Belize Câmara Correia, acerca dos direitos sociais ou de segunda dimensão dispõe que:

Os direitos sociais, também conhecidos e consagrados pela doutrina como direitos de segunda geração, identificam-se com uma situação jurídica caracterizada pela existência de um dever constitucionalmente atribuído ao Estado, consistente na realização de prestações positivas patrimoniais (materiais) ou não-patrimoniais (imateriais), afastando-se das tradicionais liberdades públicas, na medida em que reclamam, para o seu cumprimento, não uma omissão ou abstenção, mas, ao revés, uma postura ativa e dinâmica por parte do sujeito constitucionalmente obrigado, com o objetivo fundamental de atenuar as contradições e desigualdades sócio-econômicas, alicerçando-se, para tanto na idéia de justiça material ou distributiva¹⁵.

Como se viu, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde já era reconhecido no Brasil como um direito fundamental¹⁶. E é assim que, referido diploma legal, ao tratar dos direitos sociais no Capítulo II do Título I, emprega o direito à saúde como um direito fundamental social, sem o qual não há que se falar em uma existência digna.

¹⁴ CUNHA JR., Dirley. *Controle de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 204.

¹⁵ CORREIA, Belize Câmara. *O Juiz e a sua Função Político-Social*. www.amatra6.com.br/amatra/ed19_7.htm. Acesso em 25/01/2007, Pág. 03.

¹⁶ Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS – 1948.

Neste desiderato, figurando o direito à saúde como um direito fundamental social na Constituição Federal de 1988, é inegável a sua equiparação ao direito à vida. É facilmente verificável que ambos direitos fundamentais caminham lado a lado. Isto, pois, a proteção do direito à vida presume a eficaz garantia do direito à saúde.

Ademais, para se alcançar a efetiva dignidade da pessoa humana, colocada pela Constituição como valor-fonte do Estado Democrático de Direito, há que se permitir aos indivíduos a possibilidade, não somente de sobreviver, mas sim, de viver com saúde. Nesta linha, Vidal Serrano Nunes Júnior, dispõe que:

Os Direitos Fundamentais constituem numa categoria jurídica orientada à preservação da dignidade humana em todas as suas dimensões. [...] Parece incogitável tratar-se de dignidade humana, de inclusão social e, em suma, dos direitos fundamentais como razão ser do Estado, sem se garantir o direito à saúde como um pressuposto básico destes conceitos¹⁷.

A partir daí já se pode analisar o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

É neste artigo que o legislador proclama, não só o direito fundamental à saúde, inerente a cada ser humano, como, também, deixa claro que é dever do Estado assegurar o seu cumprimento, dando-lhe efetividade por meio de medidas de caráter preventivo ou recuperatório.

Desta forma, inclusive, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência hospitalar.¹⁸

¹⁷ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *O direito à saúde e a efetividade dos direitos sociais*. 41ª Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica. Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Pág. 77/78.

¹⁸ RE 267.612-RS. Rel. Ministro Celso de Mello.

Contudo, apesar de se observar no artigo 196 que a garantia à saúde é um dever do Estado, permite-se que os serviços de saúde ali imputados ao Estado, sejam operados por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Disso deriva um sistema misto de saúde: o sistema público e o sistema privado, que ora serão analisados.

1.1.1 Sistema Público de Saúde

Restou demonstrado que, a garantia do direito à saúde, assegurado constitucionalmente a todos os indivíduos, é dever do Estado, nos moldes do artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Porém, nem sempre foi assim.

Até a década de 20, a assistência à saúde no Brasil era essencialmente privada, estabelecida em bases de ligações pessoais médico-paciente, num modelo autônomo e liberal, sendo que o atendimento à população de baixa renda ficava a cargo das instituições religiosas e filantrópicas que prestavam assistência na forma de caridade, e, jamais, como um direito social¹⁹.

Foi com o Decreto nº 4682/23, também conhecido como Decreto Elói Chaves, que se institucionalizou a previdência social por meio das Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAP, dos trabalhadores do setor ferroviário nacional.

Conforme dispõe Cristina de Albuquerque Possas, referidas Caixas consistiam em um sistema empresarial, com administração própria de seus fundos, sendo formada por um conselho composto de representantes dos empregados e empregadores. Esta espécie de representação direta das partes interessadas, com a participação de representantes de empregados e empregadores, permaneceu até 1967, com a criação do INPS.²⁰

¹⁹ CALVO, Maria Cristina Marino. *Hospitais Públicos e Privados no Sistema Único de Saúde do Brasil: O mito da eficiência privada no estado do Mato Grosso em 1998*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

²⁰ POSSAS, Cristina de Albuquerque. *Saúde e trabalho – a crise da previdência social*. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

Eram atribuições das CAP's, o atendimento médico de emergência aos segurados e seus familiares e o auxílio para a compra de medicamentos, sendo que, em 1926 estendeu-se a cobertura para internações hospitalares em casos de intervenções cirúrgicas.

Foi, no entanto, em 1930, em pleno Estado Novo e na onda das reformas trabalhistas iniciadas com a Era Vargas, que surgem os Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAP em substituição às Caixas de Aposentadorias e Pensões.

Nesta nova modalidade os beneficiários deixavam de ser vinculados a uma empresa para, a partir de então, se vincularem a uma categoria profissional.

Em 1953 foi criado o Ministério da Saúde, tendo como responsabilidades novas doenças e as ações de caráter preventivo, mas, não obstante isso, a população continuava vinculada aos Institutos de Aposentadorias e Pensões.

Foi somente na segunda metade da década de 60, com a promulgação da Lei Orgânica da Previdência Social – Lei nº 3.807/60, que referidos institutos foram unificados no Instituto Nacional de Previdência Social, instituto este que herdou a responsabilidade pela prestação de assistência médica aos segurados do IAP.

Em 1974 a assistência médica ligou-se formalmente à previdência social, no âmbito do recém criado Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, só se desvinculando em 1977 com a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SIMPAS, que por ser subordinado ao MPAS instituiu duas novas autarquias: o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, e o Instituto de Administração Financeira e Assistência Social – IAPAS.

Diante disso o INPS passou a ser responsável apenas pela previdência social, cabendo ao INAMPS as questões ligadas a assistência à saúde.

Foi na Década de 80, ante a inviabilidade financeira do setor, decorrente, dentre outras coisas, da elevação dos custos operacionais, que o financiamento da assistência médica nacional quedou-se em crise, restando deficitário todo o complexo previdenciário nacional.

Promulgou-se a Constituição Federal de 1988 e, no início década de 90, com o objetivo de atender ao disposto no artigo 198²¹, surgiu, em 19 de setembro, a Lei Orgânica da Saúde, sob o nº 8.080/90.

Esta lei organizou o Sistema Único de Saúde – SUS e, conforme seu artigo 1º, veio regular, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou Privado.

Ademais, dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, além de tratar da organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Por conta disso, o INAMPS foi extinto em 1993.

Conforme ensina Marcus Vinicius Polignano, nos moldes da Constituição Federal, a concepção do SUS baseava-se na formulação de um modelo de saúde voltado às necessidades populacionais, a fim de resgatar o compromisso do estado para com o bem-estar social, especialmente no que refere a saúde coletiva, consolidando-o como um dos direitos da cidadania. E conclui:

Esta visão refletia o momento político porque passava a sociedade brasileira, recém saída de uma ditadura militar onde a cidadania nunca foi um princípio de governo. Embalada pelo movimento das diretas já, a sociedade procurava garantir na nova constituição os direitos e os valores da democracia e da cidadania²².

E, segundo Elida Séguin, com a instituição do atual Sistema Único de Saúde foram sendo criados mecanismos descentralizantes visando facilitar a verificação da qualidade dos serviços prestados na área de saúde, numa forma de auditoria, objetivando racionalizar a escassez dos recursos disponíveis, trazendo o poder decisório para perto do problema e dinamizando uma solução²³.

²¹ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

²² POLIGNANO, Marcus Vinicius. *História das Políticas de Saúde no Brasil - Uma Pequena Revisão*. Disponível em <http://internatorural.medicina.ufmg.br/saude_no_brasil.pdf>. Acesso em 01 de julho de 2007.

²³ SÉGUIN, Elida. *Plano de Saúde*. Editora Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 86/87.

Acerca do Sistema Único de Saúde, dispõe Ieda Tatiana Cury²⁴, que:

Resultante do debate e das reivindicações sobre a democratização da saúde, o SUS certamente representou, no âmbito das políticas sociais, senão a mais vigorosa, pelo menos uma importante iniciativa de dotar o Estado de capacidade jurídico-legal para mediar um processo redistributivo. Pretendia-se que o SUS superasse uma das principais características do sistema de saúde brasileiro: a fragmentação institucional e programática das instituições públicas – expressas na dicotomia entre a medicina previdenciária e as políticas preventivas do Ministério da Saúde.

Assim, o SUS, responsável pelo sistema público de saúde do Brasil, fruto da Constituição Federal de 1988, consiste no instrumento Estatal para assegurar à população brasileira o atendimento e à garantia à saúde. Trata-se de um modelo universalista, reconhecido como o mais íntegro e completo do ponto de vista social já que visa atender a toda a população nacional.

O Superior Tribunal de Justiça acerca do Sistema Único de Saúde, assim se posicionou:

O Sistema Único de Saúde (SUS) visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior que é a garantia à vida digna²⁵.

Este sistema é financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos moldes da Emenda Constitucional nº 29, que determinou a vinculação de receitas dos três níveis para o sistema.

No entanto, a eficácia de referido sistema nem sempre se concretizou. Tudo isto, pois o acesso aos serviços se mostrou demorado, suas condições de atendimento precárias, de modo que, a defasagem de equipamentos e instalações, fez com que, crescesse o grau de insatisfação da população e, via de regra, o sistema privado de saúde.

²⁴ CURY, Ieda Tatiana. Direito Fundamental à Saúde – Evolução, Normatização e Efetividade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 94.

²⁵ 1ª Turma, julgamento de 10/10/2002 – Rel. Luiz Fux.

Assim, teve de ser reconhecido que, a vontade do legislador e a finalidade social da Lei que criou o SUS, passou longe de ser efetivamente alcançada.

Tanto é assim que, na 11ª Conferência Nacional de Saúde realizada em dezembro de 2000 foi possível confirmar que o Brasil está há anos luz de alcançar o objetivo do Constituinte de 1988. Veja-se:

A Saúde da população do Brasil, como preceitua a Constituição Federal, depende de fatores econômicos e sociais, entre eles, a garantia de emprego, salário, casa, comida, educação, lazer, transporte. Neste momento o desemprego, a péssima distribuição de renda [...], a fome e a desnutrição e outros muitos agravos interferem nas formas de adoecer e morrer, caracterizando um quadro epidemiológico da maior perversidade, agravado pelas condições de pobreza, gênero, raça e idade [...]²⁶.

É possível assim, concluir que, o crescimento do setor privado está diretamente ligado ao fracasso da política universalizante do governo, representada pelo SUS, que passou a ser reconhecido por todos como um sistema pobre para os pobres.

Disso o surgimento e crescimento do mercado de saúde suplementar, materializado pelos planos privados de assistência à saúde e que ora serão analisados.

1.1.2 O Sistema Privado de Saúde – Saúde Suplementar: da Lei nº 9.656/98 à Lei nº 9.961/00.

A Constituição da República, em seu artigo 199, dispõe que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Assim, mesmo sendo o direito à saúde um dever do Estado, a Constituição permite o seu exercício pela iniciativa privada. Surge, aqui, uma divisão das responsabilidades. De um lado o Estado, e de outro, as operadoras privadas de planos de saúde.

A gênese de referido ramo deu-se entre os anos 60 e 70, com o descrédito e má qualidade dos serviços inerente ao sistema público de saúde, momento em que, uma parcela da população, mais abastada, passou a recorrer ao sistema privado, caracterizado pelos planos e convênios de assistência à saúde.

²⁶ Relatório da 11ª Conferência Nacional de Saúde realizada em 15 a 19 de dezembro de 2000. Disponível em <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_11.pdf>. Acesso em 23 de junho de 2007, p. 13.

Segundo Célia Almeida, o desenvolvimento do setor privado na saúde no Brasil liga-se diretamente à opção modernizante implementada pelo governo autoritário, que, com a unificação dos institutos previdenciários, expandiu a população previdenciária de beneficiários, mas desintegrou os esquemas associativos que lhe davam voz, impondo à política social uma racionalidade privatizante, que, embora tecnicamente justificada, desencadeou e exacerbou seus traços perversos²⁷.

E conclui, dizendo que, iniciam-se aí as modificações no *mix* público/privado no setor saúde, que alavancariam a expansão do mercado de serviços de assistência médica, por meio basicamente de duas estratégias convergentes: a compra de serviços pelo Estado e a transferência da função provedora para a iniciativa privada²⁸.

Referido sistema, então, passa a ser manejado pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, atuando de modo suplementar ao sistema público que já foi analisado. Em razão disso é denominado de setor de saúde suplementar.

Assim, de um sistema que deveria ser complementar, ou seja, que deveria somente completar o sistema público, quando houvesse necessidade, depara-se com um sistema suplementar, que, segundo Aurélio Buarque²⁹, vem para suprir ou compensar a deficiência de algo³⁰.

É evidente que, a existência deste setor só se deu em virtude da falência do sistema público. Sendo assim, não fosse a dificuldade de acesso e a má prestação de serviços, não se faria necessária a suplementação. Está-se, assim, diante de um ramo contratual cujo objeto é a prestação de serviços de saúde, mediante a contratação de um serviço que, por conseqüência, impescinde de um pagamento.

²⁷ ALMEIDA, Célia. *O Mercado Privado de Serviços de Saúde no Brasil: Panorama Atual e Tendências da Assistência Médica Suplementar*. Brasília: IPEA, 1998.

²⁸ Op. Cit.

²⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Médio Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p. 1607.

³⁰ Para Fabiana Ferron, a livre presença da iniciativa privada no mercado de saúde é amparada pelo artigo 199. Entretanto, de acordo com seu § 1º, a participação deveria ser feita de forma complementar ao Sistema Único de Saúde – SUS, o que não ocorre na prática, tendo em vista que o Estado não foi capaz de superar as dificuldades crônicas do setor, oferecendo à população um serviço de baixa qualidade. A iniciativa privada opera no setor justamente porque o sistema público, decadente e sem recursos, não tem como oferecer o que dele se espera.

Desta forma, é requisito essencial à entrega do serviço, o pagamento pela utilização dos mesmos, pagamento este que varia conforme a modalidade de vínculo contratual constituído. Este vínculo pode se dar diretamente pelo contratante, no caso dos planos individuais, objetos da presente pesquisa, ou até por meio da intermediação de terceiros no caso das empresas.

Pode-se dizer que, referido sistema compõe-se de um método de inclusão do setor privado nos serviços de saúde, em situação de simultaneidade com o Estado. Tudo isso, porém, possibilitando ao indivíduo a faculdade de optar, de acordo com sua condição financeira, pela utilização do serviço público de saúde ou não.

Isadora Selig Ferraz, *apud* Paulo César Melo da Cunha, acerca dos planos de saúde, traz que:

As operadoras de planos são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade em sua organização societária, prestando serviços próprios ou através de terceiros [...]. Se o fornecedor é [...] plano de saúde, a obrigação é de fazer – fornecer o tratamento [...] independente do êxito do mesmo, de maneira que, mesmo que o usuário-paciente não fique plenamente recuperado, o fornecedor cumpriu sua obrigação de proporcionar assistência total para tanto³¹.

Destaque-se, porém, que apesar de o setor de saúde suplementar operar no Brasil desde a década de 60, a crescente demanda envolvendo o mercado de planos privados de assistência à saúde fez com que, em 03 de junho de 1998 fosse editada a Lei nº. 9.656/98, que alterada pela Medida Provisória nº. 2.177, de 24 de agosto de 2001, regula os planos privados de assistência à saúde.

Segundo Arnaldo Rizzardo, referida lei representa o reconhecimento da incapacidade dos cofres públicos em suportar as despesas exigidas para um eficiente serviço. Para tanto, era necessário reformular a legislação revigorante, de forma a oferecer à população instrumentos eficientes e idôneos, criando credibilidade e seriedade num setor que sofria sérias precariedades³².

³¹ FERRAZ, Isadora Selig Ferraz *apud* CUNHA, Paulo César Melo da. *Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2003, Pág. 248/249.

³² RIZZARDO, Arnaldo. *Planos de Assistência e Seguros de Saúde – Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 21.

Dispõe a Lei nº 9.656/98, em seu artigo 1º, incisos I e II, que:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

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

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;

Esta lei reestruturou o mercado de planos privados de assistência à saúde, regulamentando questões como, a ampliação de cobertura assistencial, o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, o registro das operadoras, a exigência das reservas técnicas, e a permissão para atuação de empresas de capital estrangeiro.

Ademais, ao instituir os tipos de segmentação e o rol de procedimentos obrigatórios definiu um padrão de assistência e cobertura.

Inicialmente a atuação da Lei era aliada a outros órgãos. Nos dois primeiros anos operou conjuntamente ao Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Assistência à Saúde – SAS e Departamento de Saúde Suplementar – DESAS, a quem incumbia a regulação jurídica da relação consumidor/empresa e, ainda, com a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, a quem tocava a relação entre o Estado e a empresa Seguradora no caso dos seguros saúde.

Ainda assim, referida atuação conjunta foi insuficiente, de modo que, em 2000, através da edição da Lei nº. 9.961/00 nasceu a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar.

A ANS, enquanto uma Agência Reguladora consiste, conforme ensina Alexandre de Moraes, em:

[...] Autarquias de regime especial integrantes da administração indireta, vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade, apesar de caracterizadas pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade; ausência de possibilidade de demissão *ad nuttum* de seus dirigentes e autonomia financeira³³.

Referida agência que inicialmente substituiu o CONSU na tarefa de editar Resoluções surgiu com o intuito de fomentar a proteção dos beneficiários dos planos de saúde, além de cuidar da integridade do mercado de saúde suplementar.

A sua finalidade institucional é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais - inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores - e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País³⁴.

Tudo isto, pois, trata-se de ramo de relevante interesse coletivo para a Nação, uma vez que, 44.027.017 milhões de brasileiros se valem dos planos privados de assistência à saúde, conforme levantamento realizado pela ANS em setembro de 2006³⁵.

A Lei nº 9.961/00 estipulou os métodos para entrada, funcionamento e saída de operadoras de planos de saúde, classificou os padrões de cobertura e de qualidade da assistência e transferiu para o Poder Executivo Federal a responsabilidade pela regulação da atividade econômica das operadoras e da assistência à saúde por elas prestada e o dever de fiscalização do cumprimento das normas vigentes.

Destaque-se, no entanto, que foi dado à ANS, enquanto agência reguladora, o poder de polícia, a fim de que desempenhasse a contento suas atribuições. Neste sentido, Fabiana Ferron:

³³ MORAES, Alexandre. *Agências reguladoras*. Alexandre de Moraes (Org). São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

³⁴ <http://www.ans.gov.br/portal/site/aans/missao.asp>.

³⁵ Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Caderno de Informação de Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos*. Rio de Janeiro: ANS, 2006. Disponível em www.ans.gov.br.

[...] Para que a ANS pudesse cumprir seu papel de forma satisfatória, foi-lhe atribuído legalmente o poder de polícia, que ampara a cobrança da Taxa de Saúde Suplementar, tendo como sujeitos passivos: as pessoas jurídicas (...) que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir assistência médica, hospitalar ou odontológica de seus usuários³⁶.

As ações da ANS, ante a preferência às ações de proteção dos beneficiários junto às operadoras de planos privados de assistência à saúde, foram de forte impacto no setor.

Dentre algumas ações estão, o alargamento das coberturas assistenciais, a ampliação dos direitos dos beneficiários, o rigoroso controle dos preços e condições de reajuste, a fim de proteger o beneficiário de excessos e abusos, fixação e imposição de multas por descumprimento da legislação ou do contrato, integração ao Sistema Único de Saúde, fixando as normas de ressarcimento, pela utilização de recursos públicos pelos beneficiários.

Referidas medidas demandaram imediata elevação dos custos com cálculo atuarial, atualização informática, auditoria independente, acompanhamento jurídico e administrativo dos controles de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, revisão dos contratos anteriores, multas e autuações, determinação de reservas e provisões de acordo com normas estabelecidas pela Agência, além da obrigatoriedade do provisionamento de recursos.

No entanto, a ANS ao promover a atividade reguladora, cuidou de preservar os chamados princípios de direito de saúde suplementar, quais sejam: a defesa do mercado, a defesa do consumidor e a efetiva tutela da saúde.

O princípio da defesa do mercado dispõe que as normas que regulam o setor de saúde suplementar devem favorecer a higidez financeira e econômica das operadoras de planos de saúde.

Assim, a atividade das operadoras tem de ser viabilizada, devendo a ANS favorecer o alcance a bons resultados.

³⁶ FERRON, Fabiana. *Planos Privados de Assistência à Saúde: Lei nº. 9.656 de 3 de Junho de 1998*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 26.

Neste sentido Leonardo Vizeu Figueiredo:

Por óbvio, se as normas de direito de saúde suplementar diminuírem de forma não razoável a margem de lucro dos operadores do mercado, tornando a atividade pouco atrativa, as empresas tendem a fechar, seja por quebra ou por livre iniciativa, para investirem em setores econômicos mais rentáveis, fato que gerará gritantes prejuízos ao consumidor, que, forçosamente, terá de se socorrer na rede pública de saúde³⁷.

O segundo princípio cuida da defesa do consumidor, e dispõe que as normas que cuidem do setor de saúde suplementar zelem pela qualidade dos serviços disponibilizados. Tudo isso, a fim de garantir que as operadoras disponibilizem serviços de saúde aptos a alcançarem seus fins legais e contratuais, a preços viáveis e acessíveis à população em geral, fato que justifica seu monitoramento e controle por Parte do Poder Público³⁸.

Por fim, protege por meio do princípio da efetiva tutela à saúde, o bem maior, materializado pela qualidade técnica do serviço a ser oferecido pelas operadoras. Assim, se estas se propõem a prestar um serviço que, originalmente era adstrito somente ao Estado, há que se cuidar para que o façam de modo eficaz e suficiente.

Acerca das prestadoras, destaque-se que, desde seu início, o mercado de saúde privada exhibe uma enorme diversidade de operadoras, que são as empresas que atuam no setor de saúde suplementar oferecendo aos consumidores os planos de saúde. Desta forma, conforme estudo finalizado em setembro de 2006, há 2091 operadoras registradas na ANS.

Existem, dentre estas, oito modalidades de operadoras: administradoras, cooperativas médicas, cooperativas odontológicas, instituições filantrópicas, autogestões (patrocinadas e não patrocinadas), seguradoras especializadas em saúde, medicina de grupo e odontologia de grupo.

Veja-se, a seguir, as modalidades de contratos comercializados pelas Operadoras de Planos de Saúde:

³⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 38.

³⁸ Op. Cit. p. 39.

2 OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

2.1 SEGUROS SAÚDE E PLANOS DE SAÚDE

Os seguros saúde consistem no trato firmado entre a seguradora de saúde e o segurado, ensejando o pagamento de uma prestação por parte deste último, o que, nos moldes do contrato firmado, lhe dá o direito à contraprestação, aqui denominada prêmio, por parte da seguradora.

Disciplinados pela Lei nº 10.185/01 e regulamentados pela Resolução RDC nº 65/01 da ANS, dentre as principais peculiaridades dos seguros saúde estão, inicialmente, o prazo determinado, vez que o seguro saúde presta a cobertura dentro do período contratado na apólice, prazo este que se extingue pelo decurso do tempo.

Há, ainda, a onerosidade, consistente no fato de o segurado pagar apenas o valor convencionado na apólice, além do valor da franquia, caso haja previsão. Em compensação, a seguradora somente se obriga ao pagamento caso as obrigações do segurado estejam todas cumpridas previamente, pagamento este que pode se dar de duas maneiras: por meio de reembolso ou de forma imediata ao profissional prestador.

Por fim, há a comutatividade, aqui consistente na limitação da responsabilidade da seguradora ao valor do prêmio firmado na apólice. Há assim um teto máximo, ficando o saldo do segurado sempre a ele adstrito.

Destaque-se que umas das principais peculiaridades dos contratos de seguro saúde é a não-limitação do segurado ao rol de credenciados atinentes aos contratos de planos de saúde. Ademais, nesta espécie de contrato o segurado tem a opção de escolher livremente o profissional de saúde, independente de previsão contratual ou não.

Já os contratos de planos de saúde consistem no negócio jurídico por meio dos quais as partes, contratante e operadora de planos de saúde, auto-disciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia de suas próprias vontades³⁹.

³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*. Vol IV – Tomo I. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 12.

A peculiaridade desta espécie de contrato é, assim, a prestação de serviços relacionados à promoção da saúde.

Em sendo um contrato de prestação de serviços, há que se materializar por meio do pagamento pelo contratante de uma prestação periódica em dinheiro. Em contrapartida, a empresa contratada tem o dever de fornecer o procedimento contratado, disponibilizando o atendimento médico.

São características dos contratos de planos de saúde: bilateralidade, trato sucessivo e prazo indeterminado, onerosidade, aleatoriedade e de adesão.

Uma das principais características dos contratos de planos de saúde é a bilateralidade, vez que a manifestação de vontade provém de duas ou mais pessoas: contratante e contratada.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, além de se tratar da existência de duas ou mais declarações de vontade, no contrato bilateral tem-se a produção simultânea de prestações para todos os contratantes, pela dependência recíproca das obrigações⁴⁰.

São, ainda, contratos de trato sucessivo e prazo indeterminado, pois seus efeitos se protraem no tempo, sem que haja rescisão ou solução de continuidade no vínculo contratual pelo decurso deste, dependendo, para tanto, de manifestação volitiva das partes contratantes.

É importante destacar que, após a vigência da Lei nº 9.656/98 permite-se somente ao beneficiário rescindir o contrato unilateralmente.

Desta maneira, a operadora de planos de saúde somente poderá rescindi-lo nas hipóteses de fraude ou de inadimplência por período superior a 60 dias, consecutivos ou não, desde que o beneficiário seja notificado até o 50º (quinqüagésimo) dia de atraso. Veja-se:

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*. Vol IV – Tomo I. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 127.

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

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

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

É, ainda, contrato oneroso, vez que, do benefício obtido decorre uma contraprestação correspondente.

Para Silvio de Salvo Venosa, os contratos onerosos são aqueles em que ambos os contratantes têm direitos e deveres, vantagens e obrigações. Para este autor, nestas espécies de contratos há, pelas partes, a concessão recíproca de direitos. Assim, a onerosidade identifica-se principalmente pela contraprestação que se segue à prestação, pela vantagem que decorre de um sacrifício do contratante⁴¹.

A seguinte característica é a aleatoriedade, enquanto subdivisão dos contratos onerosos. Os contratos de planos de saúde são aleatórios, por consistirem em uma operação de risco para a empresa operadora. Tudo isto, pois, não é possível prever quando haverá a necessidade de utilização pelo beneficiário e, conseqüentemente, não é possível aferir a margem de lucro a longo prazo.

Neste sentido, Rizzato Nunes:

É da natureza desse tipo de contrato a álea. O contrato é aleatório dos dois lados. De um, o consumidor que o assina e paga as prestações fixadas não quer receber o produto ou serviço, isto é, não quer adoecer. De outro, o administrador-fornecedor trabalha com o risco do cálculo de possibilidades de seus usuários adoecerem. O fornecedor, além disso, tem de correr o risco natural do empreendimento, que é prerrogativa-dever insculpida no Texto Constitucional — art. 173, parágrafo único⁴².

⁴¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, Pág. 402.

⁴² NUNES, Rizzato. *O Código de Defesa do Consumidor e os planos de saúde: o que importa saber*. Disponível em <www.saraivajur.com.br/doutrinas/artigoc.cfm> Acesso em 12/12/2006.

No caso dos planos de saúde, o beneficiário arca com uma mensalidade, não podendo ter certeza se utilizará ou não o serviço. Da mesma forma há o risco para a operadora de, nem sempre, aquilo que ela recebe ser suficiente para arcar com os procedimentos solicitados. Eis a álea.

Isadora Selig Ferraz, *apud* Paulo César Melo da Cunha traz que:

A aleatoriedade configura uma característica extremamente relevante no que concerne aos contratos de assistência privada à saúde, eis que a contratação está adstrita à ocorrência de um evento incerto e futuro que condiciona a prestação do serviço [...] pela operadora [...] através de pagamento do serviço diretamente ao prestador de serviço credenciado⁴³.

Assim, a consecução dos efeitos contrato, depende e condiciona-se à ocorrência do evento futuro e incerto.

Finalmente, eis que, consistem os contratos de planos de saúde em contratos de adesão, que, segundo Silvio de Salvo Venosa, consistem no típico contrato que se apresenta com todas as suas cláusulas predispostas por uma das partes. A outra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato⁴⁴.

Porém, no caso dos contratos de planos de saúde, a própria lei que regula o sistema fixa um mínimo de cobertura a ser seguido pelos contratos, consistente em um Plano Referência, de modo a evitar que, ao beneficiário sejam impostas condições injustas e desiguais.

Referidas determinações legais vêm sendo respeitadas e atendidas pela maioria das operadoras, pois que, seu descumprimento acarreta penalidades de grande vulto⁴⁵, oriundas da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

⁴³ CUNHA, Paulo César Melo da Cunha. *Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 250.

⁴⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, Pág. 382.

⁴⁵ Resolução RDC nº 24, de 13 de junho de 2000. Art. 1º As operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 1998, alterada pela Medida Provisória nº 1.976-26, de 04 de maio de 2000, seus diretores, administradores, membros de conselhos administrativos, deliberativos, consultivos, fiscais e assemelhados, estão sujeitos às penalidades estabelecidas nesta Resolução, sem prejuízo da aplicação das sanções de natureza civil e penal cabíveis, conforme especificado:

I - advertência;

Tudo isto, a fim de manter a ordem do próprio contrato, evitando-se e fazendo cessar toda sorte de abuso, que coloquem o beneficiário em prejuízo e, como era comum, em posição de desamparo face ao sem número de procedimentos não cobertos ou limitados.

2.2 ESPÉCIES DE CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

Como se viu, os planos privados de assistência à saúde, comercializados pelas operadoras, devem seguir as normas estipuladas pela Lei nº 9.656/98 e as resoluções da ANS. Exige-se, ainda, o registro junto à Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos de referida Agência.

A classificação de referidos planos se dá por meio do exame da forma de contratação, do tipo de cobertura assistencial, onde se vê os procedimentos excluídos e não cobertos pela lei e pelo Rol da ANS, da abrangência geográfica e, por fim, da data de assinatura. Pois veja-se:

2.2.1 Quanto à forma de contratação

Quanto à forma de contratação, consistem os planos de saúde em plano individual ou familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial.

O Plano individual ou familiar consiste no contrato assinado entre o beneficiário e a operadora de planos privados de saúde para assistência própria ou de familiares.

II - multa pecuniária;

III - suspensão de exercício dos cargos definidos no caput;

IV - inabilitação temporária para o exercício dos cargos definidos no caput em operadoras de planos de assistência à saúde; e

V - cancelamento da autorização de funcionamento e alienação da carteira da operadora mediante leilão.

Parágrafo Único. Incluem-se na abrangência desta Resolução, todas as pessoas jurídicas de direito privado, independentemente da sua forma de constituição, definidas no art. 1º da Lei nº 9.656, de 1998.

Para Elida Séguin, é espécie de plano de saúde contratado por pessoas físicas, ou mantido por autogestão, em que a contraprestação pecuniária (mensalidade) é integralmente paga pelo beneficiário⁴⁶.

A operadora fica obrigada, nos moldes do parágrafo único do artigo 16 da Lei nº. 9.656/98, a entregar ao beneficiário titular de plano individual ou familiar, quando de sua inscrição, a cópia de contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa todas as suas características.

Tudo isso, não só no intuito de facilitar o entendimento por parte do contratante, mas, também, para lhe dar ciência de todos os seus direitos e obrigações.

Os Planos coletivos por adesão, consistem nos contratos cujo prestador é pessoa jurídica, representativa de classe, associada em virtude de vínculo empregatício, associativo ou sindical com o consumidor, que tem a faculdade de aderir ou não.

Nesta espécie de contratação poderá estar prevista a inclusão de dependentes e, conforme o número de participantes, que é de, no mínimo 50 (cinquenta) optantes, são oferecidas maiores vantagens como: não cumprimento de carências, impossibilidade de contratação de cobertura parcial temporária, tudo decorrente da negociação com a operadora.

O Plano coletivo empresarial compõe-se na modalidade de plano com cobertura aos beneficiários vinculados à pessoa jurídica – empresa contratante. Assim, tem de existir vínculo empregatício, associativo ou sindical.

Há, ainda, a possibilidade de prever a inclusão de dependentes além de existir a adesão automática quando da vinculação do consumidor à pessoa jurídica ou na data de contratação do plano.

Segundo Fabiana Ferron:

⁴⁶ SÉGUIN, Elida. *Plano de Saúde*. Editora Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 103.

São considerados planos ou seguros de assistência à saúde de contratação coletiva empresarial aqueles que oferecem cobertura a população delimitada, e seus dependentes legais, vinculada à pessoa jurídica mediante relação de trabalho, associativo ou sindical, verificando-se a partir da data de admissão no emprego ou filiação na entidade⁴⁷.

Destaque-se, a importância, do vínculo empregatício ou associativo quando da gênese contratual, vez que se aplicarão na forma de benefício salarial.

Ademais, por decorrerem de negociações sindicais e, por conta disso, caracterizarem salário indireto, não há que se falar em faculdade de adesão, mas ao contrário, em anuência compulsória.

Esta espécie de plano se divide, primeiramente, em coletivo com patrocinador, que são os planos contratados por pessoa jurídica com mensalidade total ou parcialmente paga à operadora pela empresa contratante.

Referida modalidade inclui também os contratos mantidos por autogestão em que o beneficiário paga parcialmente a mensalidade.

Por fim, o plano empresarial coletivo sem patrocinador, que consiste no plano contratado por pessoa jurídica, mas, cuja mensalidade é paga na íntegra pelo beneficiário, diretamente à operadora.

Nesta modalidade, os reajustes anuais são fixados com base em previsão contratual, e não com base no índice de reajuste autorizado anualmente pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

2.2.2 Quanto ao tipo de cobertura assistencial

É possível entender a cobertura assistencial como sendo a totalidade de direitos que possui a parte que firma, com uma operadora, um contrato de plano de saúde.

⁴⁷ FERRON, Fabiana. *Planos Privados de Assistência à Saúde: Lei nº. 9.656 de 3 de Junho de 1998*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

Referidos direitos consistem, em suma, nos serviços médicos e hospitalares que estão disponíveis ao beneficiário/contratante do plano de saúde.

Nos moldes da Lei nº 9.656/98, um plano de saúde pode oferecer dois tipos de cobertura: a cobertura integral do Plano Referência ou a cobertura integral por segmento, que se divide em ambulatorial, hospitalar ou hospitalar com obstetrícia.

O Plano Referência constitui modalidade de contrato com cobertura integral, nos moldes do artigo 10 da Lei nº. 9.656/98:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei [...].

Verifica-se, assim, pelo exame do artigo supra, que a operadora fica obrigada a oferecer aos beneficiários um padrão de assistência à saúde que garanta o acesso aos segmentos ambulatorial, hospitalar e hospitalar com obstetrícia, e em todo território nacional.

Ademais, conforme leciona Fabiana Ferron, o titular do plano tem direito a atendimento concernente a todas as patologias descritas no Código Estatística e Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, não sendo admissível qualquer restrição, salvo aquelas expressas em lei⁴⁸.

Uma destas restrições seria a limitação inerente à carência, que, para os casos de urgência e emergência é de 24 horas da contratação, com exceção apenas para os casos de lesões ou doenças preexistentes.

⁴⁸ FERRON, Fabiana. *Planos Privados de Assistência à Saúde: Lei nº. 9.656 de 3 de Junho de 1998*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 39.

Em seguida vêm os planos exclusivamente ambulatorial, hospitalar ou hospitalar com obstetrícia.

Os planos de saúde com cobertura exclusivamente ambulatorial, abrangem somente as consultas efetuadas em consultórios médicos, ou os atendimentos realizados em ambulatorios, consistentes em curativos, primeiros socorros, exames e micro cirurgias, excluindo-se desta lista toda espécie de internação hospitalar.

Veja-se as coberturas asseguradas pelo inciso I, alíneas “a” e “b”, do artigo 12 da Lei nº. 9.656/98:

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

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

- a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;
- b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;

Assim, os planos ambulatoriais prestarão assistência médica sob a forma de consultas, exames e procedimentos de baixa e média complexidade, respeitando-se as coberturas mínimas obrigatórias previstas na lei e no contrato.

O Plano hospitalar atua nos atendimentos executados mediante internação hospitalar, seja para tratamento, seja para mera observação, sendo que exclui todo tipo de atendimento ambulatorial.

Da mesma maneira, o artigo 12, em seu inciso II, alíneas “a” a “f”, traz as coberturas obrigatórias para quem opta por esta espécie de plano:

Art. 12 (...)

II - quando incluir internação hospitalar:

- a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos;

- b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente;
- c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação;
- d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar;
- e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e
- f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos.

O Plano hospitalar com obstetrícia abrange todo o tratamento hospitalar, incluindo-se os procedimentos decorrentes da gravidez da beneficiária, quais sejam: exames pré-natais e assistência ao parto.

Neste sentido o inciso III, alíneas “a” e “b”, artigo 12, da Lei que regula os planos de saúde:

Art. 12 (...)

III - quando incluir atendimento obstétrico:

- a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente durante os primeiros trinta dias após o parto;
- b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção;

Apresenta fator de relevância, vez que, assegura, além da inscrição do filho natural, o filho adotivo, no prazo de trinta dias, do nascimento ou da adoção.

2.2.3 Dos procedimentos médicos excluídos e não cobertos pela lei

O artigo 10 da Lei nº 9.656/98 traz a lume o já citado plano referência, em todas as suas especificidades.

No entanto em seus incisos verifica-se o que, por lei, não pode ser imposto às operadoras de planos de saúde. Veja-se:

Art. 10. (...)

- I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;
- II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;
- III - inseminação artificial;
- IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;
- V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;
- VI - fornecimento de medicamentos para o tratamento domiciliar;
- VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;
- VIII - (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001)
- IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;
- X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarado pela autoridade competente.

Referido artigo busca evitar que seja imputado às operadoras o dever de custear tratamentos experimentais e de eficácia ainda não comprovada, de fornecer medicamentos importados não nacionalizados, bem como, medicamentos para tratamento domiciliar, dentre outros.

Para Leonardo Vizeu Figueiredo, a lista de procedimentos excluídos visa desonerar a operadora de planos privados de assistência à saúde de tratamentos experimentais cuja eficácia ainda não se encontra atestada pelas autoridades de saúde, ou de fins meramente estéticos, para mero deleite e atendimento da vaidade humana⁴⁹.

O legislador, ao apresentar referido rol de exclusões, evitou que fossem imputados às operadoras a cobertura de procedimentos nem sempre ligados à saúde, o que ensejaria, sem sombra de dúvidas, a falência do sistema.

Destaque-se, que, além do elenco de exclusões trazidos pelo artigo 10, existe e vigora o Rol de Procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS⁵⁰.

⁴⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 193.

⁵⁰ Disponível em <<http://www.ans.gov.br/portal/site/roldeprocedimentos/roldeprocedimentos.asp>> Acesso em 23 de junho de 2007.

Disposto na Resolução Normativa nº 82 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, visa referido rol, respeitando a modalidade de plano contratado, e as exclusões previstas no artigo 10 da Lei nº 9.656/98, constituir referência básica de cobertura obrigatória em todo território nacional.

Diante disso é que, referido índice traz os procedimentos médicos com cobertura assegurada a todos os beneficiários dos planos adquiridos a partir de 02 de janeiro de 1999, servindo, também, como base para negativa por parte das operadoras ante a não previsão do procedimento no aludido rol.

Isto, sempre, a fim de garantir estabilidade e de assegurar o equilíbrio contratual entre as prestações e contraprestações estabelecidas entre operadoras e beneficiário.

2.2.4 Quanto à abrangência geográfica

Consiste a abrangência geográfica na área de atuação do contrato de plano de saúde, e na delimitação do âmbito de atendimento do beneficiário.

A cobertura geográfica, que deve ser especificada no contrato, pode alcançar um município, quando sua abrangência será municipal, um conjunto de municípios, um estado, no caso de cobertura estadual, um conjunto de estados ou todo o país, na chamada cobertura nacional.

Há de se verificar que, a definição da área de abrangência do contrato é, antes de tudo, exigência para atuação da operadora no mercado, nos termos do artigo 8º, Inciso VII, da Lei nº. 9.656/98:

Art. 8º Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS:
[...]
VII - especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde.

Desta maneira, não pode ser imputado à operadora que atendeu aos requisitos do artigo supra o atendimento fora da área listada, sob pena de excesso contratual.

Excepcionalmente, nos casos de urgência e emergência, poderá o beneficiário se utilizar de estabelecimento fora da área de atuação ou da rede credenciada, oportunidade em que lhe será reembolsado o valor gasto.

É possível, ainda, se utilizar do plano em área diversa da prevista no contrato, na hipótese de, na área de atuação do contrato, não existir o tratamento recomendado ao paciente. Nesta hipótese, a operadora de origem autoriza o procedimento, a fim de evitar prejuízos à vida do beneficiário.

2.2.5 Quanto à data da assinatura

Ao se falar da data da assinatura do contrato de plano de saúde, está-se, na verdade, balizando-se na data da edição da norma que regulou o setor, a Lei nº. 9.656/98.

Assim, um plano novo é aquele cujo contrato foi celebrado depois da vigência da Lei citada, ou seja, após 1º de janeiro de 1999.

Insta esclarecer que, todos os contratos celebrados a partir desta data têm, obrigatoriamente, de ter registro na Agência Nacional de Saúde Suplementar e estão absolutamente submissos à nova legislação.

Já, os contratos celebrados antes da vigência da Lei nº. 9.656/98 e que, em virtude disso, não foram adaptados às novas regras, são denominados planos antigos.

Referidos contratos não podem mais ser comercializados, permanecendo válidos apenas para os beneficiários que não optarem pela adaptação às novas regras.

Acerca de dita adaptação, veja-se o artigo 35 da Lei nº. 9.656/98:

Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

A adaptação, também chamada de migração, é uma opção que cabe somente ao beneficiário, não podendo ser realizada de modo unilateral pela operadora de plano de saúde⁵¹.

Ademais, o beneficiário que migrar para um plano novo deve ter garantido todos os direitos e benefícios adquiridos junto ao contrato anterior.

Contudo, sua transferência é vedada a terceiros sob qualquer pretexto e, suas condições, são garantidas apenas ao titular e aos dependentes já inscritos, sendo permitido somente, a inclusão de novo cônjuge e filhos.

Sendo assim, inexistindo acordo entre consumidores e operadoras, os contratos antigos que não forem adaptados permanecerão em pleno vigor. Caso contrário, estaríamos defronte de situação abusiva, pois o contrato antigo não poderá sujeitar-se à lei nova, sob pena de contrariar o aludido comando constitucional⁵².

Como visto os planos denominados antigos não farão jus às alterações trazidas pela lei nº. 9.656/98.

Entretanto, dispõe o artigo 35-E de referida lei, que serão assegurados aos não optantes à adaptação:

Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que:

I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS;

II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS;

III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei;

IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente.

⁵¹ Art. 35, § 4º CDC: § 4º Nenhum contrato poderá ser adaptado por decisão unilateral da empresa operadora.

⁵² SILVA, José Luiz Toro. *Comentários à Lei de Planos de Saúde*. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 106.

Destaque-se que, a constitucionalidade de referida lei é tema da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 1.931/8/DF, ajuizada pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS, sendo que, em 21 de agosto de 2003, foi, em sede de medida cautelar, suspensa a eficácia do artigo supra transcrito.

Isto, pois, mencionado artigo determina a aplicação da Lei nº 9.656/98 aos pactos firmados anteriormente à sua vigência, o que, aparentemente, ofende o direito adquirido e o ato jurídico perfeito⁵³.

A seguir, trecho do voto do Ministro Relator, Maurício Correia, em referida ADIn:

[...] os contratos assinados com os consumidores antes da nova legislação não podem ser modificados pelas regras ora impostas, sob pena de violação ao princípio do direito adquirido e também ao ato jurídico perfeito – garantias protegidas pelo mandamento constitucional (CF, artigo 5º, inciso XXXVI). [...] De fato, os dispositivos acima transcritos interferem na órbita do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, visto que criam regras completamente distintas daquelas que foram objeto de contratação. A retroatividade denominada por esses preceitos faz incidir regras da legislação nova sobre cláusulas contratuais preexistentes firmadas sobre o regime legal anterior, que, a meu ver afrontam o direito já consolidado das partes, de tal modo que violam o princípio consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal [...] ⁵⁴.

Destarte, os planos antigos, amparam-se, indubitavelmente, no Código de Defesa do Consumidor.

Finalmente, existem os planos adaptados, que consistem no contrato antigo adaptado às normas estabelecidas na Lei nº. 9.656/98.

Em face à adaptação, assumem caráter de plano novo, com a mesma obrigatoriedade de registro junto à ANS, e estando, assim, absolutamente amparados pela nova legislação.

⁵³ Art. 5º. [...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

⁵⁴ Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931-8.

3 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Consiste o contrato no acordo de vontades firmado entre duas ou mais pessoas, com intuito patrimonial e fins de adquirir, modificar, conservar ou extinguir direitos.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho definem referido instrumento como, um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, auto-disciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia de suas próprias vontades⁵⁵.

Tem, assim, natureza de negócio jurídico, o que, no dizer de Silvio de Salvo Venosa, consiste na manifestação de vontade que procura produzir determinado efeito jurídico. A propósito:

Trata-se de uma declaração de vontade que não apenas constitui um ato livre (ato jurídico em sentido estrito), mas pela qual o declarante procura uma relação jurídica entre as várias possibilidades que oferece o universo jurídico [...] É, contudo, no negócio jurídico, [...] onde repousa a base da autonomia da vontade, o fundamento do direito privado. É por meio do negócio jurídico que se dá vida às relações jurídicas tuteladas pelo direito⁵⁶.

Os contratos de planos de saúde encaixam-se perfeitamente em ditas conceituações, vez que nele figuram a pessoa do contratante, do contratado e, como objeto existe a prestação de serviços de saúde.

Por esta razão, é impossível cuidar do tema sem analisar as peculiaridades do Direito dos contratos e, especialmente, dos princípios que o regem. Ademais, a par dos requisitos de validade do contrato⁵⁷, estão os Princípios do Direito contratual, princípios estes que devem ser atendidos em todas as modalidades de contratos, que dirá nos de plano de saúde, cujo objeto visa assegurar a satisfação do direito fundamental à vida e à saúde

⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

⁵⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 369.

⁵⁷ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

São eles: princípio da autonomia da vontade, da supremacia da ordem pública, do consensualismo, da relatividade dos efeitos, da obrigatoriedade, da revisão ou onerosidade excessiva.

Verifica-se, num segundo momento, os princípios contratuais trazidos pelo Código Civil de 2002, quais sejam: Princípio da Função Social dos contratos, da Boa-fé Objetiva e da Equivalência Material. Pois veja-se:

3.2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA SUPREMACIA DA ORDEM PÚBLICA

Em conformidade com o Princípio da autonomia da vontade, o contrato, para ter validade, impescinde de uma manifestação de vontade livre por parte dos contratantes. Ademais, a vontade expressada de forma livre é essencial à própria existência do contrato.

Para, Nelson Borges, a autonomia da vontade se apresenta sob dois aspectos:

[...] o da liberdade contratual, determinante do conteúdo da convenção; e o da liberdade de contratar, que se consubstancia na realização, ou não, de determinado pacto, com estrita observância das normas de ordem pública, isto é, na contraposição do interesse social ao particular, com predominância daquele sobre este⁵⁸.

Na mesma linha, é possível reconhecer, dentro do Princípio da Autonomia da Vontade, não só dois, mas três momentos distintos.

O primeiro consiste, como se viu, na liberdade de contratar, vez que nenhum indivíduo pode ser compelido a firmar um contrato, sob pena de ver o negócio jurídico anulado, pela presença de um dos vícios de consentimento.

Impera nesta fase a vontade do indivíduo, cabendo a ele a decisão de contratar ou não, segundo seus interesses.

⁵⁸ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil* – com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 60/61.

Em seguida vem a autonomia de escolher com quem contratar, princípio este que, segundo Arnaldo Rizzardo, é consagrado desde o surgimento do contrato, passando pelo direito romano e pelas várias correntes filosóficas e jurídicas da história. A propósito:

Por isso, é o contrato considerado como o acordo de vontades livres e soberanas, insuscetível de modificações trazidas por qualquer outra força que não derive das partes envolvidas [...] está ligada à liberdade de contratar, que se submetem no entanto a limites, não podendo ofender outros princípios ligados à função social do contrato [...]⁵⁹.

O terceiro momento, de importante relevância nos contratos envolvendo as operadoras de planos de saúde, consiste, conforme verificado acima, na liberdade de escolher o teor e o objeto do negócio jurídico, ou seja, na liberdade contratual.

Nos contratos de planos privados de assistência à saúde há expressa limitação à esta regra, pois, conforme se viu ao cuidar da cobertura assistencial, referido contrato terá sempre de obedecer a algumas prescrições mínimas, sendo vedada a redução e, muito menos, a exclusão, de determinadas coberturas.

Entretanto, não se verifica mais uma autonomia da vontade absoluta, como outrora, eis que o Estado pode intervir no âmbito do convencionado, no que se denomina dirigismo contratual.

Luiz Antonio da Silva *apud* Nelson Borges, definiu como dirigismo contratual toda e qualquer intervenção estatal na vida dos contratos, quer sob a forma legislativa, quer sob a de intervenção jurisprudencial, que vise a reformular os princípios tradicionais da doutrina tradicional⁶⁰.

Consiste, assim, na limitação à autonomia da vontade, de modo a, ante o intervencionismo estatal, proteger a parte mais fraca na relação contratual. Abandona-se a autonomia da vontade enquanto princípio absoluto, amplo e irrestrito, para se dar guarida à uma posição contratual equilibrada e igualitária.

⁵⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19.

⁶⁰ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil* – com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 64.

Para Oscar Ivan Prux, o contrato tem uma ordem jurídica interna e uma ordem jurídica externa:

A ordem jurídica interna deve condicionar a autonomia da vontade para atender a justiça contratual e vigorar entre as partes na contratação, seguindo padrões desejáveis de moralidade, boa-fé e equilíbrio contratual. Por sua vez a ordem jurídica externa deve impor à autonomia da vontade, os limites ditados nos parâmetros estabelecidos pela ordem pública e pelos bons costumes⁶¹.

Alinhamo-nos, assim, com o Princípio da Supremacia da Ordem Pública, que tem como função limitar a autonomia da vontade, ao impor que, o interesse da sociedade sempre prevaleça em relação ao interesse individual.

Neste sentido, Silvio Rodrigues, para quem a idéia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Diante disso, não podem ser alterados por convenção entre os particulares⁶².

Da mesma forma, inclusive, o artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, qualquer declaração de vontade, não terá eficácia no Brasil, quando ofender a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

No âmbito dos contratos de planos de saúde impescinde a análise de referido princípio, pois, o contrato que, de forma contrária à Lei 9.656/98 e as Resoluções da ANS, não oferecer as coberturas mínimas devidas, atuando, assim, de modo lesivo ao consumidor, estará indo contra referido princípio pelo evidente desrespeito à ordem pública.

3.3 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS E O PRINCÍPIO DA REVISÃO CONTRATUAL

O Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos, traduzido pela máxima *pacta sunt servanda*, funda-se na idéia de que o contrato faz lei entre as partes, visando conferir estabilidade aos contratantes.

⁶¹ PRUX, Oscar Ivan. *A proteção do consumidor na prestação de serviços*. São Paulo, 2001. Tese Doutorado em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001, v. 2, p. 673.

⁶² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

Assim, imperando referido princípio, as cláusulas contratuais figuravam como uma imposição, coagindo as partes à sua plena satisfação, independente de quaisquer fatores externos. Tudo isto, pois, tendo havido a manifestação de vontade e, por conta disso, a assunção do pacto, nada poderia alterar seu teor e modificar a forma de cumprimento.

Acerca do tema, Roberto Senise Lisboa:

Originário do Direito romano e consubstanciado no brocardo *pacta sunt servanda*, tal princípio compele os contratantes ao cumprimento do conteúdo completo do acordo celebrado, pena de resolução do negócio, ante a frustração da satisfação do interesse da outra parte pelo inadimplente. Fundada na segurança jurídica e na vinculatividade do contrato, a obrigatoriedade gera a confiança na estabilidade do negócio, para que sejam auferidos os direitos e satisfeitos os interesses ou necessidades dos contraentes⁶³.

Referido princípio impelia as partes a cumprirem integralmente a avença, mediante a ameaça deste se resolver, o que, via de regra, ensejaria a incidência de uma multa contratualmente estipulada. Agia, assim, lançando mão do ideal de garantia à estabilidade negocial, com o objetivo de forçar e, ao final, assegurar o adimplemento do contrato, às custas, na maioria das vezes, da quebra da parte contrária.

Ademais, conforme dispõem Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Maria Christina de Almeida, uma vez dada a palavra, assumido o compromisso, obrigatório restava o vínculo em toda sua extensão. A propósito:

O contrato se fazia lei entre as partes e a manifestação de vontade vinculava os contraentes às obrigações assumidas. Neste viés, a obrigatoriedade era colocada como elemento essencial à validade e segurança dos contratos, como garantidora de estabilidade nas relações negociais privadas. Tratava-se da inderrogável força obrigatória dos contratos. [...] Destaque-se, outrossim, que o contrato jamais poderia ser considerado injusto para uma das partes, posto que o único limite existente na formalização do acordo era a própria liberdade de contratar. Portanto, presumia-se, que aquele que contratava, o fazia por sua livre e espontânea vontade, sendo impossível que o contrato trouxesse, em sua essência, a injustiça⁶⁴.

⁶³ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos – consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.86.

⁶⁴ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. ALMEIDA, Maria Christina. *A teoria contratual e as relações de consumo na perspectiva civil-constitucional*. Argumentum - Revista de Direito - Universidade de Marília. Vol. 3, Marília: Unimar, 2003, p. 36

Estava-se, assim, diante da impossibilidade de se modificar o conteúdo contratual, fazendo com que, as cláusulas ali contidas fossem consideradas imutáveis, só sendo passíveis de alteração na hipótese de serem nulas ou maculadas por algum dos vícios de consentimento.

Referido princípio, no entanto, foi relativizado pelo Princípio da revisão contratual, ou da onerosidade excessiva, materializado pela cláusula *rebus sic standibus*, que dispõe sobre a possibilidade de se rever o teor das obrigações, ante a superveniência de algum evento imprevisto. Tudo isto, a fim de zelar pelo bem comum e de manter a igualdade contratual e fática entre os contratantes.

Visa, ainda, evitar o enriquecimento ilícito, de modo que os interesses individuais não predominem sobre o coletivo, nos moldes do artigo 478 do Código Civil, segundo o qual, nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

Neste desiderato, é facultada a revisão ou resolução do contrato, se em virtude de eventos acidentais e extraordinários, a obrigação de uma das partes se verter demasiadamente onerosa.

Neste sentido, Nelson Borges⁶⁵:

O que não foi previsto – nem se poderia prever, porque fora da órbita de gravitação dos acontecimentos do cotidiano – obviamente não foi desejado, não podendo ser aceito. A causa determinante da lesão virtual de uma das partes – e em contrapartida, na mesma iminência, da vantagem exacerbada da outra – não pode ser desconsiderada pela Justiça.

Conclui-se, assim, fundar-se referido Princípio como o expediente legal destinado à reconstituição do caráter comutativo do contrato, danificado pelo advento do fato imprevisto.

⁶⁵ BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil* – com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74/75.

Nesta seara, resta evidente seu cunho social e, especialmente, a prevalência do interesse coletivo sobre o particular, reforçada pelo Código Civil de 2002, no Princípio da função social dos contratos.

3.4. OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Diante dos Princípios contratuais clássicos, é possível seguir afirmando que, a partir do momento em que os contratos passaram a ser analisados à luz da Constituição Federal, e dos princípios dela decorrentes, não mais foi possível firmar contratos que oferecessem prejuízos à coletividade, seja direta ou indiretamente.

Em razão disso é que, o Código Civil de 2002 trouxe, além dos princípios citados acima, novos princípios contratuais. Tudo em decorrência da Constituição de 1988, que promoveu a dignidade da pessoa humana a fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.

Por consequência, despojou o Direito contratual de sua feição altamente patrimonialista, como um legado do século XIX e, que via de regra, orientou os preceitos contidos no Código Civil de 1916.

Segundo leciona Rogério Ferraz Doninni, a Constituição Federal de 1988 interferiu e alterou nosso Direito Privado e o modelo clássico de contrato, determinando o estudo deste à luz do texto constitucional. A propósito:

Embora a livre iniciativa esteja prevista no *caput* do art. 170 da CF, ela está associada à valorização do trabalho humano, na existência digna, consoante os ditames da justiça social [...]. Há, também, o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana [...] incompatível com as disposições contratuais desiguais, em que impere a ausência de boa-fé objetiva, transparência e equilíbrio⁶⁶.

Tudo isto, verifica-se, com uma base agora diferenciada. Se antes esta consistia na liberdade de contratar, e na força das convenções, hoje consiste, especialmente, na proteção à dignidade humana.

⁶⁶ DONINNI, Rogério Ferraz. *A Constituição Federal e a Concepção Social do Contrato*. In Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal. Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria Andrade Nery (Org.). São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 76.

Rodolfo Pamplona Filho, acerca do novo direito civil constitucional, dispõe que, a Constituição Federal de 1988, incorporou diversos valores que devem ser observados obrigatoriamente por todos aqueles que pretendem aplicar o Direito⁶⁷.

Daí é forçoso analisar se o contrato cumpre suas funções sociais, ou seja, se atende os princípios constitucionais de proteção ao indivíduo e à coletividade.

Para Hania Eguia Guimarães, verifica-se neste momento, a chamada repersonalização do Direito Civil, situando o ser humano como o fim maior a ser tutelado pelo ordenamento jurídico. A propósito:

A 'repersonalização' conduz ou decorre, consoante a ótica do discurso jurídico, de uma translúcida 'publicização' do Direito Privado, pela elevação da pessoa ao centro protetivo do sistema jurídico, patamar esse ocupado antes pela titularidade e pelo contrato, cujos paradigmas de leitura clássica se fragmentam, pela sujeição à dignidade da pessoa humana⁶⁸.

No entanto, a fim de garantir a segurança jurídica nos contratos, permanecem, mesmo que relativizados, os princípios da liberdade contratual, obrigatoriedade do pactuado e revisão contratual.

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Maria Christina de Almeida, dispõem que:

Tal fenômeno, todavia, não poderia significar, a aniquilação da vontade individual, da autonomia privada, ou ainda, a decadência do próprio contrato. Na realidade, com a intervenção estatal, os dogmas da autonomia da vontade e da liberdade de contratar restaram relativizados em benefício do equilíbrio contratual, ou seja, a autonomia da vontade e a liberdade são valores presentes na ordem contratual [...]⁶⁹.

⁶⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Esboçando uma Teoria Geral dos Contratos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 682, 18 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6726>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

⁶⁸ GUIMARÃES, Hania Eguia. *A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5814>>. Acesso em: 27 dez. 2006.

⁶⁹ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. ALMEIDA, Maria Christina. *A teoria contratual e as relações de consumo na perspectiva civil-constitucional*. Argumentum - Revista de Direito - Universidade de Marília. Vol. 3, Marília: Unimar, 2003, p. 39.

E acerca da manutenção de referidos princípios, Rodolfo Pamplona Filho entende que os novos postulados não antagonizam os princípios individuais contratuais, mas, sim, os limitam em seu sentido e alcance, pela prevalência que se dá ao interesse coletivo social, sobre o individual⁷⁰.

Eis os princípios derivados dessa releitura Constitucional do Direito Privado.

3.4.1 Princípio da Função Social do Contrato

Dispõe o artigo 421 do Código Civil em vigor, que, a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

A função social pode ser reconhecida como a função coletiva do contrato, no sentido de que, seus efeitos não mais importam somente às partes diretamente envolvidas, mas a toda a sociedade de um modo geral. Supera-se, assim, o paradigma liberal clássico da teoria contratual, para se deparar com o novo momento do contrato, já não tão individualista e já em um contexto social.

Sob o jugo deste princípio, o contrato passa a interessar também à coletividade, e não somente às partes nele envolvidas diretamente. Assim, a função social serve-se como princípio limitador da própria vontade, que só poderá ser exercida, se não ocasionar prejuízos à sociedade.

Para Paulo Luiz Netto Lobo, o Princípio da função social dos contratos:

[...] determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles pois os interesses sociais são prevaletentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico⁷¹.

⁷⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Esboçando uma Teoria Geral dos Contratos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 682, 18 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6726>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 11 jan. 2007.

Desta forma, com base em referido princípio, deixa o contrato de ser interpretado como um vínculo obrigacional que visa, unicamente, contentar as partes nele envolvidas.

Ademais, segundo dispõe José Luiz Ragazzi, não é possível continuar com a visão individualista do século XIX, no qual imperava o dogma da vontade individual soberana. Para referido autor, hoje, o Estado intervém nas relações entre os particulares, visando à estruturação de um bem-estar social⁷².

Insera-se, a partir de então, em um contexto social, enquanto mecanismo de obtenção do bem comum, à cata do interesse coletivo. Renega-se, desta forma, a concepção egoística do contrato, caminhando este em uma esteira de valores sociais.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, acerca da função social dos contratos, lecionam que:

Em um primeiro plano, a socialização da idéia de contrato, na sua perspectiva intrínseca, propugna por um tratamento idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais. [...] E nessa perspectiva temos que a relação contratual deverá compreender os deveres jurídicos gerais e de cunho patrimonial (de dar, fazer ou não fazer), bem como deverão ser levados em conta os deveres anexos ou colaterais que derivam desse esforço socializante. Com isso, obrigações até então esquecidas pelo individualismo cego da concepção clássica de contrato ressurgem gloriosamente, a exemplo dos deveres de informação, confidencialidade, assistência, lealdade, etc. E todo esse sistema é, sem sombra de dúvidas, informado pelo princípio maior de proteção da dignidade da pessoa humana⁷³.

E concluem de modo a definir a função social do contrato como, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípuo efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum⁷⁴.

⁷² RAGAZZI, José Luiz. *Tutela antecipada nas relações de consumo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 105.

⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53.

⁷⁴ Op. Cit. p. 55.

A mudança imputada ao contrato deriva desta tendência que lhe inflige um aspecto social, de modo que os direitos e deveres ali envolvidos sejam exercidos sempre à luz das finalidades sociais, morais e econômicas.

Na mesma linha, Eduardo Sens Santos, para quem o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual:

[...] É preciso atentar para os seus efeitos sociais. [...] tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da idéia de função social. O contrato somente terá uma função social [...] quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade – em suma, que o contrato seja socialmente justo⁷⁵.

Neste ínterim, o contrato deve sempre pretender a harmonia entre o direito dos contratantes, ali diretamente envolvidos, e da sociedade de um modo geral, que de alguma formam sofrerão e serão atingidos por suas conseqüências.

É a necessidade de se harmonizar os interesses privados e os interesses sociais, fazendo com que se veja o contrato como o bem jurídico preservador da dignidade da pessoa humana em um nível coletivo e social.

Eis a funcionalização do instituto do contrato, que, para Paulo Nalin, na perspectiva da Constituição de 1988, significa:

[...] oxigenar as bases (estruturas) fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência. Sociologia, filosofia, economia, antropologia, biologia, psicanálise, história e especialmente a ética, acabam, nesse prisma interdisciplinar, se revelando como instrumentos de análise do Direito em face de sua função, com o objetivo de atender às respostas da sociedade, em favor de uma ordem jurídica e social mais justa. É romper com a auto-suficiência do Direito, hermético em sua estrutura e tecnicismo, outrora mais preocupado com os aspectos formais das regras, do princípio e do instituto, que com sua eficácia social. Por isso a função perseguida é a social⁷⁶.

⁷⁵ SANTOS, Eduardo Sens. *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais. Exame da Função Social do Contrato*. Revista Brasileira de Direito Privado, n. 10, São Paulo: RT, abr/jun. 2002, p. 29.

⁷⁶ NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 217.

Passa, então, da idéia do contrato unicamente como meio de circulação de riquezas e obtenção de lucro, para um novo modelo contratual, mais humanista e transparente, onde o fator preponderante é a dignidade da pessoa humana e não mais o lucro a qualquer custo.

Protege-se, assim, as camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente e formal, ficavam à margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem⁷⁷.

3.4.2 Princípio da Boa-Fé Objetiva

O novo Código Civil brasileiro aclamou ainda, como princípio contratual, a Boa-Fé Objetiva.

Trazido, inicialmente pelo Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 4º, inciso III e artigo 51, inciso IV⁷⁸, referido princípio aplica-se no sentido objetivo, consistindo, assim, em uma exigência comportamental por parte dos contratantes, em respeito às previsões jurídicas. Consiste, assim, num dever geral de conduta, favorável eticamente.

Segundo Rogério Montai de Lima, o princípio da boa-fé é oriundo da palavra “bona fides”, boa-fé, boa confiança. É a convicção de que as partes envolvidas estão agindo de acordo com a lei, na omissão ou prática de determinado ato⁷⁹.

⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual* – in *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 204.

⁷⁸ 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:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. Grifou-se

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

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

⁷⁹ LIMA, Rogério Montai. *Relações contratuais na internet: aspectos legais e proteção jurídica nas relações de consumo*. Dissertação de Mestrado em Direito/Empreendimentos Econômicos e Desenvolvimento Social – Universidade de Marília. Marília, 2007, p. 150.

Nesta linha, o artigo 422 do Código Civil, que impõe aos contratantes a obrigação de guardar, seja na conclusão do contrato, seja na sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Para Paulo Luiz Netto Lobo:

A boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento⁸⁰.

Seria, assim, antes de tudo, o alarde do fiel cumprimento do contrato, a exteriorização de um comportamento comum ao homem médio.

Desta forma, a fim de destacar e não se confundir a boa fé objetiva da meramente subjetiva, eis explanação de Judith Martins Costa, *apud* Alinne Arquette Leite Novais:

Com efeito, de pouca utilidade seria o recurso à boa-fé se esta se confundisse com um mero reclamo à ética. Se assim ocorresse, se estaria exclusivamente no campo da extensão dos poderes conferidos ao juiz, ausente ou inexistente o conteúdo substancial do princípio em exame. Contudo, como insistentemente tenho referido, a boa-fé objetiva é mais que o apelo à ética, é noção técnico-operativa que se especifica, no campo de função ora examinado, como o dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para o qual foi criado⁸¹.

O intuito de referido princípio é de conceder um teor ético aos contratos, de forma que o desenrolar das relações jurídicas, independente de derivarem em direitos ou deveres, se dêem com base em princípios de caráter geral.

⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 11 jan. 2007.

⁸¹ COSTA, Judith Martins *apud* NOVAIS, Aline Arquette Leite. *Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa Fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente*. In *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Gustavo Tepedino (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 30.

Ao fundar o princípio da boa-fé objetiva, o legislador buscou infligir às partes uma conduta conforme os ideais de honestidade e lealdade, independentemente do querer subjetivo do contratante. Impôs-se, assim, um padrão de comportamento, onde sempre há que se levar em consideração a confiança e o interesse da parte adversa.

Para Paulo Nalin, a boa-fé objetiva encerra o circuito da atual justiça contratual, somada a princípios contemporâneos outros, dela derivados – transparência, confiança e equidade – sendo o dado mais claro da afirmação do desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo. A propósito:

O atual desenho da boa-fé, materializante da vocação solidarista da Constituição, tem um papel substitutivo no âmbito contratual, antes ocupado pela vontade dos contratantes. A vontade dos contratantes, até porque argumento contrário seria irreal, não mais está o âmago do contrato. Tal espaço é preenchido pela boa-fé contratual⁸².

E de modo conclusivo, situa a boa-fé como condição, sem a qual inexistente o contrato, pois que, o contrato celebrado sem sua observância também será inexistente, sendo a boa-fé antes elemento de materialização do negócio jurídico do que simples princípio informativo ou conformativo da vontade contratual. Ou seja, é antes elemento essencial do que limite interpretativo⁸³.

Há que se cuidar, no entanto, para não se confundir referido princípio como proibidor do lucro e do desenvolvimento econômico. Isto, pois, o que se veda é o abuso, o lucro demasiadamente excessivo, à custa da excessiva desvantagem da outra parte, de modo que a lealdade predomine, sobre qualquer outra coisa.

Busca-se, antes de qualquer coisa, a justiça contratual entre as partes envolvidas no negócio jurídico, de modo que o adimplemento contratual e, por consequência, a extinção do negócio jurídico, não se dê a custa do grave desequilíbrio financeiro de nenhuma das partes.

Para Sylvio Capanema de Souza, *apud* Eduardo de Oliveira Gouvêa:

⁸² NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p.137/138.

⁸³ Idem, p. 139/140.

O princípio da boa-fé objetiva exige que os contratos tenham equações econômicas razoavelmente equilibradas. Não que seja pecado ou crime lucrar no contrato, pois ninguém contrata por diletantismo ou altruísmo, todos nós contratamos para tirar do contrato um proveito econômico principalmente numa sociedade capitalista como a nossa. Só que esse proveito econômico agora tem um limite da construção da dignidade do homem, da eliminação da miséria, das injustiças sociais, fazer com que os contratos não estejam apenas a serviço dos contratantes, mas também da sociedade, construindo o que se convencionou chamar o estado do bem-estar.⁸⁴

Diante disso, analisa-se a boa-fé objetiva como circunstância e condição imposta à gênese contratual, circunstância esta que, aliada ao ideal de justiça e da dignidade da pessoa humana, vem humanizar o instituto, vez que prescreve às partes deveres anexos às disposições contratuais.

Isto, pois, o contrato não obriga unicamente ao cumprimento dos deveres que se encontram estipulados nas cláusulas contratuais e que, por conta disso, são explícitos dentro do instrumento.

Com base em referido princípio, transmite-se às partes a obrigação de também se submeterem aos deveres que implicitamente derivam da relação contratual. Assim, não obstante tácitos, também vinculam os contratantes.

Oscar Ivan Prux, acerca dos deveres anexos, dispõe que:

[...] os deveres anexos, basicamente podem ser resumidos na idéia de cumprimento do dever de pautar a conduta pela boa-fé (objetiva e subjetiva), vez que configurados em obrigações de proteger a confiança do consumidor, de manter-se com fidelidade no cumprimento contratual, de apresentar sempre completa transparência de intenções, de não induzir a outra parte ao erro e, principalmente, de efetiva cooperação. [...] Para os contratos de prestação de serviços, então, a adimplência desses deveres anexos é fundamental no sentido de que o contrato não seja desvirtuado e torne-se fonte de desequilíbrio e de injustiça contratual⁸⁵.

⁸⁴ GOUVÊA, Eduardo de Oliveira. *Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual – principais inovações* – Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 369, p. 87.

⁸⁵ PRUX, Oscar Ivan. *A proteção do consumidor na prestação de serviços*. São Paulo, 2001. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001, v. 2, p. 723/724.

É, assim, princípio ensejador do cumprimento dos deveres anexos, enquanto deveres de conduta exigidos durante o vínculo contratual.

Ademais, atua como princípio limitador ao exercício da autonomia da vontade que, caso não esteja pautada na boa-fé objetiva, não poderá dar início à formação do contrato.

3.4.3 Princípio da Equivalência Material

Consiste o Princípio da Equivalência Material, no princípio promotor da igualdade entre as partes contratantes, por meio do qual, se conserva o equilíbrio entre os direitos e deveres envolvidos no contrato.

Paulo Luiz Netto Lôbo⁸⁶, acerca de referido princípio dispõe que:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.

Visa, assim, resguardar o mínimo de igualdade e equilíbrio entre os direitos e deveres atinentes ao contrato, conservando a efetiva harmonia negocial. Tudo isto a fim de assegurar a execução contrabalaceada do contrato, de modo a vedar a demasiada vantagem ou a desvantagem para quaisquer das partes.

Para Rodolfo Pamplona Filho⁸⁷:

⁸⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 11 jan. 2007

O princípio inspirador desse princípio contratual é, sem sombra de dúvida, o princípio da isonomia, pois, sabendo-se utópica a idéia de igualdade real entre as partes, é preciso tutelar mais um dos contratantes, tratando-os desigualmente na medida em que se desigalam. Tal concepção influenciou, por certo, a construção da autonomia dos microssistemas jurídicos, como a disciplina trabalhista e a consumista, em que o reconhecimento da desigualdade fática dos sujeitos impôs um tratamento diferenciado para, juridicamente, tê-los como equivalentes materialmente.

Almeja-se, com este princípio, assegurar e garantir o equilíbrio entre as prestações dos contratantes, de modo que ninguém – contratante ou contratado – seja lesado pela presença de evidente disparidade dentre as obrigações assumidas e o retorno delas decorrentes.

3.5 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DE CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE: O DIÁLOGO DAS FONTES

O Código de Defesa do Consumidor, em vigor desde 1991, e de origem manifestamente constitucional, veio tutelar as relações jurídicas em que figurem, de um lado, o consumidor, e do outro, o fornecedor, com o objetivo comum de movimentar produtos e serviços.

A análise do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor⁸⁷, faz concluir que as prestadoras de serviços privados de assistência à saúde são fornecedoras, vez que comercializam produtos e serviços.

De outra banda estão os consumidores, beneficiários dos direitos firmados no contrato, figurando, assim, como destinatários finais.

⁸⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Esboçando uma Teoria Geral dos Contratos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 682, 18 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6726>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

⁸⁸ 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.
§ 1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Eis a definição de Oscar Ivan Prux, acerca do contrato de consumo de serviço:

[...] contrato de consumo de serviço é o que constitui relação de consumo destinada a esse tipo de prestação, ou seja, aquela relação pela qual alguém, tendo, precipuamente, intuito de habitualidade e ganho, fornece serviço à pessoa física ou jurídica que seja destinatário final do mesmo⁸⁹.

Desta maneira, resta claro que a preservação da saúde, a partir do momento em que passa a ser objeto de contratação, consiste em cristalina relação de consumo. Por conta disso, os Contratos de Planos de Saúde, regidos pelo Código Civil e onde se aplicam os Princípios Contratuais vistos acima, consistem em negócios jurídicos de consumo, nos moldes dos artigos 2º e 3º do Código Consumerista.

São, os contratos de planos de saúde, regidos ainda pela Lei nº 9.656/98 que, conforme explanado no Capítulo 1, item 1.1.2, veio regulamentar o setor de saúde suplementar no Brasil.

Diante da quantidade de itens regulamentadores de referidos contratos, conclui-se, ser impossível analisar um Contrato de Plano de Saúde sem lançar mão, do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98.

Isto pois, cada qual, com sua característica específica, visa de alguma forma proteger as partes envolvidas em ditos contratos, devendo, assim, conviver harmoniosamente naquilo que for possível.

O Direito Contratual trazido pelo Código Civil de 2002, com sua feição constitucionalista, erige o contrato sob o manto da função social, e insere na teoria contratual um novo olhar, totalmente distante daquele centrado em bases estritamente individuais que acompanhava o Código de 1916. Nasce, como visto, um novo modelo de contrato, destinado, a partir de então à promoção da justiça social, e que, intervindo diretamente no conteúdo material dos contratos, exige a atenção aos princípios da função social, da boa-fé objetiva e da equivalência material e, conseqüentemente, ao Código de Defesa do Consumidor.

⁸⁹ PRUX, Oscar Ivan. *A proteção do consumidor na prestação de serviços*. São Paulo, 2001. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001, v. 2, p. 667.

Nesta via, Flávio Tartuce:

Por muito tempo, afirmou-se que, havendo relação jurídica de consumo não seria possível a aplicação concomitante do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Isso, na vigência do Código anterior, eminentemente individualista e muito distante da proteção do vulnerável constante da Lei Consumerista. Entretanto, atualmente e ao contrário, tem-se defendido um ‘diálogo das fontes’ entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Por meio desse diálogo, deve-se entender que os dois sistemas não se excluem, mas se complementam⁹⁰.

Está-se diante do diálogo das fontes, defendido no Brasil por Cláudia Lima Marques, que, utilizando os ensinamentos de Erik Jayme, justifica plenamente a aplicação conjunta do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. Pois veja-se:

Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de ‘le retour des sentiments’, sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (Zersplietierung), 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. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o ‘double coding’, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos ‘espaços de excelência’⁹¹.

Disto derivou o Enunciado nº 167 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, segundo o qual, 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.

⁹⁰ TARTUCE, Flávio. *A Função Social dos Contratos, a Boa-Fé Objetiva e as Recentes Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br> Acesso em 03 de julho de 2007.

⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 24.

No que tange ainda, à Lei nº 9.656/98, não é possível defender a existência de qualquer incompatibilidade, seja com o Código do Consumidor, seja com o Direito Contratual Civil, visto que mesmo a lei especial regulatória do mercado de planos de saúde almeja a proteção do beneficiário/consumidor, vendando a maioria das práticas abusivas de outrora, como limite de internação, não cobertura para tratamentos de AIDS e Câncer, entre outras.

Há que haver, assim, o emprego conjunto do Código de Defesa do Consumidor, enquanto lei principiológica, e da Lei 9.656/98, enquanto lei especial, visto que, o interesse de ambas as normas é perfeitamente comum: regulamentar a relação entre consumidor e fornecedor, e, mais especificamente, entre beneficiário e operadora.

Cláudia Lima Marques, para quem há total identidade subjetiva entre referidas leis, defende sua aplicação cumulativa aos contratos novos e a aplicação isolada da Lei Consumerista aos contratos anteriores. Para esta autora há aplicação cumulativa aos contratos novos do Código de Defesa do Consumidor, no que couber, uma vez que a Lei 9.656/98 trata com mais detalhes os contratos de Planos de Saúde do que o Código de Defesa do Consumidor, que é norma principiológica e anterior à lei especial. E conclui:

Neste caso o CDC será utilizado, assim como a Lei 9.656/98. Há cumulação de leis, complementaridade de leis, ‘diálogo das fontes’ e não ‘subsidiariedade’. Subsidiariedade significa ordem de aplicação, aplica-se inicialmente uma lei e só após se aplicará a outra. Aqui há complementação, de ambas regulando ao mesmo tempo o mesmo caso, em diálogo, pois não são antinômicas as leis, ao contrário, ambas seguem os princípios similares⁹².

Ademais, do Código de Defesa do Consumidor se obtém o direcionamento principiológico, empregado na proteção de toda espécie de consumidor. Correspondentemente, à Lei nº 9.656/98 toca regular, pormenorizadamente, os planos privados de assistência à saúde.

Para Maria Stella Gregori:

⁹² MARQUES, Cláudia Lima. SCHMITT, Cristiano Heineck. *Visões sobre os Planos de Saúde Privada e o Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em <www.saude.ba.gov.br> Acesso em 20 de maio de 2007, p. 43.

Há complementaridade entre ambas as normas, tendo em vista que o CDC regula todas as relações de consumo e a Lei nº 9.656/98 regula as especificidades dos planos privados de assistência à saúde. Por conseguinte, os consumidores de planos privados de assistência à saúde têm o direito a ver reconhecidos todos os seus direitos e princípios assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor, tanto na esfera da regulamentação administrativa, quanto na esfera judicial. O diálogo das fontes é condição *sine qua non*⁹³.

Diante disto, interessa a aplicação cumulativa do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98, não só pela sincronia de finalidades, mas, ainda, para assegurar ao sujeito de direito – seja consumidor, seja operadora – a garantia de ser bem amparado legalmente e de ver fazer cumprir os preceitos legais, o que só será possível admitindo-se o emprego concomitante das normas existentes em relação ao tema.

3.5.1 As cláusulas contratuais abusivas

Consistem as cláusulas contratuais abusivas naquelas que posicionam uma das partes de modo desfavorável dentro do negócio jurídico.

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor cuidou de citá-las, de modo sucinto, dizendo tratar-se das cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.

São, ainda, consideradas abusivas as cláusulas que subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos na lei consumerista, as que transfiram responsabilidades a terceiros, que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor, entre outras.

Abusivas, assim, são as cláusulas claramente prejudiciais ao consumidor, seja por serem altamente onerosas, ou por lhes imputar prestações excessivas.

⁹³ GREGORI, Maria Stella. *O Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 9.656/98: Antinomia ou Complementaridade?* Revista do Direito do Consumidor, nº 55, p. 209.

Estas cláusulas, por estabelecerem obrigações iníquas, ocasionam desequilíbrio contratual entre contratante e contratado, lesionando os princípios da equidade e boa-fé.

Referidas cláusulas, conforme é possível verificar do *caput* do artigo 51, são nulas de pleno direito, não operando sequer efeitos.

No entanto, a nulidade de qualquer cláusula considerada abusiva por si só não nulifica o negócio, salvo quando sua carência causar encargo demasiado a uma das partes. Conclui-se, que apenas a cláusula abusiva é nula, permanecendo válidas as remanescentes.

Aferindo-se, assim, a presença do justo equilíbrio entre as partes, validam-se as demais cláusulas, conservando-se o contrato.

Desta forma, é com base nos conceitos de abusividade, que se implementa a intervenção do Judiciário nos negócios jurídicos. Assim, as decisões na maioria das vezes se fundamentam no fato de, a cláusula discutida ser abusiva, razão pela qual não pode ser mantida.

O problema surge, quando da fundamentação da decisão, o magistrado não aferir exatamente se aquela situação é abusiva, e, se o é, qual a razão.

Assim, vê-se diante de decisões que apesar de declararem a abusividade de referida norma, não têm o condão de identificar onde está dita abusividade. Deste modo, não justificam nem apresentam claramente onde esta mácula está presente.

Isto nos põe frente a decisões de latente irracionalidade econômica, quando por exemplo, concede o magistrado uma liminar em sede de plano de saúde, sem sequer investigar se a mensalidade que o beneficiário paga é condizente com o serviço que requer, mesmo que não haja cobertura no contrato.

Confunde-se, desta forma o direito à saúde com o direito à cobertura contratual e, mesmo sem fazer jus a uma prestação, a parte, pelo simples fato de ser mais fraca economicamente, acaba recebendo a tutela pretendida.

Se uma cláusula contratual dispõe que, o consumidor, naquele contrato, não faz jus à cobertura para tratamento experimental⁹⁴, em nada é possível dizer que esta cláusula é abusiva, pois, busca, antes de qualquer coisa preservar a saúde do beneficiário ao não permitir que seja este exposto a tratamento sem eficácia comprovada.

Também não se encaixa em nenhuma das disposições do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor o que, conseqüentemente, não poderá ensejar o direito à cobertura por alegação de abusividade.

Assim, deve ser considerado abusivo aquilo que, não estando previsto no artigo 10 da Lei nº 9.656/98, no rol da ANS e, claramente disposto no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, traga efetivos prejuízos ao consumidor.

Já, as cláusulas que visam unicamente o equilíbrio contratual devem ser mantidas, sob pena de desequilíbrio financeiro no setor e, como se verá a seguir, de onerar os consumidores que sequer estão envolvidos no contrato em apreço.

Dispõe o artigo 5º da LICC que, na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Descumpre, assim, o seu dever, o magistrado que atua de modo contrário a lei, descumprindo a função social desta por agir, unicamente, segundo seus convencimentos pessoais.

Há de ser vedado ao judiciário fundamentar suas decisões em alegações de abusividade, sem se provar efetivamente onde está dita abusividade. Isto, pois, há contratos legalmente instituídos e que, ainda assim, são objeto de revisão.

⁹⁴ Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

4 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Os Princípios, enquanto normas jurídicas insertoras de valores significativos ao ordenamento jurídico, consistem em preceitos nucleares deste ordenamento, além de embasar todo juízo e toda atuação legislativa, judicial e administrativa.

Celso Antonio Bandeira de Mello *apud* Walter Claudius Rothenburg, define os Princípios Jurídicos como:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁹⁵.

Reconhecida por alguns como um sobreprincípio⁹⁶, ante a sua não explicitação em nosso texto constitucional, é possível definir a segurança jurídica como a garantia que decorre do ordenamento jurídico, da sua apresentação como norma impositiva de direitos de deveres. Consiste, assim, ao lado da justiça e do bem-estar social, em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e em um dos princípios basilares que lhe dão sustentação.

A Constituição da República instituiu em seu preâmbulo, a criação de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

E a segurança ali descrita não está adstrita, apenas, à segurança no sentido protetivo da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente à segurança jurídica enquanto princípio fundamental, sem o qual não se fala no Estado Democrático de Direito.

⁹⁵ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 14.

⁹⁶ Segundo Walter Claudius Rothenburg “Outros princípios Constitucionais apontados como implícitos no ordenamento jurídico brasileiro por Raquel Fernandes Perrini [...] são o da segurança jurídica [...]. O primeiro teria sua formulação extraída ‘a partir dos princípios explícitos, como, v.g., o princípio da legalidade (art. 5º, II), a irretroatividade das leis e a proteção da coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI) [...] entre outros’”. *Op.cit.* p. 57.

Assim, não é possível afirmar com veemência, a posição da segurança jurídica como sobreprincípio, pois, da análise do texto constitucional é possível indistintamente distingui-la.

Ademais, conforme leciona Cármen Lúcia Antunes Rocha, a segurança jurídica é declinada como direito nos textos constitucionais, e mesmo nos Estados nos quais ela assim não comparece, não há quem lhe negue a condição de necessário direito que fundamenta ou define os atos, seus efeitos e seus atributos, máxime em se cuidando de práticas estatais⁹⁷.

Outrossim, é da garantia da segurança jurídica que deriva a estabilidade do sistema jurídico, e é, em face à inexistência de um prognóstico concreto, que se busca no direito o mínimo de segurança.

Cláudio Drewes José de Siqueira⁹⁸, discorrendo sobre a segurança jurídica, dispõe que:

A diversidade de interesses individuais contrastantes na sociedade impele a existência de uma força superior a fim de superar os desequilíbrios daí surgidos. O Direito ergue-se, portanto, como meio necessário a possibilitar a convivência social almejada, impondo regras de manutenção da paz entre os integrantes e meios que assegurem o seu cumprimento. Não obstante, sua aceitação só é possível se houver do próprio Direito a sensação de segurança de que as regras serão observadas, pois que a tensão daí provinda acarretaria no desgaste da engrenagem que conduz à tolerância mútua. Então, poder-se extrair que na própria idéia de Direito está aderida [...] a de segurança jurídica, de modo a viabilizar e a propulsionar as relações sociais. [...] Assim, diz-se que a segurança jurídica é um valor fundante e a justiça um valor fundado. Ou como afirmou Wilhelm Sauer: 'em relação ao Direito, a segurança jurídica é a finalidade próxima; a finalidade distante é a justiça'.

Serve, assim, a segurança jurídica à garantia de que o ordenamento jurídico será seguido, independente de quem é o sujeito ativo ou o sujeito passivo da relação, seja esta jurídica, seja administrativa.

⁹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Coisa Julgada e o Vício da Inconstitucionalidade*. In Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 167.

⁹⁸ SIQUEIRA, Cláudio Drewes José de. *A Segurança Jurídica na Ordem Tributária*. Revista de Estudos Tributários. Síntese, Ano VI, n. 32, Jul-Ago 2003, p.140/143.

De qualquer forma, em todas as instâncias, há que se atentar ao cumprimento do ordenamento jurídico, sob pena de desaboná-lo e de transformá-lo, ao longo dos tempos, em um sistema desacreditado e inaplicado.

Segundo Alexandre Sormani, para quem a segurança jurídica é uma construção do Estado Liberal, com status, inclusive, de direito fundamental de primeira geração, referido princípio enseja a estabilidade do ordenamento jurídico. A propósito:

Essa estabilidade do ordenamento jurídico é o princípio da segurança jurídica. É princípio, pois não se vê totalmente abrangido apenas por dispositivos normativos isolados, mas compreendido, por indução, como mandamento nuclear do ordenamento jurídico. [...] Se a ordem jurídica é um todo sistêmico, e no Estado de direito a Constituição, na concepção jurídica, é lei de superioridade hierárquica, nota-se que cumpre a esta harmonizar a ordem jurídica, conferindo validade no sistema àqueles atos a ela compatíveis e negando validade aos contrários. Logo, a segurança jurídica corresponde à estabilidade da Constituição e dos atos que a realizam⁹⁹.

Esta multiplicidade de questões e conflitos que derivam da vida em sociedade é que incita a presença de uma regulação superior, a fim de, sopesando os direitos e deveres de cada um, poder apresentar uma solução.

Para Regina Maria Macedo Nery Ferrari, a idéia da segurança jurídica está ligada à concepção do Estado de Direito, isto é, com a noção de que em determinado estado, a lei nasce por todos e para todos e submete todos, inclusive os governantes, ao Poder Público¹⁰⁰.

E citando decisão do Tribunal Constitucional Espanhol, traz que, a segurança jurídica é a soma de certeza e legalidade, hierarquia e publicidade normativa, irretroatividade da menos favorável, interdição da arbitrariedade¹⁰¹.

⁹⁹ SORMANI, Alexandre. *Da segurança jurídica na lei nº 9.868/99*. Dissertação de Mestrado em Direito/Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2002, p. 57.

¹⁰⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle da Constitucionalidade*. In Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 215.

¹⁰¹ Sentença nº 27/1981, de 20 de julho de 1981.

No entender de Carlos Aurélio Mota de Souza, muito além disso, segurança e justiça são valores que se completam e se fundamentam reciprocamente, de modo que não há justiça materialmente eficaz se não for assegurado aos cidadãos, concretamente, o direito de ser reconhecido a cada um o que é seu, e aquilo que por ser justo lhe compete¹⁰².

Impera, assim, especialmente na atual conjuntura nacional, a necessidade de concretização de dita estabilidade, com uma latente busca por garantia e segurança. A propósito, dispõe Ingo Sarlet¹⁰³:

[...] o clamor das pessoas por segurança (aqui ainda compreendida num sentido amplo) e [...] por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no artigo 5º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental.

Chega-se, assim, à visão da segurança jurídica enquanto princípio estabilizador das relações jurídicas, e protetor da confiança individual no que concerne aos atos estatais, em todas as suas esferas de atuação.

É, assim, enquanto espelho do Estado Democrático de Direito, princípio fomentador do mínimo que deve ser assegurado às partes abrangidas pelo ordenamento jurídico, e, em virtude disso, sujeitos de direito, independente de sua posição contratual ou processual.

César García Novoa, *apud* Leonardo Greco, acerca do anseio por segurança nas relações jurídicas, dispõe que:

¹⁰² SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência – Um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo, LTr, 1996, p. 17/18.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. In *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 90.

La seguridad, una de las principales aspiraciones humanas, sólo puede entenderse tomando en consideración la dimensión social del hombre. En cuanto característica de la condición humana se puede definir como la pretensión de todo sujeto de saber a qué atenerse en sus relaciones con los demás. Cuando a la seguridad la adjetivamos de “jurídica”, estamos pensando en la idoneidad del Derecho para lograr ese saber a qué atenerse¹⁰⁴.

Referido princípio assegura, assim, o equilíbrio nas relações jurídicas, aliando-se à garantia de tranquilidade buscada pelos indivíduos, conferindo-lhes a certeza de que as relações protegidas pela lei não serão modificadas, em detrimento da estabilidade e segurança que tanto se aspira.

Para José Afonso da Silva, esta é a segurança jurídica, porém, em sentido estrito. A propósito:

[...] o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base sob a qual se estabeleceu¹⁰⁵.

Busca-se, na verdade, a efetividade da segurança jurídica, enquanto princípio constitucional, permitindo-se ao sujeito de direito a possibilidade de confiar na eficácia dos direitos que lhe são assegurados pela ordem jurídica já integra¹⁰⁶.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, é o direito à segurança que define a sustentação, firmeza e eficácia do ordenamento jurídico. Neste sentido:

¹⁰⁴ GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Pág. 05. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 23 de dezembro de 2006.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso. *Constituição e Segurança Jurídica*. In *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 17.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. In *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 87.

Ele garante que cada pessoa pode saber de si, de seus direitos, tê-los por certos e seguros em sua aplicação, para que cada qual durma e acorde ciente de que os seus direitos são os que estão conhecidos no sistema, e que a sua mudança não se fará senão segundo o quanto nele conhecido. [...] Segurança jurídica firma-se como paládio de convicções e confiança. Se o direito não se afirma por seguro e garantidor de segurança para as pessoas, direito ele não é, pelo menos não como expressão maior da criação social e estatal. Por isto, segurança jurídica produz-se na confiança que se põe no sistema e na convicção de que ele prevalece e observa-se obrigatoria e igualmente por todos¹⁰⁷.

Assegura-se, assim, os direitos regularmente constituídos, que já integram a esfera patrimonial do titular da tutela judicial garantida.

Em uma via da atuação estatal, está a figura da prestação jurisdicional, onde o magistrado, se ao aplicar a norma e proferir a sentença, não se atentar a essas regras básicas, está, nada menos que, enodando referido princípio, que assegura a cada indivíduo a certeza de que pode confiar no ordenamento jurídico e de que pode ir à Juízo, sem se assombrar com alterações insensatas na aplicação da lei ou na interpretação que se lhe dá, de modo a malograr a segurança que se espera do Poder Judiciário, enquanto guardião dos princípios constitucionais.

Diante disso, chega-se à idéia de que, a segurança jurídica irá depender da escoreita aplicação e, principalmente, do caráter obrigatório do Direito.

Miguel Reale¹⁰⁸, acerca da obrigatoriedade do Direito, assevera que:

A idéia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético. [...] Em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito.

¹⁰⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Coisa Julgada e o Vício da Inconstitucionalidade*. In Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 168/169.

¹⁰⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Ao se falar numa aplicação íntegra e igualitária do direito, almejando-se a efetiva seguridade que dali deve derivar, depara-se, mais uma vez, com o princípio da segurança jurídica.

Nesta linha, Atílio Aníbal Alterini *apud* William Couto Gonçalves, dispõe que:

Hay seguridad jurídica cuando el sistema há sido regularmente establecido em términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que solo se aplican a conductas posteriores – y no previas – a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo. Todo ello permite calcular razonablemente las consecuencias de Derecho que tendrá em el futuro lo que hace hoy¹⁰⁹.

O Princípio da segurança jurídica há de servir como um instrumento com o qual seja possível defender-se de decisões judiciais que firam a Constituição. Desta forma, deve ser observada sobre um prisma maior: a própria garantia do Estado Democrático de Direito que busca a efetiva garantia dos preceitos constitucionais.

Referido princípio deve, então, ser manejado como mais uma forma de se evitar o descumprimento da ordem constitucional, fazendo prevalecer os demais valores por ela representados.

4.1 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA FRENTE A COISA JULGADA, O DIREITO ADQUIRIDO E O ATO JURÍDICO PERFEITO.

Ao analisar a Constituição da República, em seu Artigo 5º, inciso XXXVI¹¹⁰, é possível concluir que, o Princípio da segurança jurídica afina-se com os direitos fundamentais e vincula-se com determinados princípios que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

¹⁰⁹ GONÇALVES, William Couto. Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 70.

¹¹⁰ 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: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Isto, pois, ditos princípios constitucionais gerais deparam-se, em dado momento, com a segurança jurídica como exigência de seu cumprimento.

No que tange ao direito adquirido e o ato jurídico perfeito, vê-se, aquele, como o direito já incorporado ao patrimônio do titular e, por conta disso, passível de exercício conforme lhe convier. Este último, em contrapartida, é verificado como o ato já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou¹¹¹.

Para José Eduardo Cavallari e Maria de Fátima Ribeiro, a diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito é que aquele emana diretamente da lei em favor do titular, enquanto que o segundo é negócio fundado na lei. A segurança do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido pela proteção que se concede ao seu elemento gerador¹¹².

E acerca da complementaridade entre a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, dispõem que, existe, dessa forma, uma íntima relação entre direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Em certa medida, um instituto contempla, carece dos demais.¹¹³

Daí a ligação de referidos institutos com a segurança jurídica, pois, o seu descumprimento fere a segurança, enquanto princípio garantidor de estabilidade no ordenamento jurídico.

Já sobre a coisa julgada, servindo-se esta à preservação da ordem jurídica, é possível visualizá-la no momento em que uma decisão judicial se torna impassível de recursos.

¹¹¹ Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

¹¹² CAVALARI, José Eduardo. RIBEIRO, Maria de Fátima. O princípio da coisa julgada frente aos demais princípios constitucionais: análise com vistas à coisa julgada tributária. Disponível em <www.diritto.it> Acesso em 01 de julho de 2007.

¹¹³ Op. Cit.

Consiste, assim, ante o esvaziamento de todas as formas de recurso, na impossibilidade de se discutir novamente a questão levada a juízo, eis que, com o trânsito em julgado da sentença, fez-se a coisa julgada.

Divide-se a coisa julgada em, formal e material. E, na lição de Jesualdo Eduardo de Almeida Junior:

[...] o mérito é a pretensão de direito material colocada e disputada judicialmente, e uma vez que a sentença a resolve, em transitada em julgada, operar-se-ia a coisa julgada material. Portanto, a coisa julgada material é aquela oriunda de uma sentença definitiva que julgou o mérito da causa, ao passo que a coisa julgada formal decorre de uma sentença terminativa, que não trouxe a análise do mérito da causa¹¹⁴.

Tendo, assim, transitado em julgado a sentença, e, conseqüentemente, feita a coisa julgada, sua afronta ataca, como conseqüência, a segurança jurídica, posto que, aquela garante esta última.

Isto, pois, não se pode permitir que, aquele que teve um direito reconhecido, e num dado momento esteve diante da coisa julgada, seja novamente provocado pela parte adversa.

Por conta disso, o respeito à coisa julgada passa a ser conseqüência do princípio da segurança jurídica, cujos efeitos destinam-se à coletividade, que poderão confiar na segurança que lhes é assegurada constitucionalmente.

4.2 SEGURANÇA JURÍDICA E CERTEZA DO DIREITO

Além da segurança jurídica, há que se analisar a certeza do direito, enquanto instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no caput do artigo 5º da Constituição Federal.

¹¹⁴ ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *O controle da coisa julgada inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 72.

A segurança jurídica e a certeza do direito, assim, são indispensáveis para que haja justiça, vez que, na desordem, não é possível reconhecer direitos ou exigir o cumprimento de obrigações.

Aquela se traduz objetivamente através das normas e instituições do sistema jurídico. Já a certeza se forma intelectivamente nos destinatários destas normas e instituições. Desta maneira, a segurança objetiva das leis dá ao indivíduo a certeza subjetiva das ações justas, segundo o Direito.

Carlos Aurélio Mota de Souza ao cuidar da segurança jurídica e da certeza do direito, dispõe que:

Analisando-se a característica de nosso ordenamento jurídico, constata-se, sem dúvida, tratar-se de um tipo 'estatal-formalista', em que a máxima aspiração do ordenamento é a segurança jurídica, especialmente sobre o aspecto da certeza ou clareza do Direito. Nesta concepção predomina a lei, como fonte suficiente do Direito [...]¹¹⁵.

A segurança jurídica, como se viu, anseia pela supressão das insatisfações, pelo aniquilamento das indefinições que afligem os sujeitos de direito.

Via de exemplo, com a proferição de uma decisão judicial, que independente de reconhecer ou não a existência de um direito, justifica às partes a razão do julgamento, é possível se deparar com uma situação de certeza e de segurança jurídica. Tudo isto, pois, havendo a aplicação legal escoreita, é possível, então, assegurar ao indivíduo a certeza e segurança tão almejadas.

Referidos princípios visam assegurar ao indivíduo o mínimo de previsibilidade necessária que lhe deve ser brindada, acerca do que ele tem o dever de respeitar, do que ele tem o direito de obter, além de lhe conferir plena ciência das situações em que pode travar relações jurídicas válidas, eficazes e protegidas pelo Estado.

¹¹⁵ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 73.

Carlos Aurélio Mota de Souza dispõe que, segurança é fato, é o direito como factum visível, concreto, que se vê, como a pista de uma rodovia em que se transita, que dá firmeza ao caminhante, para que não se perca nem saia dos limites traçados pela autoridade competente¹¹⁶.

E é, a efetiva certeza do direito, que dá ao indivíduo a sensação de confiança no ordenamento jurídico. É do Estado de Direito que deriva a legítima certeza, decorrente do fato de se conhecer o conteúdo das normas jurídicas e, com isso, ser possível calcular até onde podem ir os indivíduos que convivem socialmente.

Neste sentido Artur Stamford:

Com o Estado de Direito há a certeza jurídica, pois todos conhecem seus direitos, porque positivados, postos pelo Estado. Assim, constrói-se a expectativa do comportamento alheio, ao possibilitar certo cálculo de probabilidade do agir social, o que significa poder-se prever as ações alheias. A tese, portanto, divulgada é: conhecer o conteúdo das normas jurídicas corresponde a ter uma certeza de como agir, atuar e se comportar¹¹⁷.

A segurança jurídica e a certeza do direito, desta forma, devem ser vistas de forma dependente e correlatas entre si, vez que uma, efetivamente não existe sem a outra.

Tudo isto, pois, não é possível se obter segurança quando não há certeza efetiva de como as normas serão aplicadas perante a sociedade.

Dita conexão, assim, nos leva crer que, em face ao ordenamento jurídico, é possível confiar nos direitos e ter certeza dos deveres, sejam estes impostos a nós ou à parte contrária em uma lide. Para Stamford, essa correlação conduz à idéia de que, por existirem as normas jurídicas, pode-se guiar como agir, bem como prever e exigir comportamentos sociais alheios. Para ele, forma-se uma padronização social e edifica-se um mínimo de ética, dizendo-se assegurados os direitos porque positivados pelo Estado¹¹⁸.

¹¹⁶ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência – Um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo, LTr, 1996, p. 30.

¹¹⁷ STAMFORD, Artur. *Certeza e Segurança Jurídica: reflexões em torno do processo de execução*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141, jan/mar. 1999.

¹¹⁸ Op. cit, p. 259.

Conforme ensina Alf Ross, *apud* José Fábio Rodrigues Maciel, para haver conexão entre o direito vigente e o ideal de justiça, dois são os pontos necessários: primeiro, a exigência de que haja uma norma como fundamento de uma decisão; segundo, a exigência de que a decisão seja uma aplicação correta de uma norma¹¹⁹.

A efetiva segurança, desta forma, só será obtida quando o sistema jurídico conseguir funcionar habilmente e quando puder aplicar, corretamente, suas normas, garantindo-se a certeza em sua execução. Desta maneira, consistirá a obrigatoriedade da lei, um dos fatores primordiais à garantia da segurança do ordenamento jurídico.

Atente-se, entretanto, a fim de que não se confunda a necessidade da segurança e certeza do direito com uma resignação ao que é imputado à sociedade. Assim, o que interessa e efetivamente faria chegar à segurança jurídica não é somente a certeza sobre a decisão a ser proferida, mas sim sobre a não-surpresa destas decisões¹²⁰.

Anseia-se que haja, por parte do magistrado, na prestação jurisdicional, um comprometimento com as garantias fundamentais sociais e econômicas. Tudo isso, pois, já não se pode satisfazer com julgamentos que vêm em detrimento de tudo e de todos, salvaguardando unicamente a parte envolvida na lide, em detrimento de uma coletividade de, também, sujeitos de direito.

¹¹⁹ ROSS, Alf. *Apud* MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria Geral do Direito: Segurança, Valor, Hermenêutica, Princípios, Sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60.

¹²⁰ Idem, p. 43: “Entendemos que a real segurança jurídica não é alcançada simplesmente quando a sociedade tem certeza sobre a decisão que será tomada, e sim com a existência da não surpresa sobre as decisões prolatadas”.

5 A SEGURANÇA JURÍDICA NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

5.1 PODERES E DEVERES DO JUIZ: O DEVER DE IMPARCIALIDADE

Consiste a jurisdição em uma das formas de manifestação do poder estatal, materializada pelos atos do juiz que, ante a capacidade que seus atos têm de produzir efeitos perante a sociedade, é tido como a figura mais relevante dentro do ambiente processual.

Corporifica-se, assim, a figura do julgador, como a do agente sujeito às imposições e determinações positivadas pelo legislador, que tem a função de, por meio de um juízo embasado em normas jurídicas, avaliar o direito das partes litigantes.

Segundo Carlos Aurélio Mota de Souza, homem egrégio, de escol, é o juiz a substância humana dentro do processo, atuada livremente, com dignidade e hierarquia, como comandante de uma nave, porém limitado aos seus contornos, que é a lei. É o juiz a face humana da Justiça, aquela que o povo vê, com a qual dialoga, reclama, protesta, reivindica¹²¹.

Está, assim, amplamente ligada ao ideal de justiça e de eficiência do processo, a questão dos poderes do juiz e de sua atuação. Neste sentido Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

[...] O tema dos poderes do juiz constitui um dos mais fascinantes da dogmática processual civil, porque se vincula estreitamente à natureza e à função do processo, à maior e menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos e, ainda, ao papel que é atribuído ao magistrado, na condução e solução do processo, em consonância com os fatores acima mencionados. Impõe-se, na verdade, estabelecer uma solução de compromisso, que permita ao processo atingir suas finalidades essenciais, em razoável espaço de tempo e, principalmente, com justiça. O mesmo tempo, importa estar atento para que o poder concedido ao juiz não redunde em arbítrio ou comprometa sua necessária e imprescindível imparcialidade¹²².

É assim, elemento de eficácia do processo, a atuação imparcial do magistrado, bem como o atendimento ao dever de legalidade e moralidade.

¹²¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. *Poderes éticos do juiz. Igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 87/88.

¹²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Poderes do juiz e visão cooperativa do Processo*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2007.

Carlos Aurélio Mota de Souza¹²³ ao discorrer sobre os deveres funcionais do magistrado dispõe que:

Na verdade, pretende-se muito mais do juiz, como guardião dos interesses privados e públicos, único a dizer a última palavra sobre o direito, como dever institucional de que está privativamente investido. Exige-se, além da imparcialidade, apanágio de sua função, o dever de legalidade, a incorruptibilidade e a obrigação moral de ditar a sentença [...] ou declarar porque não pode prover no mérito [...], sendo-lhe vedado o *non liquet*, por constituir denegação da justiça [...]. Deverá, e sempre, motivar todos os seus atos, como princípio constitucional obrigatório para o controle da justiça [...], única garantia contra o arbítrio [...]. Em toda sua conduta se exige, sobretudo, o constante dom da prudência, a reta estimativa das leis (evitando o *error in iudicando*), a docilidade de saber (humildade intelectual e profissional), sagacidade (presteza no julgamento), circunspeção e cautela, para manter íntegra sua autoridade e sua independência.

Atente-se, no entanto, que dentro da função estatal encontra-se, além da função jurisdicional, a função legislativa, momento em que o povo, por meio dos seus eleitos, estabelece as normas que regularão as relações entre os sujeitos de direito.

A atuação do juiz, entretanto, deve dar-se de modo complementar e subsequente à função legislativa, vez que, dentre suas competências está a de bem aplicar as previsões e prescrições legais. Assim, se posiciona Sidnei Amendoeira Junior:

É este trinômio – função, poder e atividade – que liga a jurisdição à atividade estatal. [...] O Estado possui uma função jurídica, exercendo-a em dois momentos distintos. O primeiro ao legislar, estabelecendo assim as normas que irão reger as relações entre os jurisdicionados, de forma abstrata, e o segundo, na jurisdição, através da qual será possível atuar praticamente as normas antes estabelecidas em abstrato, em um primeiro momento declarando a vontade concreta da lei para, em seguida, se for o caso, atuá-la¹²⁴.

Os poderes do juiz compreendem, veladamente, exigências éticas essenciais ao legítimo exercício das funções que lhe são atribuídas. Diante disso, lado a lado aos ditos poderes encontram-se os deveres do juiz.

¹²³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. *Poderes éticos do juiz. Igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 53/54.

¹²⁴ AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. Coleção Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2006, pág. 09.

Carlos Aurélio Mota de Souza dispõe que, os poderes que incumbem ao juiz são intrinsecamente deveres, sem os quais não se poderia exercer plenamente o comando jurisdicional que o Estado lhe outorgou¹²⁵.

Para este autor, a força do poder judicial está em julgar e fazer executar o julgado, transportando a certeza jurídica, querida pelo legislador, da lei para a coisa julgada, tarefa que reputa exclusiva do magistrado.

Dentre os deveres do juiz, destaca-se, como se viu, o dever de ser imparcial, o que, em nada se assemelha à uma atuação indiferente e estática por parte do magistrado¹²⁶.

Luciana Amicucci Campanalli, acerca do dever de imparcialidade, traz que:

Entende-se por juiz imparcial não aquele juiz inerte que assiste pacificamente o duelo entre as partes, limitando-se a proferir a decisão, mas, ao contrário, o julgador preocupado com o resultado concreto da sentença na vida dos litigantes e, portanto, comprometido com a entrega da prestação jurisdicional justa, fundamentada essencialmente na verdade. O juiz imparcial está especialmente comprometido com a pacificação social do conflito e a conscientização, tanto dos litigantes quanto de todos os jurisdicionados, de todos os seus direitos e obrigações [...]. Não se pode confundir juiz imparcial com juiz neutro, já que este não atende às necessidades do processo. Na realidade dizer juiz imparcial é redundante, pois o exercício da função judicante exige equidistância das partes, de modo a decidir a lide sem qualquer interesse em nenhuma delas¹²⁷.

Atua, assim, de modo imparcial, o magistrado que não se envolve de forma facciosa com uma das partes, que não exerce o julgamento com base em conceitos pré definidos e, por fim, que não ultrapassa a esfera legal.

Mauro Cappelletti situa a imparcialidade do juiz como uma característica adstrita à sua independência. E citando Giovanni Pugliese, dispõe que:

¹²⁵ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. *Poderes éticos do juiz. Igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 77.

¹²⁶ Joaquim Nabuco *apud* Ronaldo Rebello de Britto Poletti, traz que: “Joaquim Nabuco, em ‘Minha Formação’ insiste em que o mais democrático dos países que visitara era a Inglaterra, não em função do Parlamento ou do regime eleitoral, mas pelo fato de o mais humilde dos ingleses e o mais importante nobre, serem colocados em posição de absoluta igualdade diante do juiz”. POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Democracia e Processo*. Disponível na Internet: <<http://www.unb.br/fd/polete.html>>. Acesso em 05 de janeiro de 2007.

¹²⁷ CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes Instrutórios do Juiz e a Isonomia Processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, Pág. 95.

[...] devemos reconhecer que a independência dos juizes frente ao executivo, longe de representar um valor fim em si mesmo, não é ela própria senão um valor instrumental. É difícil não compartilhar da opinião de Giovanni Pugliese [...] quando afirma, exatamente, que a independência, não é senão o meio dirigido a salvaguardar outro valor [...], ou seja, a imparcialidade do juiz. [...] O valor ‘final’ – a ‘essência’ ou a ‘natureza’, por assim dizer – da função judiciária é, portanto, que a decisão seja tomada por um terceiro imparcial [...]¹²⁸.

É assim, o dever de imparcialidade, requisito de atuação do magistrado para, ao analisar o caso concreto, bem cumprir a função de julgar. Ademais, por sua própria natureza, a função jurisdicional requisita uma isenção que, na prática, se traduz pela obediência a referido dever.

Nagib Slaibi Filho *apud* Pietro Calamandrei traz que:

Históricamente la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición em los albores dela civilización, es la IMPARCIALIDAD. El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre si, y que desde el exterior examina el litigio com serenidad y com desapego; es um tercero inter partes, o mejor aún, supra partes. Lo que lo impulsa a juzgar no es um interes personal, egoísta, que se encuentre em contraste o em connivencia o amistad com uno o com outro de los egoísmos em conflicto. El interés que lo mueve es um interes superior, de orden colectivo, el interes de que la contienda se resuelva civil y pacificamente, ne cives ed arma veniant, para mantener la paz social. Es por esto que debe ser extraño e indiferente a las solicitudes de las partes y al objeto de la lite, nemo iudex in re propria¹²⁹.

Neste interregno, a atuação do juiz, deve sempre se dar de forma livre e desobrigada, a fim de vedar qualquer julgamento e iníquo e parcial. Isto, pois, a verificação da atuação parcial vicia a atuação jurisdicional vez que infringe sobremaneira a intenção do legislador e, muitas vezes, o fim social da própria lei.

Neste sentido, Mario Pimentel de Albuquerque, para quem a imparcialidade visa prevenir que o exercício da jurisdição seja subordinado a fatos que comprometam a correta aplicação do Direito. A propósito:

¹²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p.32.

¹²⁹ SLAIBI FILHO, Nagib. *Meios de controle do Poder Judiciário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3347>>. Acesso em 18 jan. 2007.

[...] assim como a independência, eliminando toda e qualquer vinculação jurídica do juiz a instâncias estranhas à legalidade vigente, torna efetiva sua sujeição ao ordenamento, a imparcialidade, por seu turno reforça indiretamente essa sujeição, reprimindo as subordinações fáticas que, por serem tais, não são menos perigosas para a realização da atividade jurisdicional. [...] A supressão de qualquer elo da cadeia silogística, por vício de parcialidade, determina a ruptura do processo de produção normativa, e a norma que aí advier, longe de ser a concretização de fases superiores do ordenamento, representará, antes, a própria negação delas [...]. Assediado pelas paixões, ou arrastado por elas, lança-se ele, temerariamente, ignorando os elos intermediários, concluindo por julgar antes de conhecer. [...] Portanto, a primeira vítima de um juiz parcial é ele mesmo; a imparcialidade constitui, [...] o penhor da eficácia prática da independência judicial e, onde que quer aquela falte, esta só poderá nominalmente existir¹³⁰.

Desta forma, não pode o magistrado, lançando mão de questões e influências pessoais, ignorando a função da norma, proceder juízos com base exclusivamente em preceitos de natureza sentimental.

Ao sentenciar, deve o magistrado refletir sobre os reflexos sociais de dita decisão, e, porque não, imaginar e por em prática uma certa função social da sentença. Isto, pois, a decisão judicial, enquanto fonte geradora de direitos tem, sempre, de buscar um fim coletivo e social justo e igualitário.

Isto, pois, a atuação judicial, produz, a longo prazo, efeitos, conhecidos por todos como a jurisprudência, ou seja, a prudência do direito. E não existe direito prudente quando embasado estritamente em conceitos pessoais e parciais.

Assim, leciona Carlos Aurélio Mota de Souza, acerca da influência das questões pessoais no ato de julgar, que:

[...] o poder do juiz é íntimo de uma concepção democrática do Estado, onde se afasta um conceito ‘pessoal’ de poder, para aceitar o de ‘investidura’, exterior e superior à pessoa da autoridade. Porque um poder fora e acima da ordem jurídica é poder pessoal, não pertence ao magistrado como ‘juiz’, mas como ‘indivíduo’, e, portanto, antidemocrático. Deve o poder judicial, por isso, sofrer uma limitação estatal, imposta em função da inviolabilidade da ordem jurídica, e da previsibilidade das conseqüências jurídicas dos atos humanos¹³¹.

¹³⁰ ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O Órgão Jurisdicional e sua função. Estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e controle do poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.168/171.

¹³¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. *Poderes éticos do juiz. Igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 77/78.

Há, dentre os deveres do juiz, o de vinculação de seus atos à Constituição Federal e à legislação ordinária vigente, sendo-lhe defeso qualquer aplicação alternativa do direito, caracterizada pela utilização de critérios pessoais no cumprimento de sua função, em detrimento da lei.

No mesmo caminho, o artigo 35 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, segundo o qual, é dever do magistrado cumprir e fazer cumprir, com serenidade e exatidão, as disposições legais.

Isto pois, no cumprimento de sua função, ante a exigência de se interpretar e empregar o texto legal, não se pode considerar normal o proferimento de sentenças com base em juízos individuais, apartados do ordenamento jurídico. Pelo contrário, é sempre com base na lei e na Constituição Federal que se deve analisar o caso concreto, vedando-se absolutamente ao juiz desprezar o cânon legal quando do exercício do ofício jurisdicional.

Desta forma, quaisquer decisões embasadas em instintos puramente pessoais, excedem as funções do magistrado e do poder a que este se vincula.

Flavia Moreira Pessoa, ao cuidar da questão da descoberta da verdade no processo e do arbítrio judicial traz que:

Atualmente, principalmente após as atrocidades nazistas da segunda guerra mundial, cometidas sob o pálio formal da lei, assiste-se a um movimento reativo que passou a 'confiar no juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito'. [...] As amarras a que se submetem os juízes, quer no campo da apreciação probatória, quer no que se refere à prolação da decisão fundam-se, por um lado na tentativa de dar cientificidade ao procedimento e, por outro, no intuito de colocar o poder e evitar o arbítrio¹³².

Define-se aqui a arbitrariedade, enquanto o que resulta de arbítrio pessoal, ou sem fundamento em lei ou regras. Consiste, assim, em ato onde intervém o capricho, à custa da verdade, da razão ou da justiça.

¹³² PESSOA, Flavia Moreira. *O tecnicismo na descoberta da verdade e o medo do arbítrio judicial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 483, 2 nov. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5857>>. Acesso em 25 fev. 2007.

Neste sentido, Carlos Aurélio Mota de Souza traz clara diferenciação, de modo que não se confunda arbítrio com arbitrariedade. A propósito:

Quando a lei fala que o juiz deve agir segundo seu 'prudente arbítrio' [...], sem dúvida lhe está atribuindo qualidades que eram exigidas do *prudens* romano, o *juris prudens*, o conhecedor do direito, por experiência da vida, conhecimento do concreto [...]. A discricionariedade é [...] uma faculdade inerente ao poder judicial de decisão, não se identificando, para François Geny, como poder arbitrário [...]; como também para Pontes de Miranda, que distingue poder de arbítrio e discricionariedade judicial [...]. O arbítrio surge, assim, como elemento informativo da discricionariedade, a virtude da prudência ou da razoabilidade, que leva ao acerto mais equânime das decisões. [...]. Não há confundir arbítrio com arbitrariedade, pois esta é a patologia do direito. Distingue-se a arbitrariedade, que é arbítrio de meios, e o arbítrio jurídico, ou arbítrio de fins, como bem se observa no direito penal, com o sistema das agravantes e atenuantes, em que o arbítrio está na liberdade do juiz em aplicar a pena dentro de limites certos, e aqui o arbítrio se aproxima bastante e bem informa o perfeito exercício da discricionariedade¹³³.

Tem-se, assim que, o ofício primordial do juiz consiste em proceder julgamentos, devendo lançar mão do prudente arbítrio. Contudo, estando sempre, atento ao ordenamento jurídico.

Nos casos de omissão legislativa, a fim de evitar decisões arbitrárias e sentimentais é que, cuidou o legislador de regular o *modus operandi* do magistrado ao se deparar com ausência de previsão legal.

Mario Pimentel de Albuquerque, ao tratar da jurisdição dispõe que:

[...] sempre se considerou que o juiz deve estar vinculado a critérios positivos previamente estabelecidos. Dir-se-ia que existe como que um temor social à liberdade absoluta dos juízes; que os grupos humanos não suportam a idéia de que suas relações jurídicas, seus atos, suas pessoas e seus bens possam estar entregues a uma sorte de discricionariedade caprichosa da parte daqueles sujeitos encarregados de julgar, em nome do Estado, conflitos intersubjetivos qualificados juridicamente¹³⁴.

¹³³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. *Poderes éticos do juiz. Igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 87/94.

¹³⁴ ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O órgão jurisdicional e sua função. Estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e controle do poder Judiciário* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 21/22.

Desta forma, mesmo quando o magistrado se depara com lacunas ou com a necessidade de interpretar a lei, o que não deve lhe ser defeso, há que se cuidar para que tais interpretações busquem, antes de tudo, conhecer o intuito do legislador além de se pautar sempre nos princípios constitucionais, especialmente da segurança jurídica e da certeza do direito.

Eis o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Vê-se neste caso uma limitação imposta pelo legislador, ciente este de que a lei nem sempre conseguiria abranger todas as situações decorrentes da vida em sociedade, de modo a evitar que, nestes casos, extrapolasse o juiz suas funções.

Assim, o poder de julgamento do juiz diante de uma omissão no texto legal, é restringido pela própria lei, sendo-lhe defeso sentenciar de modo arbitrário, em atendimento única e exclusivamente à sua própria opinião.

É dado sim, liberdade ao juiz. Porém, até esta sofre limitações. A propósito, dispõe Mario Pimentel de Albuquerque:

Mantida em seus justos limites – dado que nenhuma atividade humana pode ser exercida sem eles – a liberdade do juiz adapta efetivamente o processo às necessidades da realidade social, exercendo, deste modo, uma influencia renovadora sobre o Direito. Afronta este, porém, quando tornada em arbítrio, excede aqueles limites [...] para os estender para lá do razoável, às expensas dos interesses das partes, cujos direitos nada contam ante o acrescentado poder do órgão jurisdicional¹³⁵.

Assim, não é dado ao magistrado o direito de, mediante decisões arbitrárias, ocasionar no mais das vezes reflexos relevantes na vida econômica e social de toda uma coletividade¹³⁶.

¹³⁵ ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O órgão jurisdicional e sua função. Estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e controle do poder Judiciário* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 107.

¹³⁶ Segundo Carlos Alberto Motta de Souza, “Vicente Ráo [...] adverte que não é lícito ao juiz ‘criar novas normas, bastando socorrer-se da analogia e dos princípios gerais’, mas ressalva que a jurisprudência constitui apreciável força supletiva do direito, pois ‘haveria paradoxo em se atribuir aos juizes a função de suprir as lacunas da lei, ou a própria falta de lei e não querer reconhecer-lhes, em certo sentido, uma função criadora do

Por conta disto que, os poderes/deveres do juiz têm de ser analisados à sombra da noção democrática de jurisdição, dos princípios e, em última análise, da jurisprudência, vedando-se a presença de qualquer rastro de pessoalidade e individualidade nas decisões dali emanadas, com base no conceito de investidura, que ultrapassa e se sobrepõe à pessoa do julgador e, via de regra, de qualquer sentimentalismo que possa contaminar a decisão.

O que prejudica, assim, a segurança jurídica e a certeza do direito, são as decisões pautadas única e exclusivamente em conceitos pessoais, em clara ofensa ao ordenamento jurídico.

A tarefa do juiz consiste em interpretar e empregar a lei, que deriva do ato do Poder Legislativo, que emana do povo, sendo-lhe obrigação, no entanto, aferir se, a norma que tem em mãos para ser aplicada, está ou não, eivada pela inconstitucionalidade.

Em conseqüência disso, é defeso ao magistrado atuar em favor de qualquer das partes no processo, seja mais forte ou mais fraca. Tudo isso a fim de cassar qualquer atuação assistencialista da sua parte.

O fato de o juiz conduzir o processo sem, em nenhum momento, pender para o lado de uma das partes traz a perfeita e absoluta materialização da mais pura imparcialidade. Isto, pois, qualquer atuação desarmoniosa fere de morte a almejada atuação justa que se espera do julgador.

Para Recaséns Siches *apud* Lúcia Reis de Almeida Prado o direito não se restringe ao mundo psicológico. Também não é idéia pura, nem valor puro, pois relaciona-se com a realidade. Mesmo porque [...] o magistrado que não está acima da lei, deve acatar a ordem jurídico-positiva¹³⁷.

direito subsidiário, criação que, até sobrevir lei em contrario, se mantém e se perpetua pela força própria do princípio que reclama julgado igual para casos iguais". SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. *Poderes éticos do juiz. Igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 101.

¹³⁷ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção. Aspectos da lógica da decisão judicial*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2005, p. 15.

Para José Carlos Baptista Puoli, *apud* Luciana Amicucci Campanelli, há que se cuidar, entretanto, para não se confundir a figura do juiz imparcial com a do juiz participativo, considerando que este pratica os atos necessários à entrega da decisão justa, baseada na verdade dos fatos, em oposição àquele em que a decisão proferida é tendenciosa, impossível de pacificar o conflito apresentado¹³⁸.

O que não se pode permitir, pelo que se vê, é a existência e a prevalência de decisões estritamente pessoais, oriundas de um intuito caritativo do magistrado. Assim, não pode o Estado juiz ser mero promotor de igualdade social, almejando, por meio do processo, cuidar de questões sociais que não competem à sua esfera de atuação.

Isto, pois, proceder uma decisão justa não é o mesmo que outorgar ganho à parte aparentemente inferior, quando esta não faz jus à referida decisão. Neste ínterim, não é tirando do rico para dar ao pobre que se faz justiça, mas é, ao contrário, empregando a lei diante das partes, sem olhar a quem se aplica.

Para Luciana Amicucci Campanelli a atuação parcial restringiria o juiz a promotor da igualdade social, e a realização desta igualdade não é o escopo primeiro da atividade jurisdicional, cujo maior objetivo é fazer justiça.

E conclui, que, o juiz preocupado somente com a igualdade social deixa de julgar a lide imparcialmente, porque independente do resultado probatório, tende a decidir de maneira favorável a uma das partes, em razão do desnível havido entre elas, ainda que o sistema normativo e o conjunto de provas sinalizem desfavoravelmente¹³⁹.

Este comportamento do magistrado, antes de tudo, descumpra sua função enquanto membro do Poder Judiciário, e, por conta disso, garantidor da justiça social e, não somente, individual. Corre o risco, assim, de fazer justiça, para fazer caridade.

Plauto Faraco de Azevedo, acerca do papel do juiz dispõe que:

¹³⁸ CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes Instrutórios do Juiz e a Isonomia Processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 96.

¹³⁹ Op. cit, p. 99.

A magnitude do papel que deve desempenhar o juiz dificilmente poderia ser exagerada. Envolve todos os seus conhecimentos – do direito objetivo e da vida sob seus múltiplos aspectos, sua concepção da existência e do direito, de sua função, fins e significado. O bom desempenho de suas funções haverá de mobilizar toda a sua pessoa, particularmente sua consciência crítica, em face dos fatos que lhe são submetidos e da legislação cuja aplicação as partes argüem. Sua atuação haverá de descrever um movimento a um tempo centrípeto, para que bem possa sopesar os interesses em questão, e centrífugo, para que deles possa distanciar-se e ajuizar com humana isenção ou imparcialidade. Para que o juiz possa ser imparcial, precisa ser independente e subordinado ao direito, por ser possível, contrariamente, ao que propala o discurso positivista, a existência de leis contrárias ao direito¹⁴⁰.

Assim, deixa de ser imparcial o juiz que, movido unicamente por conceitos pré estabelecidos, por puro desconhecimento ou por razões pessoais, atua de forma contrária a um segmento da economia, indistintamente, pelo simples fato de serem empresas e, aparentemente, mais fortes que a parte contrária.

Para Milton Paulo de Carvalho, se excluem da atividade probatória do juiz aquelas que comprometem sua imparcialidade, fundadas no escopo meramente assistencialista de delir, pelo processo, a desigualdade social ou econômica das partes¹⁴¹.

Ao se impor ao juiz, além de meras faculdades, poderes/deveres dentro da atuação processual, impôs-se, conseqüentemente, o dever de não se assentar em juízos pessoais, mas, antes de qualquer coisa, em juízos estritamente legais.

José Eduardo Faria, acerca do tema, traz que:

Como a magistratura não pode deixar sem resposta os casos que lhes são submetidos, independentemente de sua complexidade técnica e/ou de suas implicações econômicas, políticas e sociais, não poucas vezes ela se sente impelida a exercer uma criatividade decisória que, [...] acaba transcendendo os limites da própria ordem legal [...]¹⁴².

¹⁴⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. 5. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 76.

¹⁴¹ CARVALHO, Milton Paulo de. *Poderes instrutórios do juiz. O momento da prova pericial nos procedimentos ordinário e sumário*. In: REIGOTA, João Manuel dos Santos (Org.). *Direito, Ciência e Arte*. Estudos jurídicos interdisciplinares. Campinas: Edicamp, 201, pág. 241/248.

¹⁴² FARIA, José Eduardo. *A crise do Judiciário no Brasil: Notas para discussão*. Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, Pág. 22.

Ao juiz, sem sombra de dúvidas, é dado autonomia e discricionariedade, mas somente enquanto configure a liberdade que este tem de, ao apreciar a lide, proferir a melhor e mais justa decisão.

Nagib Slaibi Filho acerca da autonomia do Poder Judiciário dispõe que:

A autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, assegurada no art. 99 da Constituição e a autonomia funcional dos magistrados (arts. 93 e 95) significam somente o mínimo de independência de atuação que se pode esperar de qualquer órgão político, mas não legitimam o arbítrio no exercício da função jurisdicional. [...] Em terríveis momentos de submissão à ordem autoritária, era simples tentativa de eufemismo dizer que vivíamos momentos do exercício discricionário do poder. Ora, mesmo na discricionariedade o agente público está limitado às opções que a ordem jurídica lhe concedeu. Não queremos juízes discricionários nem que julguem com fundamento no prudente arbítrio judicial, como dizem as leis antigas – o Estado Democrático de Direito necessita de magistrados estritamente vinculados à ordem jurídica, sem evasivas e dissimulações¹⁴³.

Ademais, deixa de cumprir a sua função e o seu dever, enquanto portador da Constituição Federal, o juiz que não se importa com a efetiva concretização da justiça.

Tudo isto para não deixar dúvidas acerca do limite da atividade judicatória, limite este que, nada mais é do que a atenção aos preceitos da legalidade e da efetiva justiça, ignorando-se qualquer atuação parcial.

5.2 LIMITAÇÕES À ATIVIDADE JUDICIAL

Foi visando preservar as liberdades individuais tolhidos pelos abusos cometidos pelos governantes que, o liberalismo burguês defendia a plena separação dos poderes estatais.

Belize Câmara Correia traz que, em referido período, verificava-se claramente o predomínio da lei, em seu sentido literal, vez que derivada de deliberação popular. Preponderava, assim, a vontade popular, representada pelo poder Legislativo. A propósito:

¹⁴³ SLAIBI FILHO, Nagib. *Meios de controle do Poder Judiciário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3347>>. Acesso em 18 jan. 2007 P. 06 e 09.

A despeito de alguns traços distintivos entre as concepções liberais elaboradas pelos grandes pensadores políticos do final do século XVII (Montesquieu, Locke e Rousseau), inspiradas nas idéias libertadoras do absolutismo monárquico e implementadoras de uma estrutura de poder despersonalizado, em todas elas se percebe a formulação do Estado moderno como uma entidade necessariamente rígida e estática, informada pelo predomínio absoluto da lei como norma geral, abstrata e imutável, porque fruto da vontade popular soberana. Sob essa perspectiva de império da lei, praticamente insignificante era o papel estatal atribuído ao Poder Judiciário, que, na concepção de Montesquieu, deveria conservar-se nulo, limitando-se à atividade mecânica e inanimada de aplicação da lei. Preponderava, por esse pensamento, a idéia de que o juiz representava uma autoridade burocrática, não corporificando, porem, um verdadeiro Poder ¹⁴⁴.

Hoje, já não prevalece esta idéia de um judiciário a par dos acontecimentos, sendo a este órgão, inclusive, imputado o dever de atender a uma função social consistente em estar atento às mudanças sócio-econômicas e às garantias e preceitos constitucionais.

Esse dever de cautela em relação à economia está intimamente ligado com a relação entre o magistrado e os contratos. Tudo isto, pois, ao se falar em direito e economia há de se pensar que todo esse processo se operacionaliza no contrato.

Até porque o contrato tem conteúdo econômico e serve para operacionalizar a circulação de riquezas e, em um universo jurídico, os ideais não são atingidos se não forem analisados pelo foco econômico.

O sistema constitucional brasileiro, no entanto, por exigir lógica e coerência das decisões judiciais, se põe contra uma atuação judicial ilimitada e desmedida.

Não obstante, é possível se ver diante de decisões arbitrárias e fundadas unicamente em convencimentos e bases pessoais, contrariando todas as previsões que, amparados pela lei, firmam os sujeitos de direito.

Ronald Dworkin *apud* Eduardo Appio, a partir da experiência norte-americana, entende que a forma como os juízes decidem os casos que lhes são submetidos influencia o destino de uma comunidade ¹⁴⁵.

¹⁴⁴ CORREIA, Belize Câmara. *O Juiz e a sua Função Político-Social*. Disponível em <www.amatra6.com.br/amatra/ed19_7.htm> Acesso em 25/01/2007, p. 02.

¹⁴⁵ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba, Juruá, 2006.

Em razão disso, defende uma concepção substancial do princípio democrático, a partir do direito de cada cidadão a um tratamento justo e isonômico, não concordando que uma posição contramajoritária dos juízes possa prevalecer, a partir de uma leitura moral da Constituição.

Segundo Eduardo Appio, os juízes se submeterão a uma ordem moral superior, vez que as decisões judiciais devem se basear em princípios, e não em estratégias políticas. A propósito:

Ronald Dworkin irá rejeitar, portanto, uma concepção jusnaturalista do Direito, passando a sustentar que toda pretensão jurídica corresponde a uma idéia original, não havendo espaço para uma criação discricionária do juiz. Em síntese, as decisões judiciais devem ser tomadas em estrita observância de princípios constitucionais que conferem integridade ao ordenamento, sob pena de serem ilegítimas ao afrontarem o sistema representativo sobre o qual se assenta a democracia [...] ¹⁴⁶.

Desta forma, não sendo as decisões judiciais firmadas unicamente nos princípios constitucionais que asseguram o Estado Democrático de Direito, e nas normas emanadas do Poder Legislativo, achaca-se toda a base de dito Estado.

Mario Pimentel de Albuquerque, acerca do discurso moral de Dworkin, dispõe que:

[...] Dworkin concentra suas críticas, principalmente, contra o conceito de validade formal, tal como concebeu o positivismo. De fato, rejeita nosso autor a noção de ordenamento jurídico como um mero agregado de normas, aplicáveis à maneira de ‘tudo ou nada’, de modo que, no silêncio delas, o juiz tenha de se aventurar pelas veredas da decisão puramente subjetiva. [...] Mas conquanto considere que o conjunto de normas formalmente válidas seja insuficiente para a resolução judicial de todos os litígios, [...] nosso autor crê sinceramente que a atividade jurisdicional possa ser exercida segundo critérios objetivos, que assegurem a inafastável segurança jurídica nas relações sociais; ou seja, Dworkin pretende preservar a figura do juiz como órgão não político e não criador do Direito ¹⁴⁷.

¹⁴⁶ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba, Juruá, 2006, p. 34.

¹⁴⁷ ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O órgão jurisdicional e sua função. Estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e controle do poder Judiciário* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 38/39.

A submissão dos atos dos demais poderes ao Judiciário há, como se viu, de ser limitada no dever de imparcialidade do magistrado. Tudo isto a fim de evitar arbitrariedades.

Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

Em vez do juiz ditador, dono de um processo inquisitório e autoritário, ou de um processo totalmente dominado pelas partes, como anteparo ao arbítrio estatal – a exemplo do sucedido na idade média com o processo romano-canônico – importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do Processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo na investigação da verdade e da justiça. [...] O processo civil não atua no interesse de nenhuma das partes, mas por meio do interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio, um estímulo, para que o Estado, representado pelo juiz, intervenha e conceda razão a quem efetivamente a tem, concomitantemente satisfazendo o interesse público na atuação da lei para a justa composição dos conflitos¹⁴⁸.

Há que se evitar, neste íterim, qualquer atuação assistencialista por parte do magistrado, vez que não é esta sua função.

Tudo isto, pois, o Judiciário, enquanto aplicador das leis não tem, contudo, o poder de introduzir nenhuma novidade à ordem jurídica, com fulcro, única e exclusivamente nos elementos parciais de seus aplicadores.

Ronald Dworkin *apud* Mario Pimentel de Albuquerque, via o juiz como um guardião dos direitos individuais, razão pela qual era-lhe vedada a prolação de decisões que promovessem objetivos sociais e coletivos, que, para ele, seriam justificados por argumentos políticos, próprios do legislador¹⁴⁹.

Desta forma, deve evitar o magistrado, vez que atua de forma claramente partidária, ferir preceitos legais e constitucionais, a fim de atender um fim menor ao que efetivamente se destina. Até porque, se todo poder tem uma fonte que o legitima, o poder do juiz só é legítimo diante da ordem jurídica.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do juiz e visão cooperativa do Processo*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2007, p. 08/15.

¹⁴⁹ ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O órgão jurisdicional e sua função. Estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e controle do poder Judiciário* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 41.

J.C. Barbosa Moreira, *apud* Carlos Alberto Álvaro de Oliveira dispõe que, juiz atuante não é sinônimo de juiz prepotente ou mesmo de juiz autoritário. Que ao órgão judicial caiba um papel ativo não quer dizer que lhe toque impor aos litigantes o modo de efetuar as operações que a li defere a eles¹⁵⁰.

Desta maneira, não é plausível de aceitação que decisões judiciais eivadas pela parcialidade do juiz acarretem implicações econômicas desfavoráveis ao mercado, o que, via de regra, atinge a toda a coletividade de modo geral.

A efetiva democracia depende sim, de um Estado amparado pelas leis, mas depende, principalmente, da coexistência de poderes genuinamente independentes e imparciais, aptos a infligir o efetivo cumprimento destas leis.

Para que se fale em um Estado Democrático de Direito, há que se impor a todos, indistintamente, o dever de sujeição ao ordenamento jurídico, aqui representado não só pelo Poder Legislativo, mas, também, ao Poder Judiciário, como legítimo distribuidor da justiça.

É por isso que, a atividade interpretativa do juiz só conseguirá ser efetivamente cumpridora da ordem jurídica justa quando, não estiverem corrompidas por influências, sejam internas ou externas, no momento da exteriorização da decisão.

Da mesma forma que, é somente neste contexto de independência e autonomia que pode-se deparar com o juiz efetivamente imparcial, agindo como terceiro na solução da demanda, tendo, como apoio, além da lei, a legalidade e a justiça, abandonando-se as atuações parciais cujo intuito é a igualdade social.

Para Cristiano Becker Isaia e Lissandra Espinosa de Mello Aguire¹⁵¹:

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do juiz e visão cooperativa do Processo*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2007, p.. 08.

¹⁵¹ ISAIA, Cristiano Beker, AGUIRRE, Lissandra Espinosa de Mello. *O papel do Poder Judiciário na concretização das normas constitucionais frente ao Estado Democrático de Direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 773, 15 ago. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7137>>. Acesso em 01 fev. 2007.

[...] A concretização dos valores constitucionais não é atividade exclusiva do Poder Legislativo. Por contraponto, para grande parte da doutrina existente acerca do tema, tal assertiva não implica autorização ao Poder Judiciário, ou melhor, ao Juiz, pra substituir o parlamento em sua função típica legislativa. Nesta mesma senda, o Poder Judiciário, a Justiça Constitucional em sentido lato, realizaria a intermediação concretizadora das normas constitucionais em seu âmbito de atuação, qual seja, solucionando a lide posta, dizendo o direito ao caso concreto. Primando pela força normativa da constituição e sob a égide da efetiva concretização da norma, o papel do jurista, indiscutivelmente, deve ser o de atribuir máxima efetividade às Normas Constitucionais. [...] Portanto, mesmo sendo o Poder Legislativo, a prima facie, o sustentáculo do regime democrático em virtude da crença na legitimidade e em figuras como a democracia representativa e participativa, tem-se o Poder Judiciário como responsável pela atividade judicante e repressora da inconstitucionalidade, corroborando, assim, o Princípio Democrático de Direito.

E acerca da criatividade do Juiz dispõem que, segundo o raciocínio de Koopmans, foi o crescimento do Estado que tornou possível o que se denomina ‘poder criativo do juiz’, dada mesmo a extensão do setor público, o exercício de generalizado controle do estado sobre a economia, a assunção da responsabilidade do estado em questões de emprego e a elaboração de planos de assistência social. E concluem que, a criatividade a que se faz entender não pode ser ilimitada a ponto de contrariar a própria Constituição, eis que, segundo Capelletti, ‘o juiz não pode ser um criador completamente livre de vínculos’, mesmo porque, se assim fosse, seria o ‘Führer’ do processo¹⁵².

Desta forma, tem-se que, a autonomia do magistrado, é fator predominante no resguardo dos direitos fundamentais e, principalmente, no equilíbrio da democracia. No entanto, sua atuação criativa há sempre que se limitar aos citados preceitos legais, sob pena de invadir esfera a si incabível.

Assim, se há de impor ao juiz um teto para sua atuação, este teto deve ser sempre a lei e, conforme o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, as suas finalidades sociais, fazendo-se cessar o excessivo subjetivismo.

¹⁵² ISAIA, Cristiano Beker, AGUIRRE, Lissandra Espinosa de Mello. *O papel do Poder Judiciário na concretização das normas constitucionais frente ao Estado Democrático de Direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 773, 15 ago. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7137>>. Acesso em 01 fev. 2007, p. 7/8.

Acerca do subjetivismo recorrente nas decisões judiciais, Artur Stamford entende que:

As previsões do sistema jurídico são impostas como único meio de eliminar o subjetivismo nas decisões judiciais, pois contém critérios rígidos, objetivos e não-valorativos capazes de oferecer o caminho seguro à escolha da solução do caso concreto. Para que haja segurança, os casos concretos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante, pois só assim a sociedade pode objetivar suas expectativas de comportamento e agir segundo um certo cálculo de probabilidade das ações alheias¹⁵³.

O sentimento que nasce, então, deriva da necessidade de se impedir que o magistrado, enquanto a voz do Poder Judiciário, lance mão de questões pessoais para dar a palavra final, sendo forçosa a restrição de seus juízos ao conteúdo e ao intuito das normas jurídicas.

Eduardo Appio, ao questionar como seria possível inibir o arbítrio nas decisões judiciais, uma vez que a interpretação constitucional está fundada na concepção de um homem, o Juiz, traz que a resposta passa, inicialmente, pelo exame do conceito de Constituição, vez que ela confere racionalidade às decisões judiciais, além de assegurar a legitimidade material e sua eficácia social¹⁵⁴.

É justamente esta racionalidade que, em algumas vezes, é deixada de lado pelo magistrado, ao se deparar, especialmente, com uma demanda envolvendo questões sociais.

Para J.J. Gomes Canotilho *apud* Eduardo Appio, a terceira dificuldade radica no perigo de um direito de conteúdo variável, conducente a um perigosíssimo subjetivismo judiciário. Com efeito o pluralismo de princípios está a paredes-meias com fragmentações subjetivistas dos juízes, ficando tudo inseguro desde a regra aplicada e jurisdicionalmente mediada¹⁵⁵.

¹⁵³ STAMFORD, Artur. *Certeza e Segurança Jurídica: reflexões em torno do processo de execução*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141, jan/mar. 1999, p. 200/201.

¹⁵⁴ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba, Juruá, 2006, p. 26.

¹⁵⁵ Op. Cit. p. 26.

No caso dos planos de saúde, verifica-se, a título exemplificativo, grandes problemas nas questões atinentes à área territorial de atuação do contrato, a hospitais credenciados, a configuração de efetiva urgência e emergência, cumprimento de carências, fornecimento de medicamentos para tratamentos domésticos, tratamentos experimentais, entre outros.

Dá-se por parte dos juízes uma sobreposição de valores e, ao invés de decisões justas, onde se analisa primeiramente se a cláusula em discussão é efetivamente abusiva ou não, vê-se diante de decisões fundadas unicamente em questões pessoais, que deságuam na mais pura insegurança, vez que, cada juiz, tem em si, um juízo de valor.

Assim, buscam as decisões proteger a parte mais fraca, como se esta fosse a função do Poder Judiciário, quando, o que deveria ser feito, é a proteção da parte que tem direito à prestação jurisdicional, nos ditames da lei.

Neste sentido, Roger Stielmann Leal, *apud* Eduardo Appio:

A ambigüidade das normas legais e constitucionais, aliada a um sentimento de co-responsabilidade do juiz, na medida em que é chamado a corrigir os desvios na execução das finalidades inscritas nos textos legais e constitucionais, têm o condão de afastar o juiz da clássica neutralidade. O juiz passa a ser encarado como elemento participante do sucesso ou do fracasso político do Estado. Contudo tal ideologização do juiz tem um efeito perverso, pois cada juiz tem para si o seu Estado ideal. Dificilmente os juízes entrariam num acordo em relação a qual modelo político é o mais correto. Desse modo, imbuídos da responsabilidade política que o Welfare State lhes impôs, os juízes interpretam os conceitos indeterminados, explicitados através de princípios e diretrizes gerais de modo que mais lhes agradam politicamente, ou, ao menos, se vêm tentados a tanto¹⁵⁶.

O que se almeja é uma redução da insegurança que paira sobre as relações envolvendo beneficiário e plano de saúde de modo a dar às operadoras o mínimo de previsibilidade e certeza acerca do direito que lhes assiste.

Aspira-se, tão somente, com a redução da insegurança jurídica, a possibilidade de calcular as conseqüências jurídicas referentes a cada contrato firmado.

¹⁵⁶ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba, Juruá, 2006, p. 26.

José Fábio Rodrigues Maciel, acerca da insegurança que pode derivar das decisões judiciais, entende que, como o encontro da segurança nos remete para novas inseguranças, busca-se no direito a sua redução ao mínimo suportável, advindo daí a segurança jurídica, que pretende dotar o cidadão da capacidade de prever quais vão ser as reais conseqüências jurídicas referentes a cada ato por ele praticado¹⁵⁷.

Ademais, como já se viu, a presença da iniciativa privada na prestação de serviços de saúde é feita, nos moldes do artigo 199, parágrafo 1º da Constituição Federal, de forma complementar e suplementar ao sistema público.

Deste modo, conforme assevera Luiz Fux, *apud* Fabiana Ferron, é forçoso concluir que estatuída a responsabilidade pública quanto à saúde, a atividade subsidiária particular não é sucedâneo da ineficácia estatal, não podendo atribuir-se às entidades privadas deveres além do contrato, sob pena de gerar-se insustentável insegurança jurídica¹⁵⁸.

Anseia-se, assim, por um sistema jurídico flexível, mas antes de tudo, protetivo da ordem constitucional, aqui analisada por meio de um enfoque coletivo e a longo prazo, contrária a uma análise individual e imediatista, de modo a não submeter os sujeitos de direito ao arbítrio de decisões parciais.

De forma específica, atinente ao mercado de Saúde Suplementar, há que recordar que, entrou em vigor em 1999, como forma de regular o mercado e a atuação do setor privado na prestação de serviços de saúde, a Lei nº 9.656/98.

Referida lei, como se viu, cuidou da nova estrutura do mercado de planos privados de assistência à saúde e regulamentou todas as questões atinentes aos contratos firmados, os deveres e direitos das operadoras e beneficiários de planos de saúde, o rol de procedimentos obrigatórios, além de fixar um padrão de assistência e cobertura.

¹⁵⁷ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria Geral do Direito: Segurança, Valor, Hemenêutica, Princípios, Sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33/34.

¹⁵⁸ FERRON, Fabiana. *Planos Privados de Assistência à Saúde: Lei nº. 9.656 de 3 de Junho de 1998*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 22.

Em 2000, deu-se a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que, através de suas Resoluções, veio regular o mercado de planos privados de assistência à saúde, promovendo a defesa do interesse público e do particular.

Assim, há plena previsão legal e regulamentação acerca do tema, restando irruptiva a intervenção e, ademais, o posicionamento diverso do julgador, quando em contato com questões já reguladas por dito texto legal.

Mario Pimentel de Albuquerque, acerca da distorção das funções do poder Judiciário, dispõe que:

A legislação e a jurisdição, cada uma a seu modo, definem o Direito, como fases de um específico processo de produção de normas jurídicas, que começa com a Constituição e termina com o último ato de execução da vertente aplicativa. Destarte, quando o Estado legisla, outra coisa não faz senão emitir um juízo de caráter geral, que contempla uma gama indefinida de fatos possíveis; quando o Estado julga, *ipso facto*, determina a obra que é própria do fato concreto, já realizado. Definir o Direito, portanto, é obra comum do Legislativo e do Judiciário: aquele, com a lei, cria o Direito, concretizando a Constituição; este, com a sentença, concretiza a lei, criando o Direito para o caso concreto¹⁵⁹.

A função do Poder Judiciário, que como se viu, é de dar efetividade e assegurar o cumprimento das leis, é extrapolada quando, apesar de plena previsão legal, emite decisões fundadas em conceitos pessoais e parciais, em detrimento da lei e do contrato.

Assim, reforça-se o fato de não prevalecer o desrespeito à separação dos Poderes do Estado, enquanto um dos princípios fundamentais do sistema jurídico brasileiro.

Verifica-se, no entanto, plena atuação legislativa, aqui realizada pelo Poder Judiciário.

Para Eduardo Appio, a intervenção do Judiciário em atividades tradicionalmente desempenhadas pelos demais Poderes no Brasil, surge num contexto local de dissolução das funções do Estado numa ideologia economicista. A propósito:

¹⁵⁹ ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O órgão jurisdicional e sua função. Estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e controle do poder Judiciário* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 125.

Os princípios e valores constitucionais passam a ser utilizados pelo Poder Judiciário como meros símbolos autolegitimantes de uma retórica vazia, sintomática da repressão coletiva imposta à cidadania pelo neoliberalismo. O choque das ideologias se constitui em fenômeno fecundo das paixões humanas, no qual o racionalismo não tem qualquer relevância, pois o que conta é o prazer narcisista da própria irracionalidade [...]. À fria racionalidade da economia se responde com uma ideologia judicial fundada na proteção dos direitos fundamentais, exercida através de um discurso de amplificação da normatividade dos direitos sociais e econômicos, o que permitiria ao juiz formular, executar e fiscalizar as políticas públicas do Estado, a partir do seu ponto de vista pessoal¹⁶⁰.

Acerca dos reflexos das decisões parciais nas relações jurídicas decorrentes de contratos de planos de saúde, verifica-se que, ao ignorar a lei e as resoluções normativas, o comportamento invasivo do Poder Judiciário passa a ser causa determinante da insegurança jurídica que recai sobre o setor, tolhendo investimentos e a certeza de poder confiar no efetivo cumprimento dos contratos firmados.

José Renato Nalini, acerca dos interesses difusos que merecem a proteção do Poder Judiciário discorre sobre o receio de ver este poder convertido em um superpoder. A propósito:

Chamado a dirimir conflitos de regra excluídos à sua apreciação, haveria vasto campo para a discricionariedade e ganharia novo dimensionamento político, interferindo no postulado que constitui núcleo pétreo da Constituição: a independência e harmonia entre os poderes da República. [...] Tutela-se que o Judiciário se preordena a exercer atividade substitutiva – dirimir controvérsias – e não para conhecer de interesses primários, suscetíveis de tutela legislativa ou administrativa. [...] A eficácia da tutela dos interesses transindividuais esta vinculada à consciência dos juízes. Não que a tarefa de tutelar adequadamente esses valores não ocasione alguma dificuldade. Inclinando-se o juiz a aceitar que o tema deva merecer primeiramente a, o interesse fica sem tutela oportuna. Se outorga a proteção, ainda que venha a criar soluções para o caso concreto, poder-se-á dizer que o Judiciário extrapolou sua competência e desequilibrou a harmonia entre os poderes¹⁶¹.

E conclui dizendo que, o juiz não deve ser um revolucionário, decidindo contra a lei o que, conseqüentemente, traria instabilidade ao valor apreciável da segurança jurídica¹⁶².

¹⁶⁰ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba, Juruá, 2006, p. 75.

¹⁶¹ NALINI, José Renato. *O juiz e a proteção dos interesses difusos*. Revista dos Tribunais, vol 81, nº 680, junho de 1992, p. 264/265.

¹⁶² Op. cit, p. 265.

No mesmo caminho, Mario Pimentel de Albuquerque, para quem ao juiz não é lícito formular leis ou quaisquer medidas de alcance geral, mas, antes, deve cingir-se ao cumprimento delas, nos limites impostos pela vontade do legislador, à qual estava rigorosamente subordinado o Poder Judiciário.

Para este autor, elaborar leis, definidas estas por sua generalidade e imperatividade, não deveria constituir, portanto, atribuição da Magistratura, cujas decisões gozam, apenas, de valor interpretativo, no melhor dos casos. E conclui dizendo que, a verdadeira essência do Judiciário é a de ser um poder puramente jurídico; interpreta e aplica o Direito em última instância, como ordem jurídica justa, à qual todos estão submetidos, a começar pelos próprios juízes, e, neste sentido, não é superior nem inferior aos demais Poderes¹⁶³.

Há que se evitar, desta forma, quaisquer atuações invasivas e excedentes por parte do Judiciário, complementando, como se viu, a função Legislativa.

Biscaretti Di Ruffia, *apud* Mario Pimentel de Albuquerque, dispõe que:

O procedimento jurisdicional até aqui exposto em seu esquematismo lógico, realiza o chamado sistema de legalidade, em contraposição ao sistema da justiça do caso concreto, no qual o juiz, ao revés, converte-se ao mesmo tempo em legislador, decidindo com base na equidade, e fazendo que a sentença, ainda que revista a forma de ato jurisdicional, seja materialmente uma lei: a lei do caso concreto. Dar-se-ia, em tais hipóteses, uma formulação judicial do direito objetivo, dado que o juiz, em lugar de encontrar a premissa maior do silogismo numa norma previamente formulada, a deduziria de sua consciência em relação com o caso concreto, e o provimento que emitisse não teria já caráter meramente declarativo da norma existente, mas, em definitivo, criador da mesma norma. Sua antítese com os princípios essenciais da estrutura do Estado de Direito, resultaria, sem embargo, plenamente evidente, e a intima fusão atuada de tal modo entre a função jurisdicional e a legislativa, acabaria com o princípio da certeza do direito, que constitui uma das mais sólidas garantias para o cidadão, na medida em que proporciona o conhecimento exato e antecipado do que, segundo a lei, é-lhe permitido fazer ou não.

¹⁶³ ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O órgão jurisdicional e sua função. Estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e controle do poder Judiciário* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 09.

João Baptista Herkenhoff, *apud* Plauto Faraco de Azevedo leciona que:

[...] nesta visão de mundo, há uma única tensão – a ordem e a desordem, a lei e o desrespeito à lei. Prevaleça a ordem e a lei e o mundo estará salvo. Quem identifica ‘Estado-Ordem-Lei-Justiça’ não aceita o acolhimento de qualquer Direito que não seja o estatal, nem a absorção, pelo jurista, dos reclamos de Justiça do povo, do clamor das grandes massas, quando esses reclamos não têm o beneplácito expresso do legislador¹⁶⁴.

Há momentos em que, conforme leciona Mario Pimentel de Albuquerque é dado ao juiz o direito de, em se deparando com uma lei considerada injusta, decidir *contra legem*, com base nos princípios constitucionais, o que define como em sendo a interpretação conforme a Constituição¹⁶⁵.

Traz, no entanto, o pensamento de Diéz-Picazo, segundo o qual, com isso, está-se potencializando extraordinariamente o Direito Judicial, sem se estabelecer paralelamente nenhuma providencia para evitar que o juiz ponha na boca da Constituição o que esta, efetivamente, não disse¹⁶⁶.

Clama-se, assim, pela prevalência do texto legal, em detrimento de decisões puramente fundadas em preceitos assistencialistas, que em nada traduzem o intuito do legislador. Isto, pois, pretende-se fazer valer os contratos firmados em conformidade com os Princípios Contratuais e com a Lei.

5.3 CONSEQUENCIAS SOCIAIS DAS DECISÕES JUDICIAIS: A INSEGURANÇA JURIDICA.

Conforme citou-se anteriormente, a segurança jurídica, é garantida pela certeza da não-surpresa nas decisões judiciais, de modo a dar ao indivíduo a confiança que deve ser característica inerente ao Poder Judiciário.

¹⁶⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Critica à dogmática e hermenêutica jurídica*. 5. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 74.

¹⁶⁵ ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O órgão jurisdicional e sua função. Estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e controle do poder Judiciário* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 101.

¹⁶⁶ Idem, p. 103.

Porém, almeja-se aqui, ao pregar a validade e pertinência do princípio da segurança jurídica, não só a proteção individual do ser humano mas, pelo contrário, a proteção da sociedade de um modo geral, sobre quem recaem as conseqüências da atuação jurisdicional

O direito como se viu, tem por escopo regular o trato social, solucionando os conflitos decorrentes dessa convivência, impelido pelo anseio social e pela segurança jurídica.

José Fábio Rodrigues Maciel, acerca da necessidade de não se impor ao indivíduo uma surpresa a cada decisão, traz que:

Essa não surpresa está respaldada pelas várias verdades existentes a partir de uma abordagem fenomenológica, estando limitada pelos princípios jurídicos e, em ultimo caso, pelos direitos fundamentais. Com isso o direito fica apto a atender à diversidade cultural e social, já que permite maior arbítrio ao julgador quando em busca do ideal de justiça referente à comunidade em que atua. Fica claro que este arbítrio é limitado tanto pelos princípios constitucionais como pela busca cada vez maior de decisões coletivas, excelente forma de não submeter o direito ao arbítrio de decisões equivocadas¹⁶⁷.

Desta forma, a arbitrariedade do Magistrado tem de ser limitada e reduzida quando da aplicação do direito, a fim de se vedar qualquer juízo fundado em questões unicamente pessoais e, principalmente, parciais.

O magistrado ao proferir uma decisão contrária à lei que regula o setor de planos de saúde, ou contra as Resoluções derivadas da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS acaba por trazer uma solução meramente paliativa para o problema da prestação de serviços de saúde no país.

Sem avaliar as decorrências econômico-sociais da sentença, imagina o juiz estar fazendo frente à mais pura justiça, de modo a promover a igualdade social, equiparação entre o mais forte e o mais fraco. Equivocam-se, porém, vez que estão, na verdade, alimentando a insegurança jurídica que assombra o setor.

¹⁶⁷ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria Geral do Direito: Segurança, Valor, Hemenêutica, Princípios, Sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44.

Deve o magistrado estabelecer uma dimensão coletiva de contrato pois, os custos dentro de uma operadora de planos de saúde são internalizados e repartidos entre todos os beneficiários.

Há, assim, duas figuras. De um lado, aquele que tem legitimidade ativa, que é parte no processo, e de outro, e aqueles que simplesmente não a têm, por não terem condições financeiras de arcar com a mensalidade de um plano de saúde.

O magistrado, ao pretender proteger aquele que litiga em juízo, através de uma análise contrária à lei e, muitas vezes, diante de contratos cujas cláusulas nada têm de abusivas, proferem decisões infundadas, favorecendo unicamente aquele que lhe provoca.

Não se lembra, no entanto, daquele que, apesar de não ter legitimidade processual, está na fila do SUS porque não tem dinheiro para suportar o custo da mensalidade, cujo aumento decorreu, principalmente, da internalização do custo da decisão judicial.

Referida internalização derivou das mudanças trazidas ao mercado de Saúde Suplementar pela Lei nº 9.656/98 e pela criação da ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar, que imputaram às operadoras normas e procedimentos internos mínimos para manutenção de sua atuação no mercado.

Dentre as exigências está o acompanhamento das condições técnicas dos planos de saúde por uma consultoria atuarial, cujos relatórios têm de ser obrigatoriamente remetidos periodicamente à ANS.

A função de referidos relatórios é de realizar os estudos técnicos, fundamentais à fixação de preços e mensalidades, além de manter uma constante observância da estabilidade entre as responsabilidades assumidas com os beneficiários e a suficiente fonte de recursos para arcar com tais ônus.

Cumpre-lhes, assim, dentre outras atribuições, apontar o valor suficiente da mensalidade, para evitar a quebra da operadora e o descumprimento de seus deveres contratuais frente aos seus beneficiários.

Nos planos novos, firmados após a vigência da Lei 9.656/98, os reajustes são autorizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, e a porcentagem fixada incidirá sobre as mensalidades dos planos de saúde.

Impõe saber que, o cálculo de referidos reajustes, podem decorrer da alteração dos custos assistenciais, da mudança de faixa etária do beneficiário ou da reavaliação do plano.

Tudo isso, no entanto, origina-se dos cálculos atuariais apresentados por profissionais idôneos, cálculos estes representativos dos efetivos gastos que tiveram as operadoras.

Um dos elementos de reajuste dos planos novos, decorre da alteração dos custos assistenciais. Ditos custos assistenciais consistem em variações inflacionárias, em aumento de custos de materiais utilizados no setor, seja de medicamentos, seja de mão de obra, da taxa de juros esperada no futuro, do ramo da atividade ocupacional, da idade média e distribuição do sexo do beneficiário, da probabilidade de uso dos serviços médico-hospitalares, isto é, a severidade de utilização de tais serviços, dada a experiência passada ou uma utilização esperada da massa de beneficiários.

Mas decorrem, principalmente, do constante levantamento atuarial de todos os custos havidos naquele ano pela operadora, inclusive aqueles derivados do cumprimento de ordens judiciais, contrárias ou não ao texto legal.

Em 2007 o índice de reajustes autorizado pela ANS é de 5,76% (cinco vírgula setenta e seis por cento), o que, segundo o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, está muito acima da inflação medida no período pelo IPCA - Índice de Preços ao Consumidor Amplo, que foi de 2,48% (dois vírgula quarenta e oito por cento).

Segundo referido Instituto, desde a criação da Agência, quando esta passou a regular os reajustes, o IPCA acumulado é de 74,9%, enquanto que o índice da ANS acumulou uma variação total de 96,9% - 22 pontos acima da inflação medida no período.

Isto, levando-se em conta que, o acúmulo de reajustes muito acima da inflação, representa um aumento da participação dos gastos com planos de saúde na renda familiar. Assim, pois, indiscutivelmente os consumidores não tiveram seus ganhos reajustados na mesma proporção dos planos de saúde¹⁶⁸.

Desta forma, se um juiz decide na contramão da lei e dos princípios, visando unicamente proteger a parte envolvida na lide, apesar da clara previsão legal, em sentido oposto, insere os custos decorrentes desta decisão no relatório avaliador do índice de reajuste junto à ANS.

Em conseqüência, mediante decisões parciais o magistrado resolve o problema de um único beneficiário, sem se preocupar com aqueles que jamais terão condições de arcar com as mensalidades de um plano de saúde, pelo simples fato de, a cada ano, os reajustes virem em nível superior ao seu próprio salário.

Daí a repercussão econômica do contrato, que merece observância do Poder Judiciário. Referida repercussão é socialmente desfavorável quando o juiz, diante da norma aberta, atua parcialmente, em claro descompasso à lei.

O custo da decisão judicial é internalizado pelas empresas e é repassado aos demais beneficiários, saindo perdendo toda a sociedade.

Consequentemente, ao decidir proteger o beneficiário, por entendê-lo parte mais fraca no negócio jurídico, o magistrado favorece um só, em detrimento de todos os outros beneficiários de planos de saúde, que vão ter de se conformar com o reajuste autorizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Ou, alternativamente, lançar mão do Sistema Único de Saúde.

Ao justificar sua decisão na garantia de cumprimento da função social do contrato, consegue o magistrado, na verdade, onerar os demais beneficiários de planos de saúde.

¹⁶⁸ <<http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=1306>>

Neste desiderato, quem não é parte na relação jurídica discutida judicialmente, acaba por ser prejudicado indiretamente pela decisão ali expedida. Descumpre-se, assim, a função social do contrato firmado, bem como, o fim social da lei.

Atente-se, ademais, que em momento algum se nega importância aos princípios contratuais. Muito menos pretende-se vedar a revisão contratual, nem ignorar os contratos que existem e são contrários à lei.

Defende-se, de outro modo, os contratos legalmente instituídos e que, por suposta alegação de abusividade, são objetos de revisão, derivando na mais clara insegurança jurídica.

Até porque, uma das funções sociais do contrato é viabilizar o crescimento econômico como um todo, harmonicamente, pra que, aquele que tem direitos não seja lesado, e aquele que não está envolvido diretamente, também seja protegido vez que suporta o ônus da decisão judicial.

A incerteza jurídica, assim, aumenta o preço dos planos e gera ineficiência econômica. Ademais, há de se considerar que as operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem responder pela ineficácia do sistema público.

Com a proteção do Poder Judiciário à transferência desordenada de encargos, se incorrerá em um aumento descomedido e incontrolável de despesas às operadoras de planos de saúde, recaindo tais aumentos sobre os seus contratados, e infelizmente, sobre os valores de suas prestações.

Isto, pois, qualquer atuação econômica no Brasil tem a liberdade de se firmar com o intuito de lucro, desde que não se dê às custas do desequilíbrio entre as partes, dos princípios contratuais e da legislação em vigor, especialmente, a consumerista.

Dessa forma, o indivíduo que já não conta com o acesso à saúde pública, por ele financiada por meio do pagamento de tributos, acaba tendo de contratar um plano privado de saúde, mas, diante da figura do juiz promotor da igualdade social, acaba tendo de financiar, por via indireta, através das suas mensalidades, o próprio sistema público de saúde.

5.4 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Analisando-se alguns posicionamentos jurisprudenciais em relação aos contratos de planos de saúde, é possível comprovar o alegado: há insegurança jurídica no setor, conforme se verá das decisões judiciais analisadas a seguir.

Em janeiro de 2006, o Tribunal de Justiça de Goiás, após entendimento unânime da 1ª Câmara Cível, determinou que, o plano de saúde cubra todas as despesas necessárias ao beneficiário, e que, as cláusulas expressas nos planos de saúde de não cobertura de algumas doenças é nula e ofende a boa-fé do consumidor¹⁶⁹.

Para o relator, desembargador Vítor Barboza Lenza, quem contrata plano de saúde especial e de ponta quer cobertura total, como é óbvio. Ninguém paga plano de saúde para não ser atendido em situações eventuais. Se o fornecedor desse serviço exclui de antemão determinadas doenças, cujo tratamento sabe ser dispendioso, estará agindo de má-fé, pois quer apenas receber e não prestar os serviços pretendidos pelo consumidor.

Eis o Acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. REPARAÇÃO DE DANOS. PLANO DE SAÚDE. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. EXCLUSÃO DE DESPESAS DE ENDOPRÓTESE. CLÁUSULA ABUSIVA. VIOLAÇÃO DO CDC. NULIDADE. PRINCÍPIO DA BOA FÉ.

1 - É nula, por ofender a boa-fé, a cláusula, geralmente inserida nos contratos de planos de saúde, de não cobertura de algumas moléstias, incidiosas. Quem contrata plano de saúde especial e de ponta quer cobertura total, como é óbvio. Ninguém paga plano de saúde para, nas vicissitudes, não ser atendido. De outro lado, se o fornecedor desse serviço exclui de antemão determinadas doenças, cujo tratamento sabe ser dispendioso, estará agindo com má-fé, pois quer apenas receber e não prestar os serviços pretendidos pelo consumidor.

2 - As normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social, posto que o usuário paga o plano para, quando necessitar ter atendimento. Inteligência do art. 51, IV do CDC.

3 - O objetivo do plano de saúde é a prestação de serviços médicos hospitalares. Assim, nos planos de saúde como o ora em análise, não pode haver exclusão de uma série de patologias e circunstâncias, pois essas cláusulas acabam por neutralizar a própria essência do contrato, ou privam o consumidor de seu objeto. Recurso conhecido e improvido".

¹⁶⁹ AI nº 47.508-6/180 (200502419045), de Goiânia. Acórdão de 10.01.2006.

Com base em referida decisão, é possível concluir que, o artigo 10 da Lei nº 9.656/98, bem como o rol de procedimentos da ANS, oriundo da RN nº 82, não têm aplicabilidade e eficácia, diante de juízos como o proferido no processo supra.

Disso deriva um evidente desequilíbrio, pois, em um contrato, as prestações devem ser equivalentes a ambas as partes e não somente àquela tida como a mais fraca. Assim, se a pessoa contrata um plano de saúde, com direito unicamente a cobertura ambulatorial, que requer da operadora um ônus menor, não pode fazer jus a tratamento que imputa à contratada encargos onerosos, não convencionadas, unicamente, pela outra parte ser consumidor e beneficiário de um plano de saúde.

Finalmente, impera, como medida de equilíbrio contratual, pretendendo o consumidor de plano de saúde uma cobertura ampla e irrestrita, o pagamento das mensalidades correspondentes à cobertura pretendida.

A seguinte decisão a ser comentada, advém da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, determinando à operadora de plano de saúde que custeasse tratamento experimental, realizado somente no exterior¹⁷⁰.

O Tribunal justificou a inexistência de provas no que tange ao caráter experimental do tratamento, e complementou dizendo que, se o beneficiário fazia jus à tratamento quimioterápico, que o preste, independente de questões internas.

A operadora argumentou que, qualquer tratamento sem a aprovação dos órgãos de saúde brasileiros escapa da alçada de responsabilidade das administradoras de planos de saúde o que foi de plano desconsiderado pelo Tribunal. Veja-se o Acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. TUTELA ANTECIPADA. QUIMIOTERAPIA. NEGATIVA FUNDADA PELO FATO DE SER O TRATAMENTO EXPERIMENTAL.

Tratamento adjuvante e sistêmico calcado na quimioterapia com o esquema FOLFOX4 (DeGrammont) utilizado como padrão nos Estados Unidos e na Europa, em um juízo de cognição sumária, não pode ser considerado experimental. Precedente jurisprudencial. Previsão contratual de cobertura para tratamento quimioterápico.

¹⁷⁰ AI nº 70010585354, de Porto Alegre. Acórdão de 09.03.2005.

Urgência configurada pelo alto risco de o paciente apresentar recidiva. Presentes os requisitos autorizadores para a concessão da medida antecipatória, uma vez que são relevantes os fundamentos e que há risco de ineficácia do provimento final, mantida deve ser a decisão agravada. Agravo de instrumento desprovido.

É sabido que a Lei nº 9.656/98 em seu artigo 10, inciso I, veda o dever de cobertura a tratamentos experimentais. Sendo assim, qualquer posicionamento contrário a isto estará indo contra dita previsão legislativa.

Outro caso relevante foi veiculado no site Consultor Jurídico de 05 de abril de 2006¹⁷¹. Segundo o informativo, a Unimed de Cuiabá foi condenada pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso a custear a aquisição do medicamento Erbitrux, que é importado e necessário ao tratamento de um beneficiário, além de indenizá-lo em R\$ 65,9 mil, equivalente ao valor do remédio.

No mesmo sentido, decisão da 12ª Vara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que determinou à Unimed de Belo Horizonte, o custeio de medicação de um paciente paraplégico, em tratamento domiciliar¹⁷².

Para o relator da apelação, desembargador José Flávio de Almeida, não é preciso ser profissional da área de saúde para saber que a intimidade e o aconchego do lar são favoráveis à recuperação do enfermo, que ali recebe os cuidados e o carinho dos familiares, ao contrário do tratamento hospitalar, que, não raro, reflete no ânimo dos internados, acarretando, inclusive, quadros depressivos.

Destaque-se, somente, que com base na Lei nº 9.656/98, artigo 10, incisos V e VI, não são os planos de saúde obrigados a fornecer medicamentos importados não nacionalizados, bem como, medicamentos para o tratamento domiciliar.

Desta forma, está-se diante de decisão que, obrigando o plano a exceder sua seara de cobertura, serve-se somente para, quando da fixação dos reajustes, alimentar os gastos das operadoras e, ao final, onerar o consumidor.

¹⁷¹ Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/43326,1>>. Acesso em 03 de julho de 2007.

¹⁷² Apelação nº 1.0024.05.580958-6/001.

Em relação à área de atuação contratual, decisão da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, determinou à Unimed Uberlândia, nos autos do Processo 2.0000.00.509697-9/000, que arque com tratamento quimioterápico na cidade de Campinas, mesmo sendo a área de atuação do contrato adstrita à cidade mineira.

Destaque-se, que, referida posição só poderia ser tomada se, na cidade sede do contrato, não houvesse o tratamento solicitado e necessário aos cuidados do beneficiário, ou, em se tratando de urgência e emergência, estivesse o consumidor fora da área de cobertura do contrato.

Isto, pois, é imperativo ao equilíbrio contratual que a parte faça jus somente aquilo que foi contratado, especialmente nas modalidades de planos de saúde que já se encontram fundadas na Lei nº 9.656/98, foram autorizados pela ANS e, de nenhuma forma, possuem os itens abusivos dispostos no artigo 51 do CDC.

CONCLUSÃO

Cuidou o presente estudo da Segurança Jurídica enquanto Princípio inerente às relações contratuais envolvendo as operadoras de planos de saúde.

Tratou, ainda, das conseqüências práticas e incidentes a longo prazo, da atuação judiciária em referido mercado e em toda coletividade consumidora desta espécie de serviço.

Assim é que, analisando os Princípios Contratuais, o Código de Defesa do Consumidor, e a Lei nº 9.656/98, concluiu-se ser plenamente possível o “diálogo das fontes” por parte do magistrado, ao analisar o caso concreto, de modo a evitar o arbítrio e o proferimento de decisões *contra legem*.

Isto, pois, o magistrado que determina a uma operadora de planos de saúde que arque com o custo derivado de um medicamento para tratamento domiciliar, que a obrigue a atender fora da área de cobertura do contrato ou, ainda, determine a cobertura a tratamento experimental, sem eficácia comprovada, age sem o amparo da lei que é clara ao impor determinadas exclusões.

Ademais, ignora o equilíbrio contratual, entre prestação e contraprestação, ou seja, entre o que o consumidor paga e o que faz jus. O que faz este magistrado é, tão somente, tentar conter os efeitos decorrentes da falência do Poder Público e do seu Sistema Único de Saúde.

Desta forma, sua atuação deveria servir como medida impositiva de medidas públicas destinadas à melhor aplicação de recursos no que tange à Saúde Pública, e não, determinando às operadoras um sem número de coberturas, independente de previsão contratual.

No entanto, com uma postura parcial, que objetiva socorrer unicamente a parte envolvida pela lide, o Poder Judiciário acaba por avalizar a crescente oneração ao setor.

Isto, pois, restou provado que, os reajustes autorizados pela ANS aos planos de saúde individuais superam a inflação e, por conta disso, o aumento salarial obtido pelo consumidor.

Estes reajustes, conforme se viu, derivam, dentre outras coisas, do aumento dos custos que uma operadora tem, dentre os quais se incluem o cumprimento de decisões judiciais que determinam coberturas não previstas no contrato.

Conclui-se que, a principal consequência desta atuação, a longo prazo, seria a diminuição do número de pessoas com condições financeiras de arcar com a mensalidade de um plano de saúde.

Ainda, é possível vislumbrar, um maior número de operadoras em liquidação, pois, não bastassem todos os ônus impostos pela ANS, como o ressarcimento ao SUS e os provisionamentos, ainda existem as surpresas decorrentes da atuação judicial e suas inúmeras liminares.

A não ser, é claro, que se rompa com esse ideal de, preferir impor ao particular aquilo que deveria ser imposto ao maior ente arrecadante: O Estado.

O que não se pode permitir, após uma história de lutas pela igualdade das partes e dos poderes, onde ditaduras foram prostradas pelo anseio de uma justiça idônea, retroceder-se a ponto de permitir que iniquidades emanem de quem tem o dever de assegurar o justo.

As operadoras de planos de saúde, é bom lembrar, ocupam a fatia deixada pela ineficiência do poder público. Não podem, assim, ser demasiadamente oneradas, quando não houver previsão legal e contratual para tanto, em claro desrespeito aos Princípios da segurança jurídica e da certeza do direito.

Esclarece-se, no entanto, que não se defendeu, em nenhum momento da presente pesquisa, a atuação econômica indiscriminada por parte das operadoras, em detrimento dos Princípios Contratuais e do Código de Defesa do Consumidor. Ao contrário, por se tratar de um mercado em que o artigo é a saúde do ser humano, impera o interesse social, sendo medida impositiva a figura reguladora do Estado.

O que se defende é, unicamente, o abandono dos pré conceitos e dos julgamentos parciais por parte dos magistrados, que, materializadas em sentenças puramente assistencialistas, em pleno abandono do caráter coletivo e social do direito, ocasionam, a longo prazo, a decadência do setor e a oneração de uma gama de consumidores, que logo já não poderão ter acesso a um plano de saúde.

Assim, mesmo de modo contrário a toda espécie de cláusula contratual abusiva e atentatória aos princípios contratuais e consumeristas, almeja-se, por parte do poder Judiciário, a vedação a qualquer atuação puramente assistencialista, em clara contrariedade ao que já foi exaustivamente regulamentado e normatizado, seja pela Lei nº 9.656/98, seja pela ANS.

E isto é plenamente possível, vez que, nem toda cláusula contratual que, fundada no artigo 10 da Lei nº 9.656/98 e no rol da ANS, restringe a cobertura contratual, serve-se à abusividade, mas, ao contrário, busca o equilíbrio contratual imprescindível a qualquer prática de mercado.

Defende-se, assim, uma atuação judicial consciente dos seus efeitos a longo prazo, sopesando as decisões e, especialmente, os efeitos coletivos dela decorrentes, tratando-se o setor de saúde suplementar com o caráter social que merece sob pena de por em risco a saúde do povo brasileiro.

REFERENCIAS

ALBUQUERQUE, Mario Pimentel de. *O órgão jurisdicional e sua função: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos, e o controle do Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1997.

ALMEIDA, Célia. *O Mercado Privado de Serviços de Saúde no Brasil: Panorama Atual e Tendências da Assistência Médica Suplementar*. Brasília: IPEA, 1998.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *O controle da coisa julgada inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. Coleção Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2006.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. *Discricionariedade Política do Poder Judiciário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. 5 reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil – com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CALVO, Maria Cristina Marino. *Hospitais Públicos e Privados no Sistema Único de Saúde do Brasil: O mito da eficiência privada no estado do Mato Grosso em 1998*. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes Instrutórios do Juiz e a Isonomia Processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Poderes instrutórios do juiz. O momento da prova pericial nos procedimentos ordinário e sumário*. In: REIGOTA, João Manuel dos Santos (Org.). *Direito, Ciência e Arte*. Estudos jurídicos interdisciplinares. Campinas: Edicamp, 201.

CAVALARI, José Eduardo. RIBEIRO, Maria de Fátima. *O princípio da coisa julgada frente aos demais princípios constitucionais: análise com vistas à coisa julgada tributária*. Disponível em <www.diritto.it> Acesso em 01 de julho de 2007.

CORREIA, Belize Câmara. *O Juiz e a sua Função Político-Social*. Disponível em: <www.amatra6.com.br/amatra/ed19_7.htm>. Acesso em 25. jan. 2007.

CUNHA JR., Dirley. *Controle de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Paulo César Melo da. *Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2003.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde – Evolução, Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005.

DAL COL, Helder Martinez. Cassação de liminar em mandado de segurança em matéria fiscal e o sobreprincípio da segurança jurídica. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1292>>. Acesso em: 23 nov. 2005.

DONINNI, Rogério Ferraz. *A Constituição Federal e a Concepção Social do Contrato*. In Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal. Rui Geraldo Camargo Viana e Rosa Maria Andrade Nery (Org.). São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2000.

FARIA, José Eduardo Faria. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A crise do Judiciário no Brasil: Notas para discussão*. Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Justiça e conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle da Constitucionalidade*. In *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Médio Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. ALMEIDA, Maria Christina. *A teoria contratual e as relações de consumo na perspectiva civil-constitucional*. Argumentum - Revista de Direito - Universidade de Marília. Vol. 3, Marília: Unimar, 2003.

FERRON, Fabiana. *Planos Privados de Assistência à Saúde*. Rio de Janeiro: Leud, 2005.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: MP Editora, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, William Couto. *Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos*. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

GUIMARÃES, Haina Eguia. *A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 475, 25 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5814>>. Acesso em: 27 dez. 2006.

GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Pág. 05. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 23 de dezembro de 2006.

ISAIA, Cristiano Beker, AGUIRRE, Lissandra Espinosa de Mello. *O papel do Poder Judiciário na concretização das normas constitucionais frente ao Estado Democrático de Direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 773, 15 ago. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7137>>. Acesso em 01 fev. 2007.

LACERDA, Galeno. *O Juiz e a Justiça no Brasil. Revista da AJURIS (Associação dos Magistrados do Estado do Rio Grande do Sul)*. Porto Alegre, n. 53, p. 50-72, nov. 1991.

LIMA, Rogério Montai de. *Relações contratuais na internet: aspectos legais e proteção jurídica nas relações de consumo*. Dissertação de Mestrado em Direito/Empreendimentos Econômicos e Desenvolvimento Social – Universidade de Marília. Marília, 2007

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos – consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 11 jan. 2007.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria Geral do Direito: Segurança, Valor, Hemenêutica, Princípios, Sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. SCHMITT, Cristiano Heineck. *Visões sobre os Planos de Saúde Privada e o Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em <www.saude.ba.gov.br>. Acesso em 20 de maio de 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental*. 1ª ed (2003), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

MORAES, Alexandre. *Agências reguladoras*. Alexandre de Moraes (Org). São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

NALINI, José Renato. *O juiz e a proteção dos interesses difusos*. Revista dos Tribunais, vol 81, nº 680, junho de 1992.

NOVAIS, Aline Arquette Leite. *Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa Fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente*. In *Problemas de Direito Civil – Constitucional*. Gustavo Tepedino (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *O direito à saúde e a efetividade dos direitos sociais*. 41ª Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica. Instituição Toledo de Ensino de Bauru.

NUNES, Rizzato. *O Código de Defesa do Consumidor e os planos de saúde: o que importa saber*. Disponível em <www.saraivajur.com.br/doutrinas/artigoc.cfm> Acesso em 12/12/2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A Evolução do Direito Privado e os Princípios Contratuais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 15 de dezembro de 2006.

_____. *Poderes do juiz e visão cooperativa do Processo*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2007.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Responsabilidade do Estado pelo atendimento integral à saúde da pessoa humana*. 39ª Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica. Instituição Toledo de Ensino de Bauru.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Esboçando uma Teoria Geral dos Contratos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 682, 18 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6726>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

PESSOA, Flavia Moreira. *O tecnicismo na descoberta da verdade e o medo do arbítrio judicial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 483, 2 nov. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5857>>. Acesso em 25 fev. 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana*. In *Ensaio Constitucionais de Direitos Fundamentais*. Org. Alexandre Sturion de Paula. Campinas: Servanda Editora, 2006.

POLIGNANO, Marcus Vinícius. *História das Políticas de Saúde no Brasil - Uma Pequena Revisão*. Disponível em <http://internatorural.medicina.ufmg.br/saude_no_brasil.pdf>. Acesso em 01 de julho de 2007.

POSSAS, Cristina de Albuquerque. *Saúde e trabalho – a crise da previdência social*. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção. Aspectos da lógica da decisão judicial*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2005.

PRUX, Oscar Ivan. *A proteção do consumidor na prestação de serviços*. São Paulo, 2001. Tese Doutorado em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da Saúde – De acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAGAZZI, José Luiz. *Tutela antecipada nas relações de consumo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Planos de Assistência e Seguros de Saúde – Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Coisa Julgada e o Vício da Inconstitucionalidade*. In *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 167.

ROCHA, Julio César de Sá da Rocha. *Direito da Saúde. Direito Sanitário na perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SANTOS, Eduardo Sens. *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais. Exame da Função Social do Contrato*. Revista Brasileira de Direito Privado, n. 10, São Paulo: RT, abr/jun. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. In *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÉGUIN, Elida. *Plano de Saúde*. Editora Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

SILVA, José Luiz Toro. *Comentários à Lei de Planos de Saúde*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

SILVA, José Afonso. *Constituição e Segurança Jurídica*. In *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SIQUEIRA, Cláudio Drewes José de. *A Segurança Jurídica na Ordem Tributária*. Revista de Estudos Tributários. Síntese, Ano VI, n. 32, Jul-Ago 2003.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Meios de controle do Poder Judiciário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3347>>. Acesso em 18 jan. 2007.

SORMANI, Alexandre. *Da segurança jurídica na lei nº 9.868/99*. Dissertação de Mestrado em Direito/Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – Instituição Toledo de Ensino. Bauru, 2002.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência – Um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo, LTr, 1996.

_____. *Poderes Éticos do Juiz. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

SOUZA, Renilson Rehen. *O Sistema Público de Saúde Brasileiro – Seminário Internacional – Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas*. São Paulo, 11 a 14/08/2002.

STAMFORD, Artur. *Certeza e Segurança Jurídica: reflexões em torno do processo de execução*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141, jan/mar. 1999.

TARTUCE, Flávio. *A Função Social dos Contratos, a Boa-Fé Objetiva e as Recentes Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br> Acesso em 03 de julho de 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual – in Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)