

AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS POR OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA

THE LIMITATIONS IMPOSED BY HEALTH INSURANCE COMPANIES BY THE OBJECTIVE GOOD FAITH PERSPECTIVE

Bruno Pereira Marques

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar as limitações de cobertura impostas por operadoras de plano de saúde sob a perspectiva da boa-fé objetiva. Como ponto de partida, busca-se a fonte constitucional da boa-fé objetiva, demonstrando que a boa-fé objetiva deve ser observada com os olhos nos preceitos constitucionais, indicando a mudança de paradigma do patrimônio para o indivíduo, passando para sua análise nas relações contratuais e, enfim, chegando à análise das três funções exercidas pela boa-fé objetiva, atuando como fonte interpretativa, criadora de deveres e limitadora de direitos, voltando-se sempre à proteção da confiança e das expectativas geradas pelos contratantes. Em um segundo momento, verifica-se a como o direito à saúde ganhou status de direito fundamental e as empresas operadoras de plano de saúde, observando a falha estatal em assegurar tal direito, se propuseram a assumir essa obrigação, oferecendo-a ao mercado. Surgindo o contrato de plano de saúde, a análise de suas características mostra-se como primordial para permitir a exegese à luz dos princípios constitucionais e boa-fé objetiva. Fixadas essas premissas chega-se à análise de como a boa-fé objetiva pode ser fonte de soluções para controvérsias decorrentes das limitações impostas pelas operadoras de plano de saúde, bem como sua compatibilidade com a nova ordem civil constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Boa-fé objetiva; Funções da boa-fé objetiva; saúde; planos de saúde; limitação contratual.

ABSTRACT

The present work intends to analyse the limitations of covering imposed by health insurance companies by the objective good faith perspective. As starting point, there is looked the constitutional fountain of the objective good-faith, demonstrating that the objective good-faith must be observed by constitutional precepts, indicating the change of paradigm from inheritance to the individual. Then, analyzing the contractual relations and finally reaching the analysis of three functions practised by the objective good-faith, acting as interpretative fountain, as duties creator and as rights limiting function, always looking at the protection of the confidence and of the expectations produced by the contractors. In a second moment, observes how the right to the health gained status of basic right and the health insurance companies, observing the state fault in securing such a right, they intended to assume this obligation, offering it to the market. With the emergence of the health insurance contract, the analysis of his characteristics appears as primordial to allow the exegesis observing the constitutional principles and objective good-faith. Fixed these premises comes to the analysis how the objective good-faith can be a fountain of solutions for controversies resulting from the limitations imposed by the health insurance companies, as well as his compatibility with the new constitutional civil order.

KEYWORDS: objective good faith; objective good faith functions; health, health insurance; Contractual limitation.

1 - INTRODUÇÃO

Com o advento do novo Código Civil brasileiro, a boa-fé objetiva passou a exercer grande influência nas relações contratuais. Ainda que sob a égide do Código Beviláqua já se reconhecesse sua importância, foi apenas na nova codificação que ganhou destaque.

Pode-se notar que para tal efeito a Constituição Federal de 1988 teve grande destaque. Com a nova ordem constitucional consagrou-se a possibilidade de a Carta Constitucional exercer efeitos diretamente nas relações civis, ganhando força o chamado direito civil constitucional. Sob essa perspectiva, mudou-se o foco do direito privado da propriedade para o indivíduo, como forma de respeitar a dignidade da pessoa humana, fundamento da constituição, e perseguir os objetivos concernentes a uma sociedade mais justa.

Seguindo essa lógica, a boa-fé objetiva passou a ser mais valorizada em relação à boa-fé subjetiva, justamente por ter em conta uma coletividade como parâmetro, e não apenas o sentimento individual.

Da incidência da boa-fé objetiva nas relações contratuais é possível extrair três funções exercidas, podendo a boa-fé objetiva servir como cânone interpretativo, como fonte de criação de deveres e de limitação de direitos, sempre com o foco em padrões de comportamento inerentes à sociedade que cerca os sujeitos contratuais, e não mais apenas individual interesse desses.

Percebe-se, então que as funções da boa-fé objetiva, principalmente na criação de deveres e limitação de direitos, visam à proteção da confiança depositada pelos contratantes e, mediadamente, a proteção e potencialização dos efeitos do próprio contrato.

Em relação aos contratos de plano de saúde, percebe-se serem esses a solução encontrada pela população para ver garantido um direito que deveria ser de responsabilidade do Estado: o direito à saúde.

O direito à saúde como um direito humano somente fora reconhecido assim em meados do século XX. E no Brasil, a preocupação com esse direito é posterior a esse período, sendo erigido ao *status* constitucional apenas com a Carta de 88.

Diante da incapacidade estatal de garantir aos cidadãos o direito à saúde, e com a evolução dos meios de diagnósticos e tratamentos (com o correlato incremento em seus custos), surgiu a necessidade de se garantir o acesso a esses, mas sem que representasse um peso ou uma surpresa no orçamento. Surgiram, então, os contratos de assistência à saúde, inicialmente apenas como uma forma de seguro, e hodiernamente também no formato de plano de saúde.

Esses possuem como marca a transferência dos riscos de se ocorrer algum evento relacionado à saúde e integridade física, mediante o pagamento periódico (geralmente mensal)

de uma contraprestação. Podem também garantirem cobertura total, ou à apenas alguns procedimentos, na forma prescrita na lei 9.656/98, que fora editada no intuito de estabelecer alguns parâmetros e normas protetivas ao usuário desse tipo de contrato que antes não possuía regulação específica.

Mesmo com essa regulação específica conferindo diversos direitos aos usuários, constantemente estes se vêem alvo de atitudes abusivas praticadas pelas operadoras de plano de saúde, sendo algumas de forma reiterada, em especial a limitação das coberturas previstas e exigidas por contrato.

No entanto, e tendo em vista a incidência da boa-fé objetiva nas relações contratuais, a configuração da abusividade das práticas das operadoras de plano de saúde, bem como a solução tais podem ser obtidas pela análise de como as funções da boa-fé incidem sobre a relação e também sobre a situação em específico, sendo esse, portanto, é o foco do presente trabalho.

2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA BOA-FÉ OBJETIVA

A positivação da boa-fé objetiva em nosso ordenamento jurídico consolidou-se com a edição do novo Código Civil. Mas não foi essa sua origem. Não se discute que a boa-fé sempre foi levada em conta nas relações civis, e, principalmente, nas relações obrigacionais, mesmo se considerarmos que a prevalência se encontrava na boa-fé subjetiva.

Esse pensamento não era à toa. Era apenas a exteriorização do pensamento norteava as relações da sociedade, com uma hipervalorização do individualismo. Assim, nada mais natural que o vértice interpretativo das relações fosse o indivíduo em si considerado, em detrimento de um posicionamento que levasse em conta também o outro.

Um marco histórico que pode ser considerado como uma alteração desse ponto de vista exegético é a Constituição Federal de 1988. A partir dessa nova ordem constitucional, ganhou força no país o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, trazendo para o corpo constitucional temas que, segundo a antiga concepção constitucional, deveriam ser afeitas apenas ao direito privado.

A Constituição deixou de ser apenas uma garantia do indivíduo contra o Estado passando a regulador das relações interpessoais, por meios dos princípios. Essa transformação só foi possível com o reconhecimento do que Konrad Hesse chamou de Força Normativa da Constituição (BARROSO, 2007, pp.221-222).

Nessa esteira, também se verificou a mudança de paradigmas para aceitar a aplicação direta dos preceitos constitucionais, que deixaram de ser destinados apenas ao legislador, impondo-lhe deveres negativos que protegeriam o cidadão para incutir a ideia de que os ditames constitucionais também eram destinados à regulação da atividade positiva do cidadão. Desta forma, não mais apenas o código civil e demais legislação ordinária balizariam o comportamento dos indivíduos, mas também a Constituição, que passa a ter papel principal nesta regulação comportamental, só sendo aplicadas as leis civilistas caso não fossem contrárias ao que o legislador constituinte perquiriu. Voltou-se o eixo de interpretação para a Constituição.

Esse processo não se deu, contudo, apenas sob uma ótica interpretativa. Percebendo-se de sua função primordial na regulação também das atividades privadas, o Estado passou a incluir na constituição temas que tradicionalmente não guardavam relação com os que se entendiam como essenciais a uma Carta Constitucional, como direitos fundamentais, processo legislativo e organização do Estado. A maior contribuição trazida pela Carta de Outubro, assim, é a veiculação de diversos princípios constitucionais flagrantemente e diretamente incidentes nas relações civilistas.

Por meio destes princípios, o constituinte procurou “humanizar” as relações entre os indivíduos, retirando um pouco da carga patrimonialista e individualista dos diplomas civilistas.

Seguindo tal ideário, é possível perceber que essa mudança de vetor interpretativo, com a valorização da boa-fé objetiva em relação à boa-fé subjetiva tem guarida justamente nesse processo de constitucionalização do direito civil, mas, tendo forte influência da inevitável despatrimonialização do direito civil.

A valorização da boa-fé objetiva como norteadora das regras comportamentais civilistas tem como pano de fundo a consequente despatrominialização do direito civil, conferido ao homem o posto de centro das relações e irradiador de direitos, pois como lembra Rodrigo Reis Mazzei, citando Carlos Roberto Gonçalves, é primordial que se a valoração do direito se volte para o ser humano, para que este volte a ser a fonte das preocupações, relegando aos demais valores papel secundário, posto serem extensões daquela fonte (GONÇALVES, *apud*, MAZZEI, 2005. v.1. p. CXXXI).

Partindo para um enfoque constitucional deste novo paradigma interpretativo no plano do direito civil, é impossível não associá-lo à crescente importância que o princípio da dignidade da pessoa humana vem adquirindo no ordenamento pátrio enquanto um dos fundamentos da República, nos termos do inciso IV do artigo 1º.

Isso porque ambos referem-se à preponderância do homem sobre as coisas, pois, nas palavras de Carlyle Popp, citado por Nelsonn Rosenvald,

A dignidade da pessoa humana significa a superioridade do homem sobre todas as demais coisas que o cercam. Representa, então, a subordinação do objeto ao sujeito de direito.(POPP, *apud*, ROSENVALD, 2005, p. 14)

Considerando que a Constituição cuida de estabelecer a ordem vigente no país, e tendo erigido a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, resta estreme de dúvida que as relações privadas devem ter como objetivo atingi-la.

Neste ponto, a valorização da boa-fé objetiva nas relações contratuais vem servir como um guardião dos fundamentos da república, cuidando de encaminhar o eixo interpretativo do código civil do patrimônio para a pessoa. E essa mudança de vetor axiológico também se dá na mudança da concepção de como o indivíduo é considerado.

Dessa forma, a adoção de balizamentos acerca do que seria a boa-fé, analisando-a objetivamente – ou seja, a prevalência da boa-fé objetiva – permite que o fundamento da dignidade da pessoa humana seja preservado nas relações contratuais. Como bem afirma Teresa Negreiros:

(...) é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica. (NEGREIROS, 2002, p. 177)

Além da mudança do vetor interpretativo acima apontada, aprofundando a análise da incidência da boa-fé objetiva nas relações contratuais percebe-se outros fundamentos constitucionais. Nesse sentido, analisando uma aplicação positivada da boa-fé objetiva no tocante ao abuso de direito, enxerga-se um antecedente constitucional que permite uma melhor interpretação de sua disposição.

Pela dicção do artigo 187 do Código Civil de 2012, o exercício de um direito que extrapole os limites da boa-fé – abuso de direito – é considerado ilícito, sofrendo quem o faça, portanto, as sanções previstas na legislação civilista (aferidas, por óbvio, sob a luz da boa-fé objetiva). A caracterização do abuso de direito como ilícito civil tem claro amparo no texto constitucional.

Nesse sentido, em recente enunciado aprovado pelas Jornadas de Direito Civil, organizadas pelo Conselho da Justiça Federal, resta estreme de dúvidas esse viés constitucional do abuso de direito. Em seu enunciado 414, externalizou-se o fundamento constitucional, destacando a incidência dos princípios da solidariedade, do devido processo legal e da proteção da confiança, sendo aprovado da seguinte maneira: “Art. 187. A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da

solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito”.

Definido o aspecto constitucional da boa-fé objetiva, outra questão importante passa a ser a forma de como dar concretude às suas disposições, a fim de não se restringir a mero ideário, mas sim fonte direta de direitos e deveres aos contratantes.

3. AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A boa-fé objetiva possui aplicação predominante no âmbito das relações obrigacionais, sendo por alguns denominada de *boa-fé obrigacional* (ROSEVALD, 2005. p. 80). Erigida à categoria de princípio contratual,

(...) compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte (ROSEVALD, 2005. p. 80).

Desta feita, é possível perceber que para a boa-fé objetiva, não importa o estado anímico do indivíduo, sendo tomado como fator determinante para aferir a conformidade com seus preceitos o comportamento externo do sujeito, em comparação com o esperado pelos que o cercam.

Nessa esteira, a lealdade e, principalmente, a confiança são os alicerces que a boa-fé objetiva pretende às relações obrigacionais, de modo que a outra parte passa a ser o foco da análise da boa-fé.

A valorização da boa-fé objetiva no âmbito dos contratos tem ainda o escopo de conferir força e longevidade às relações contratuais, no passo que, ante a celebração do contrato, os contratantes geram expectativas entre si acerca dos benefícios que possam fruir de sua conformação. Essas expectativas são decorrentes daquele padrão comportamental esperado, aderindo à relação obrigacional como corolário da formação da vontade.

Com esse escopo, percebe-se que, perante a relação contratual, a boa-fé objetiva possui três importantes funções: serve como cânone de interpretação, cria deveres jurídicos às partes e limita o exercício de direitos (BOEHMER, *Apud* SCHREIBER, 2005, p. 80).

3.1 A FUNÇÃO INTERPRETATIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA

A relação obrigacional, e em especial a relação contratual, é fruto da confluência de duas vontades – ainda que um dessas vontades se limite à mera aceitação das cláusulas

propostas. Enquanto essas vontades não se contrapõem, inexistente a necessidade de utilizar elementos hermenêuticos, principalmente considerando que a interpretação é o ato de encontrar o significado perquirido pelos contratantes. Contudo, ocorrendo divergência entre os contratantes, imprescindível a utilização de elementos que permitam ao intérprete – em sua maioria, o juiz – dirimir a controvérsia instalada. Na lição de Enzo Roppo:

Muitas vezes, de facto, interpretar o contrato constitui uma verdadeira e própria necessidade, se se quiser dar ao mesmo uma actuação concreta e assim realizar, efetivamente, a operação económica que lhe corresponde. (ROPPO, 1988, p. 169)

É sob essa perspectiva que ganha força a função interpretativa da boa-fé objetiva. Nesse ponto, frisa o importante papel de cooperação que deve ser exercido pela doutrina com o juiz – ao fornecer o instrumental para o preenchimento – e destes dois com o legislador, apontando as diretrizes que devem ser implementadas no seu labor legiferante (ROPPO, 1988, p. 236).

Voltando ao supra mencionado artigo 113 do Código Civil, é de grande importância trazer à baila os ensinamentos do grande idealizador do novel diploma civilista pátrio, Miguel Reale, que afirmou que “nenhum dos artigos do novo Código Civil me parece tão rico de consequência como o artigo 113” (REALE, 2003, p 75).

Tem-se, portanto, que a previsão legal de utilização da boa-fé como cânone interpretativo, e a sua adoção mediante a técnica da cláusula geral só fez deixar expressa a importância da função interpretativa decorrente da incidência da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais.

Destacando a importância da boa-fé objetiva como vetor de integração, Menezes Cordeiro afirma que:

(...) qualquer sistema que, como possíveis, admita problemas para os quais não tenha dado uma regulação cabal [...] terá que prever um ou mais instrumentos como o da boa fé. (CORDEIRO, 2001, p. 1256).

Neste ponto, havendo cláusulas contratuais contrárias à boa-fé, é incumbência do julgador afastá-la, principalmente pelo fato de tal circunstância ser configurada como abuso de direito, nos moldes do artigo 187 do código civil. Como delinea Teresa Negreiros, citando Judith Martins-Costa:

A função de interpretação-integração do contrato que hoje se reconhece como uma das ramificações do princípio da boa-fé reflete esta mesma idéia de “expediente técnico e preciso”, a través do qual se confere “ao juiz um especial mandato ou poder para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas” (MARTINS-COSTA, *apud*, NEGREIROS, 2002, p. 135)

Mais uma vez voltando à conceituação das cláusulas gerais para entender a importância da boa-fé objetiva como cânone interpretativo, destaca-se o impacto da utilização das cláusulas gerais, o que Norberto Bobbio chama de papel de criador do sistema, na medida em que lhe é permitido transformar, integrar e inovar, atuando sob um perfil colaborador.

Citado por Alberto Gosson Jorge Júnior, continua afirmando que esse papel é decorrência de um sistema aberto, que se utiliza desses conceitos vagos para reger as relações privadas (BOBBIO, *apud*, JORGE JÚNIOR, 2004, p.11).

Destaca-se ainda outro exemplo positivado de como a boa-fé objetiva serve de norte à atividade hermenêutica. Trata-se da interpretação do contrato de adesão, que, por força do artigo 423 do Código Civil Brasileiro, deve, em caso de ambiguidades, se dar de forma mais favorável ao aderente. Essa previsão impõe à parte estipulante das cláusulas que as estabeleça de forma clara e precisa, uma vez que, não assim ocorrendo, as controvérsias serão analisadas à luz da interpretação mais favorável à parte que não teve a possibilidade de discutir substancialmente o conteúdo do contrato.

3.2 A FUNÇÃO CRIADORA DE DEVERES ANEXOS DA BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé objetiva, ao impor deveres aos contratantes, exerce influência direta a esses enquanto perdurar os efeitos do contrato. A lógica de toda a relação contratual é a assunção de direitos e obrigações pelos contratantes, segundo sua vontade. Surgem, dessa forma, deveres a serem cumpridos pelas partes (com o correlato direito da parte adversa).

Entretanto, há certos deveres que emergem da simples existência do contrato, também chamados de deveres anexos. Esses independem da vontade das partes, sendo uma decorrência direta da boa-fé objetiva, podendo, inclusive, emergir antes mesmo da celebração do contrato, durante a fase pré-contratual (negociações), ou mesmo após o exaurimento da relação contratual, independentemente de existência da relação contratual, como bem leciona Rogério Zuel Gomes (GOMES, 2004, p. 163). Sobre essa independência da relação contratual, também se debruçou Menezes Cordeiro, que afirma que “os deveres acessórios colocam-se numa posição de independência relativa face à obrigação que é suposto acompanharem” (CORDEIRO, 2001, p.61).

Esses deveres decorrentes da boa-fé objetiva exsurgem sob a finalidade potencializar os benefícios oriundos do contrato que pretendiam quando do início das negociações e da derradeira confluência de vontades. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma que essa função da boa-fé objetiva “exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambas obtenham o proveito objetivado” (PEREIRA, 2005, vol.3, pp. 20-21).

O código civil de 2002 preferiu não apresentar rol desses deveres, seguindo a linha que o permeia de evitar a enumeração meramente exemplificativa. Assim, é mediante a análise da relação contratual na espécie que será possível depreender os deveres anexos, bem como sua existência em momentos distintos da execução contratual.

Por sua vez, ainda que não haja uma distinção bem determinada dos deveres que incidem em cada um dos momentos contratuais, posto que certos deveres estão presentes em todos esses momentos, a depender da fase, alguns deveres se sobressaem em relação aos outros.

3.3 FUNÇÃO LIMITADORA DE DIREITOS DA BOA-FÉ OBJETIVA.

Por fim, cumpre destacar que a terceira função exercida pela boa-fé objetiva: a de limitar o exercício de direitos dos contratantes. Esse limite tem por fundamento os deveres de confiança e lealdade entre os contratantes e, segundo Anderson Schreiber:

Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos *standards* impostos pela cláusula geral. Aqui, a doutrina utiliza frequentemente a expressão *exercício inadmissível de direitos*, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé (SCHREIBER, 2005, pp. 83-84).

Assim, no bojo de uma relação contratual, ainda que não haja nenhuma expressa previsão legal, uma série de comportamentos é vedada, a fim de sustentar a confiança emergente da relação contratual.

Nesse interim, forçoso destacar que as limitações aos direitos subjetivos das partes têm por objetivo a proteção às expectativas geradas pelas partes reciprocamente. Tendo em vista ser a expectativa, na lição de Pietro Perlingieri, “a situação subjetiva instrumental (situação preliminar) para a aquisição de ulterior situação (situação final)”(PERLINGIERI, 2008, p. 690), sua tutela jurídica se mostra como necessária à proteção da própria figura do contrato, no sentido de garantir que as posições assumidas ao início do contrato (e até mesmo antes) sejam mantidas. Ainda na lição de Pietro Perlingieri tem-se que:

Na fase preliminar à conclusão do contrato as posições das partes assumem importância diversa. A fase das tratativas cria entre os contratantes uma situação de expectativa que o contrato seja concluso. (PERLINGIERI, 2008, p. 692)

Essas expectativas permitem aos contratantes avançar nas tratativas e também a antecipar a movimentação da contraparte. Sem surpresas, o ambiente contratual se mostra mais saudável, levando, via de talante, a um engrandecimento das relações contratuais. Nessa linha, Teresa Negreiros aponta que, na Europa Continental, a limitação de dos direitos exercida pela boa-fé tem origem na teoria dos atos próprios, afirmando que:

Na tradição da Europa continental, o princípio da boa-fé objetiva, no desempenho da função de impor restrições ao exercício de direitos subjetivos, resulta na teoria dos atos próprios. De uma forma geral, a teoria dos atos próprios importa reconhecer a existência de um dever por parte dos contratantes de adotar uma linha de conduta uniforme, proscrevendo a duplicidade de comportamento (...) (NEGREIROS, 2002, p. 142)

Ainda sobre a tutela da expectativa, a professora Teresa Negreiros, indicando que nem todas as expectativas são tuteláveis afirma que:

(...) não são todas as expectativas, mas somente aquelas que, à luz das circunstâncias do caso, estejam devidamente fundadas em atos concretos (e não somente indícios) praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, o fizeram confiar na manutenção da situação assim gerada. Mais que isso, o comportamento contraditório só será alcançado pela boa-fé quando não for justificável e, ainda, quando a reversão de expectativas assim ocorridas gere efetivos prejuízos à outra parte cuja confiança tenha sido traída (NEGREIROS, 2002, pp. 147-148).

Destaque-se, ainda, que a limitação de direitos exercida pela boa-fé objetiva tem guarida na teoria do abuso do direito, que no ordenamento pátrio restou positivado no artigo 187 do Código Civil de 2002, a despeito de ter aplicabilidade anterior, justamente com base na boa-fé.

Da previsão legal, resta claro que a boa-fé limita o exercício de direitos, e que ultrapassado esse limite, incorre-se em ilicitude.

Com a atenção voltada para essa função limitadora, e também para proteger a confiança dos contratantes de mudanças repentinas de posicionamento, desenvolveu-se o estudo de uma série de específicas em que se denota a inadmissibilidade do exercício da posição jurídica, que, decorrentes da boa-fé objetiva, permeiam as relações contratuais.

4. O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Hodiernamente o direito à saúde é, sem discussões, um direito fundamental do homem, intrinsecamente relacionado com o direito à vida. Essa óbvia ligação se dá no sentido de que, sem assecuração da saúde, retira-se o conteúdo material do direito à vida.

Nessa linha, importante destacar que o direito à vida, bem como todos os direitos humanos de primeira geração, importava em um verdadeiro dever de abstenção estatal, de modo que o Estado garantia aos cidadãos o direito de não ser alvo de investidas sem que houvesse uma justa causa. Como reflexo da sociedade em que estava inserida (estamos tratando do século XIX até o início do século XX), os direitos até então reconhecidos como fundamentais tinham o caráter liberal, marcado por um exacerbado liberalismo.

Foi só no período pós Primeira Guerra que se viu ganhar força a ideia de conferir aos cidadãos também direitos sociais, direitos esses mais identificados com deveres positivos a serem realizados pelo Estado. Como lembra José Afonso da Silva:

A ordem social, como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores. (SILVA, José, 2006., p. 283).

Foi a partir desse período histórico que ganhou força os direitos humanos de segunda geração, justamente esses deveres positivos estatais em favor do cidadão. Assim, enquanto que os direitos de primeira geração permitiam ao homem buscar uma melhor qualidade de vida sem que o Estado o “atrapalhasse”, em virtude de não ser possível a todos fazê-lo por falta de condições materiais, os direitos humanos de segunda geração impunham ao Estado o dever de prover um mínimo aos cidadãos para que essa distorção fosse reduzida, e que todos pudessem gozar de um mínimo padrão. Nesse sentido, leciona Alexandre de Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do home, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social (MORAES, 2005, p. 177).

Foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, que o direito à saúde foi reconhecido internacionalmente como um direito inerente à natureza humana de forma “autônoma”. Considerando que os direitos sociais tiveram seu reconhecimento em muito graças aos movimentos organizados pelos trabalhadores, não é de se espantar que inicialmente esse direito à saúde estivesse vinculado aos justamente aos trabalhadores

Todavia, mesmo com a regulação de direitos sociais em âmbito constitucional, como bem lembra José Afonso da Silva, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que o direito à saúde foi erigido também à condição de direito fundamental pelo constituinte pátrio (SILVA, José 2006, p. 308) E lecionando sobre as origens da explicitação de tal direito como direito fundamental constitucionalmente reconhecido, completa o mestre constitucionalista:

Creemos que foi a Constituição italiana a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (art. 32). Depois, a Constituição portuguesa lhe deu uma formulação universal mais precisa (art. 64), melhor do que a espanhola (art. 43) e a da Guatemala (arts. 93-100). O importante é que essas quatro constituições o relacionam com a seguridade social. (SILVA, José, 2006, p. 309)

Disposto expressamente no artigo 6º da Constituição Federal como um direito social, é impossível mencioná-lo sem trazer à baila a já mencionada intrínseca relação entre o direito à vida (direito humano de primeira geração) e o princípio da dignidade da pessoa humana. Sobre tal tema, Pietro Perlingieri afirma que:

A saúde se apresenta como um aspecto inseparável da pessoa, qual valor unitário; ela, embora prevista autonomamente em nível constitucional [...], deve ser considerada juntamente com a norma que, como princípio geral, reconhece e garante os direitos do homem com exclusão de qualquer taxatividade ou tipicidade deles (PERLINGIERI, 2008, p. 775).

Sob essa perspectiva, indubitável que conferir ao direito à saúde o status de direito fundamental, o constituinte pátrio destacou que não basta ao Estado simplesmente garantir que o cidadão não seja ceifado de sua existência, mas também que essa existência se dê com dignidade, fornecendo elementos à sua conservação.

Tendo como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde vem como elemento potencializador do direito à vida, conferindo maior grau de efetividade. Por outro lado, proteger a vida, mas ignorar a necessidade de se proteger também a saúde equivale a reconhecer a possibilidade de um direito “pela metade”, uma vez que, ignorando a saúde, a vida perde também parte de seu conteúdo e, via de talante, da dignidade. Tem-se, portanto, que sem saúde, o direito à vida é esvaziado.

Em se tratando de direito social, tem-se como marca a existência de deveres positivos do Estado perante o cidadão. Regulando tais deveres, a Constituição Federal expressamente consagra em seu artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo também o acesso universal. Nos artigos subsequentes traz as diretrizes que devem ser adotadas pelos entes federados para que tal direito fundamental seja garantido.

A Carta Magna traz essas diretrizes no âmbito da seguridade social, que, dividida em saúde, previdência social e assistência social, deixa clara a preocupação estatal em assegurar aos cidadãos uma existência condigna, resguardando sua integridade bem como prevendo meios de subsistência, seja por meio da previdência social (exigindo contrapartida, ou seja, contribuição do cidadão) ou da assistência social (independentemente de contribuição, com fulcro essencialmente na preservação da dignidade existencial).

Assim, tratando desse tema, buscou a Constituição Federal apontar que o direito à saúde ter como norteador o aspecto preventivo, devendo o Estado, em todas as esferas, adotar políticas sociais e econômicas nesse sentido. Mas sem abandonar a ideia de acesso à saúde como tratamento, instituiu um sistema único, a fim de assegurar a universalidade e igualdade no acesso.

Ainda reconhecendo a importância e a relevância da saúde e de seus serviços correlatos para se alcançar o pleno desenvolvimento do cidadão, além de prever a execução estatal desses serviços, permitiu a Constituição Federal em seu artigo 197 tal prestação de serviços também aos particulares.

Contudo, por se tratar de tema de grande relevância social – afinal, cuidar da saúde é, em uma análise mais aprofundada, cuidar diretamente da preservação da vida –, ainda na forma do mesmo dispositivo constitucional, essa atuação se dá mediante regulamentação, fiscalização e controle estatal.

Não bastando o condicionante acima destacado, a atuação do particular na prestação de serviços de saúde merece atenção pela peculiaridade do bem jurídico que está em discussão. Sem se olvidar que é óbvio que o particular, como regra geral, atuará com objetivo de auferir lucro da atividade, há que se considerar que o serviço oferecido não pode ser analisado sob a perspectiva puramente comercial.

Nesse sentido, verifica-se que na prestação de serviços de saúde ganha mais força a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mormente por estarmos diante da tutela do mais importante deles – o direito à vida. Logo, as relações entre o prestador de serviço de aquele que toma tais serviços deve ter o respeito ao princípio da dignidade humana, ao direito à vida e ao direito à saúde como cânone interpretativo, não servindo a assertiva de se tratar de atividade privada ou ainda de que estamos em um regime capitalista como escusa à obediência desses princípios.

A lição do professor Pietro Perlingieri, a despeito de tratar de relações intersubjetivas sem qualquer vínculo com profissionais da saúde, parece-nos plenamente aplicável também nas relações envolvendo a prestação de serviços de saúde. Vejamos:

Também seria restritiva a concepção do direito à saúde como direito do homem à assistência sanitária, vista como posição jurídica em relação à máquina do Estado. A saúde assume importância também nas relações inter-subjetivas, como parâmetro da licitude e da ilicitude dos comportamentos e do merecimento de tutela da atividade humana. (PERLINGIERI, 2008, pp. 774-775)

Conclui-se, assim, que, na medida em que se propôs a atuar na área da saúde, atividade esta de obrigatória atuação do Estado, o particular não pode, em hipótese alguma, se escusar à observância dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição, nem ignorar os fundamentos da República, atraindo, portanto, obrigações mais qualificadas se compararmos outras atividades econômicas. E a razão, como já exposto, é bem simples: estamos diante de cuidados ao bem mais precioso do homem.

5. O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

Ante a reconhecida inoperância estatal em prover efetivamente o direito à saúde aos cidadãos, o mercado observou aí um nicho de atuação, começando a surgir e consolidar iniciativas particulares com o objetivo de garantir o acesso à saúde, inicialmente para suprir a ausência estatal na área e, posteriormente, para complementar a atuação estatal, cuja abordagem era falha desde o princípio.

A grande marca nos contratos de plano de saúde se apresenta quando se verifica que o objetivo de quem o busca é assegurar que, caso venha necessitar de atendimento médico, esse

esteja à sua disposição. Busca, portanto, eliminar os riscos inerentes à existência, pois, como se sabe, todos estão susceptíveis de se verem acometidos com doenças, e que tratamentos médicos – ainda mais os mais modernos – podem ser muito caros. Assim, mediante pagamento mensal, garante-se o eventual tratamento. Nos dizeres de Cláudia Lima Marques “é um contrato para o futuro e assegurador do presente” (2011, p. 104).

Para tornar possível aos consumidores usufruírem normalmente dos benefícios contratados, as operadoras formam um fundo que garante a cobertura, à semelhança dos contratos de seguro. Se considerarmos isoladamente cada contrato, chegar-se-ia à conclusão de que, em regra, os valores pagos por um beneficiário não suficientes para cobrir a utilização feita, mormente se ocorresse algum evento cujo valor de mercado fosse muito elevado. Contudo, quando se considera um número elevado de contratos, e tendo em vista a aleatoriedade do contrato, fica mais claro de onde vem a capacidade da operadora do plano de saúde cobrir os eventos cujos riscos assumiu.

Assim, fora a manutenção de garantias exigidas pelos órgãos reguladores – em especial o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – o mutualismo inerente a esse tipo contratual é o que possibilita a sua continuação. Como bem leciona Aurisvaldo Sampaio:

A grande nota caracterizadora dos planos de saúde, qualquer que seja sua modalidade, é o mutualismo, que permite a pulverização dos riscos de assistência à saúde entre todos os consumidores vinculados à carteira mantida pela operadora, mediante a formação de um fundo comum que suportará o ônus financeiro advindo da ocorrência dos eventos cobertos. (SAMPAIO, 2010, p 197)

Também por força legal, o contrato de plano de saúde é celebrado por prazo indeterminado. Essa característica se mostra muito importante, afastando nesse ponto, as semelhanças com o contrato de seguro, que, por força do artigo 760 do Código Civil, se dá por prazo determinado.

A indeterminação do prazo, somada à impossibilidade de rescisão unilateral por parte da operadora do plano de saúde, confere ao usuário a proteção que se almeja quando este celebra tal tipo de contrato. É notório que com o passar dos anos, a necessidade de cuidados com a saúde tende a aumentar, aumentando também a utilização dos serviços cobertos pelo plano de saúde. Esse aumento, por óbvio, importa em maiores gastos por parte das operadoras. Sob essa perspectiva, e com uma ótica eminentemente capitalista e sem foco nos princípios norteadores da República, seria muito mais vantajoso economicamente às operadoras limitarem o tempo dos contratos e, quando verificassem a maior utilização dos serviços, rescindissem os contratos ou deixassem de renová-los.

Contudo, e como já destacado, ao assumir o acesso à saúde de parcela da população (ainda que mediante pagamento), deve a atuação dessas empresas se dar em consonância com a obediência aos princípios republicanos básicos – em especial a dignidade da pessoa humana – e de modo a assegurar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais – o direito à saúde e à vida.

Ainda sobre os planos de saúde, importante destacar algumas características essenciais e que permitirão consolidar a incidência da boa-fé objetiva na resolução de controvérsias. A primeira característica que sobressai é serem tais contratos onerosos, na medida que, se de um lado o usuário assume a obrigação de efetuar o pagamento das mensalidades; do outro lado, a operadora assume a obrigação de fornecer os serviços e atendimentos que se propõe; e bilaterais, posto que ambos assumem uma obrigação e são credores de outra prestação.

Tratam-se ainda de contratos aleatórios, uma vez que somente a prestação do usuário é certa (o pagamento das mensalidades); já a prestação a prestação a que a operadora do plano de saúde se obriga não se encontra certa, não se sabendo nem a quantidade e nem mesmo se realmente terá alguma prestação a ser adimplida. Fica à mercê da ocorrência de eventos que imponham a necessidade ou interesse na utilização.

São contratos de adesão, pois suas cláusulas “não resultam do livre debate ente as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra”. (PEREIRA, 2005, v.3, p 73)

Por fim, e utilizando uma classificação cunhada por Cláudia Lima Marques, são cativos de longa duração, pois possuem como marca a longa duração, somada com a relevância do objeto que mantém, assim, uma relação de catividade com o contratado que estimula a perpetuação do contrato (MARQUES, 2011, p. 105).

6. DA IMPOSIÇÃO DE LIMITAÇÕES A COBERTURA PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Destacados os caracteres constitucionais da boa-fé objetiva, bem como que o objetivo precípuo do contrato de plano de saúde é a de conferir, ao contratante, proteção do direito à saúde que lhe é sonogada pelo poder público e assumida pelo contratado, tem-se que uma análise sob a perspectiva constitucional das limitações impostas pelas operadoras de plano de saúde torna clara a falta de fundamentação pelo ordenamento jurídico pátrio.

O usuário, quando procura contratar um plano de saúde, o faz não por saber dos tratamentos e da quantidade desses que precisa. O que marca a relação entre usuário de plano

de saúde e a operadora é justamente a imprevisibilidade dos acontecimentos que serão efetivamente utilizados. Sob essa ótica, a finalidade almejada pelo consumidor é assegurar que, quando necessitar de atendimento médico, estará amparado, e não terá que arcar com valores de surpresa. Tendo esse elemento em vista, as coberturas previstas pelos planos de saúde fazem remissão das doenças que serão tratadas em caso de descoberta. Não obstante a possibilidade de estipulação unilateral da cobertura – afinal, tem-se como regra nos contratos de plano de saúde serem esses de adesão – levar a um sem-número de práticas abusivas, tem-se entendido na jurisprudência pela viabilidade dessa exclusão. Se essa exclusão não fosse exercida de forma arbitrária e geralmente tendente a excluir a cobertura tratamento daquelas doenças cujos tratamentos demande maior esforço ou cuja incidência fosse mais elevada não haveria muita discussão, até mesmo porque, no momento da assunção do risco, pode a operadora excluir o risco que pode/quer assumir.

Para coibir práticas abusivas de excluir cobertura de doenças que mereçam maior cuidado, a Agência Nacional de Saúde Suplementar constantemente, por meio de instrução normativa, atualiza o rol de procedimentos e eventos em saúde aos quais os planos de saúde obrigatoriamente devem oferecer cobertura, tendo como parâmetro a Classificação Internacional de Doenças, elaborada pela Organização Mundial da Saúde. Dessa forma, aos planos de saúde é facultada a elaboração de seu próprio rol de eventos cobertos, não podendo, contudo, excluir aqueles assegurados pela ANS. Essa previsão mínima somente é imposta aos contratos novos, ou seja, aqueles celebrados após a edição de lei 9.656/98, ou ainda aos contratos antigos, mas que foram adaptados à lei dos planos de saúde.

Essa imposição de cobertura a uma série de doenças, como bem Lembra Aurisvaldo Sampaio é a positivação do dever de cooperação decorrente da boa-fé objetiva (SAMPAIO, 2010, pp. 309-310). Já em relação aos contratos antigos, ainda que não haja expressa obrigação impondo cobertura a qualquer doença – ficando ao seu juízo essa delimitação submetida apenas ao acordo de vontades entre as partes – vislumbra-se que, se não apresenta um rol expresso de doenças e eventos a serem cobertos, a boa-fé objetiva, aliando o dever de cooperação dela inerente com sua função interpretativa, permite concluir que não é tão livre a exclusão de cobertura pelas operadoras de plano de saúde, devendo essas observar se as restrições impostas não põe em risco a própria natureza do contrato de plano de saúde, que é a prestação de serviços de saúde de modo a garantir ao usuários tranquilidade e proteção. Deve-se, portanto, ao aferir a abusividade ou não de cláusula excludente, se essa não restringe o dever de cooperação, deixando o usuário, de surpresa, desamparado.

Mas ainda que geradora de conflitos, já há uma consolidação jurisprudencial no sentido de que a exclusão de cobertura por parte das operadoras de plano de saúde é possível. As controvérsias são mais severas não em caso de exclusão de cobertura, mas sim na limitação dessa cobertura. A consolidação desse posicionamento deu origem à súmula 302 do STJ, que prevê que *“É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”*.

A razão da impossibilidade de se limitar a cobertura, seja essa limitação referente a tempo de internação, seja em relação ao procedimento a ser adotado ou a prática de atos decorrentes de complicações oriundas do evento coberto, se dá no sentido de que essas limitações, além de serem de ordem estritamente econômica (em contraposição à necessidade de ordem de saúde por parte do usuário), limitam sobremaneira o risco assumido, retirando de sua álea justamente a imprevisibilidade. A limitação à cobertura impõe verdadeira assunção do risco remanescente ao usuário. Ou seja, o usuário contrata um plano de saúde justamente para que não tenha que sofrer com os riscos que pode acarretar malefícios a sua saúde, mas esse plano de saúde devolve esse risco ao usuário caso atingido certo limite, transferindo a esse, além do risco relacionado à ocorrência de evento coberto, os riscos do próprio negócio.

Mais ainda. Analisando sob a perspectiva da boa-fé objetiva, limitar a cobertura implica em severa inobservância do dever de cooperação, uma vez que se deixa de atender ao tratamento do evento previsto contratualmente, que se pode chamar de obrigação principal, invocando questão lateral. Pior, confere a cobertura, mas o faz de forma parcial, o que, em se tratando do direito à saúde, não atende à finalidade precípua do contrato de plano de saúde.

Sob a perspectiva da função interpretativa da boa-fé objetiva, tem-se que a limitação da cobertura, além de não atender aos desígnios dos contratantes (os usuários), não condiz com a atuação que se espera do contratante atual. Se uma das partes contratantes se propõe, mediante retribuição pecuniária, promover o tratamento de saúde caso da outra parte contratante necessite, esse tratamento deve ser integral. Ninguém se propõe a contratar para resolver parte de seu problema, e sim a integralidade. Afastando-se desse propósito, afasta-se o contratante dos ditames da boa-fé objetiva, em desacordo, portanto, com o ordenamento jurídico pátrio. Cumpre destacar que, sem negar o caráter econômico do contrato, a partir do momento em que a operadora de plano de saúde se propõe a suplementar um direito fundamental que é mal prestado pelo Estado – o direito a saúde – o tratamento a ser dado a esse contrato deve ter como enfoque precípua a natureza do direito, e não seu aspecto econômico. Incide, assim, nessa relação, o tratamento sob o enfoque constitucional, restando latente, na situação exposta, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Por fim, também quanto á função limitadora de direitos se afere a ilegalidade na limitação de cobertura por parte das operadoras de plano de saúde. A prática de ofertar cobertura para certo evento, mas impor limitações à cobertura desse evento se amolda na descrição do *venire contra factum proprium*. Da lição de Menezes Cordeiro extrai-se que:

A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. (CORDEIRO, 2001. p. 742)

De um lado garante que, ocorrendo certo evento, irá cuidar para que esse seja tratado, mas, por outro, apresenta que não irá tratar completamente, mas só até certo limite. Ocorre que, conferida cobertura a certo evento – e muito mais se levar-se em conta que é a saúde o bem jurídico em questão – essa cobertura deve ser completa, de modo a possibilitar a plena recuperação. Se forem necessários muitos recursos e/ou tempo, é o risco assumido pela operadora do plano de saúde. Assim, a limitação da cobertura é ato que entra em contradição com a assunção do risco. Por sua vez, a tomada de atitudes contraditórias em uma mesma relação contratual é vedada pelo ordenamento pátrio, como forma de conferir proteção à confiança que deve imperar entre contratantes.

6.1 LIMITAÇÃO A TRATAMENTOS DE ALTO CUSTO

Problema mais específico no tocante às limitações impostas pelas empresas operadoras de plano de saúde diz respeito aos tratamentos de alto custos. Com a evolução da medicina, novas formas de tratamento de antigas e de novas doenças vão sendo descobertas e aprimoradas. O objetivo principal é a perquirição de formas de tratamento que gerem o menor número de efeitos colaterais ao paciente ou reduza o período de tratamento (ou os dois). Também serve como motriz para a evolução das formas de tratamento a tentativa de redução de custos, mas essa deve ser deixada em um segundo plano se colocada em perspectiva em relação aos objetivos antes apontados. No primeiro momento dessa evolução, enquanto não massificada a utilização, com o aumento do número de profissionais habilitados e/ou fornecedores de suprimentos e medicamentos, a tendência é que os novos tratamentos tenham custos mais elevados que os tratamentos mais tradicionais, até mesmo como forma de recuperação do investimento.

Por seu turno, os contratos de plano de saúde não trazem em seu interior as especificações das formas de tratamento que estão cobertas. A cobertura se se refere apenas às doenças e eventos. Até mesmo, diante da evolução acima mencionada, essa restrição engessaria por demais o contrato, se fazendo necessários aditivos toda vez que surgir um novo

tratamento ou uma nova técnica. E ainda correr-se-ia o risco de somente serem incluídos os tratamentos que viessem a reduzir custos.

Ocorrendo o evento coberto pelo contrato, depois de realizado o atendimento do usuário, o passo seguinte é a escolha da forma de tratamento. E é nesse momento que as controvérsias entre usuários e operadoras de plano de saúde emergem. Diante de mais de uma opção, qual delas escolher? Deixada a escolha para a operadora do plano de saúde, certamente esse optaria pelo tratamento com menor custo, não se preocupando nem com a eficácia e nem com eventuais efeitos colaterais ou o bem-estar do usuário. Esse, por sua vez, escolheria aquele mais eficaz, com o mínimo de efeitos colaterais e que lhe proporcionasse melhor qualidade de vida. Diante desse impasse, a boa-fé objetiva se mostra eficaz a solucioná-lo.

A interpretação contratual à luz da boa-fé objetiva impõe que o tratamento a ser escolhido deve ser aquele que melhor se coadune com os objetivos almejados pelos contratantes. O usuário espera que, ocorrido o evento coberto, que lhe seja conferido o tratamento mais adequado e que melhor lhe atenda, que permita sua plena recuperação. Já a operadora do plano de saúde espera o recebimento da prestação pecuniária que faz jus pela assunção do risco se ocorrer algo com usuário. Tem como objetivo fornecer o tratamento mais barato. O ganho da operadora de plano de saúde se dá com a não ocorrência do dano, e não na economia na escolha do tratamento. Por sua vez, tem-se ainda a posição do médico, que é o profissional habilitado para indicar qual seria o melhor tratamento. Assim, ainda que em uma relação entre médico e paciente a escolha do tratamento é sempre do paciente, analisando a questão sob o enfoque da boa-fé objetiva, o tratamento a ser utilizado deve ser aquele que indicado pelo profissional capacitado para tanto, uma vez que essa escolha (caso não viciada) se dará no sentido preconizado pelas partes no momento da contratação: o melhor tratamento para o caso de ocorrer o evento coberto.

Tendo em vista que é o médico que possui a capacidade e a habilitação necessária à identificação do melhor tratamento a ser adotado, sua indicação, sem dúvidas, aponta qual o caminho a ser adotado para que o contrato alcance seus objetivos. Nessa linha, irrelevante se não há previsão contratual para certo tipo de tratamento, ou se o tratamento está incluso em rol elaborado pela ANS como de custeio obrigatório. A operadora de plano de saúde, ao celebrar o contrato, se obriga a fornecer o tratamento às doenças presentes na cobertura (seja essa cobertura limitada ao mínimo imposto pela ANS, seja essa cobertura abrangendo mais eventos), não podendo, de antemão, determinar quais tratamentos poderão ou não ser adotados, mormente se considerar-se que essas restrições são de ordem puramente econômica.

Assim, a recusa somente é válida se amparada em permissivo constante na legislação que rege os planos de saúde.

Em caso de choque entre o tratamento adequado e a possibilidade legalmente prevista de recusa de tratamento, deve sempre prevalecer o tratamento adequado. Não se pode esquecer que a previsão legal confere apenas uma faculdade às operadoras de plano de saúde de limitar sua cobertura, e não impondo que seja feita essa cobertura. Por outro lado, o fornecimento do tratamento adequado, além de ser o objetivo esperado pelo usuário – o que sob a ótica interpretativa imposta pela boa-fé objetiva deve ser privilegiado –, impõe-se pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tendo em vista que a garantia ao direito à saúde ao usuário é assumida pela operadora de plano de saúde, posto ser justamente esse o objeto do contrato de plano de saúde.

A solução direcionada à prevalência do tratamento indicado pelo médico também se mostra como a mais adequada para a configuração do adimplemento ao dever de cooperação a ser observado pelos contratantes. O eventual alto custo que certo tratamento possa ter cuida-se de tema lateral em relação ao contrato de plano de saúde e objetiva apenas a maximização dos ganhos das operadoras de planos de saúde, enquanto que a busca pela mútua satisfação dos contratantes efetivamente é tema central, decorrente da direta incidência da boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva vem servindo de fundamento para a imposição do custeio de tratamentos, ainda que de valor elevado, nos casos em que o evento a que se presta o tratamento esteja coberto pelo contrato, afastando as negativas fundadas apenas no custo elevado (ou seja, em aspectos apenas econômicos).

Conclui-se, portanto, pela abusividade de qualquer tentativa de restringir tratamentos sob alegação de elevado custo, seja em razão de tal forma de proceder ir de encontro com os ditames da boa-fé objetiva, seja pelo fato de se retirar da álea do contrato um aspecto importante de sua aleatoriedade natural, pois os riscos assumidos não se limitam apenas a ocorrência ou não do evento coberto, mas também se referem à extensão desse evento, devendo o contratante assumir ambos, já que um é indissociável do outro.

7. CONCLUSÃO

Diante da exposição apresentada, resta possível configurar que a incidência das funções da boa-fé permitem chegar à uma resposta às situações controvertidas encontradas na

relação entre operadoras de planos de saúde e seus usuários, situações essas decorrentes da atuação – muitas vezes não atuação – daquelas.

A perspectiva constitucional da boa-fé objetiva como corolário da dignidade da pessoa humana e do princípio da solidariedade se amoldam ao bem jurídico em jogo nessas relações, que é a de forma imediata a saúde, e de forma mediata, a vida. Impõe-se, portanto, a análise do contato de plano de saúde sob a ótica da boa-fé objetiva.

O enfoque sob a ótica hermenêutica da boa-fé deve ter como norte a finalidade precípua do contrato, que é a proteção da saúde do usuário contra os eventos consagrados com doenças de acordo com a Classificação Internacional de Doenças (além de outros eventos cobertos por convenção das partes). Assim, o operador do direito deve repelir as condições e cláusulas que impeçam ou restrinjam de forma exagerada e/ou desmotivada o acesso aos serviços fornecidos.

Ao impor deveres aos contratantes, não é levada em conta a vontade dos contratantes em específico, mormente se for considerado que uma das partes sempre será mais forte que a outra. Assim, a boa-fé impõe que as partes, antes mesmo de celebrar o contrato propriamente dito, devem obedecer a certos deveres.

Para analisar a incidência dessas imposições da boa-fé objetiva no contrato de plano de saúde, após apresentada a evolução do direito à saúde e do próprio contrato, apresentou-se características importantes para a contraposição com a boa-fé objetiva.

Assim, percebeu-se tratar de um contrato bilateral e oneroso, por impor às partes obrigações recíprocas e gerar vantagens também a ambas.

A caracterização como contrato aleatório advém da constatação que apenas o usuário possui obrigações certas – o pagamento da mensalidade – enquanto que não se sabe o que a operadora de plano de saúde efetivamente terá que prestar – nem em quantidade e nem mesmo se irá prestar. Mas, assim que aparecer a hipótese de prestar, deve fazê-lo com qualidade compatível.

Se caracterizam por se contato de adesão na medida em que não é facultado ao usuário qualquer alteração substancial no contrato, cabendo-lhe apenas manifestar aceitação ou não.

Já a classificação como cativo de longa duração, terminologia nova na doutrina, decorre da conjunção de três fatores, presentes no contrato de planos de saúde. São contratos de longa duração, possuem objeto de alta relevância e criam uma relação de catividade (desinteresse em sair do contrato) com o consumidor.

Tendo sido fixadas essas premissas, da análise de alguns das controvérsias mais comuns nas relações contratuais envolvendo planos de saúde, foram apontadas soluções fundadas na incidência da boa-fé objetiva.

Outro problema comum foi a imposição de limitações por parte dos planos de saúde, ao fornecer cobertura a certos procedimentos, mas não fazê-lo com atividades essenciais ao evento coberto, além de impor limitações temporais e quantitativas de cobertura. Mais uma vez verificou-se a ilicitude dessa prática sob a ótica de descumprimento ao dever de cooperação, no intuito de proteção às expectativas geradas. Também se constatou que a vedação ao *venire contra factum proprium* incide sobre a situação posta, tendo em vista que a limitação à cobertura se mostra em contradição à aceitação da cobertura, uma vez que se está diante de um contrato aleatório.

Problema correlato, mas de cunho mais egoístico foi análise da restrição de cobertura em razão de altos custos do tratamento. Além da ilicitude diante da desobediência ao dever de cooperação e da vedação *venire contra factum proprium*, a função interpretativa impõe seja custeado o tratamento, posto que o objetivo do contrato é, ocorrido o evento coberto, seja dado o tratamento que melhor resultados trouxer ao usuário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional do Brasil. In: NETO, Cláudio Pereira de Sousa; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto, apud, JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. As cláusulas gerais no novo código civil. São Paulo: Saraiva. 2004.

BOEHMER, Gustav. Apud SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

CASSETTARI, Christiano. A Nova Teoria Geral dos Contratos. Revista EPD (Escola Paulista de Direito), São Paulo, v. 1, n. 1. GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense. 2004..

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT. 2011

MARTINS COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção”** – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, in Revista dos Tribunais, Ano 87, v. 753, julho de 1998

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Notas iniciais à leitura do novo Código Civil**, In ARRUDA ALVIM; THEREZA ALVIM (coord.). Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005. V.1.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de direito civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. Vol.3.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

_____. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

REALE, Miguel. **Estudos Preliminares do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ROPPO, Enzo. O contrato. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almeida. 1988.

ROSENVOLD, Nelson, **Dignidade da pessoa humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAMPAIO, Aurisvaldo, **Contratos de plano de saúde**: regime jurídico, proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde**: saúde e contrato na contemporaneidade. São Paulo: Renovar, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31a. edição ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva** : uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2. ed. Salvador : JusPodivm, 2010.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. As cláusulas gerais no novo código civil. São Paulo: Saraiva. 2004.