

O ILÍCITO CONSUMERISTA E A POSSIBILIDADE DO DEFERIMENTO DO DANO MORAL NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

THE CONSUMERIST ILLICIT AND THE MORAL DAMAGES IN CONTRACTS OF HEALTH PLANS

PASQUALINO LAMORTE¹

LEONARDO SANCHES FERREIRA²

RESUMO

O presente artigo aborda o ilícito consumerista e a efetiva possibilidade da aplicação do deferimento judicial do pedido de dano moral, na violação dos direitos do consumidor nos contratos de adesão de prestação de serviços de saúde. Demonstrando que, na Contemporaneidade, o contrato possui viés socialmente funcionalizado, aborda aspectos dos direitos essenciais dos consumidores e da política nacional das relações de consumo, passando ao marco teórico conceitual dos contratos de adesão e dos danos morais, o que revela a importância da responsabilidade social dos contratos firmados. Finalmente, adentra ao tema proposto, analisando julgados do Superior Tribunal de Justiça que apreciam a especial ilicitude em comento. Adotou-se a metodologia da revisão bibliográfica e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor; Contrato de Adesão; Dano Moral; Plano de Saúde; Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT:

This article addresses the illicit consumerist and the effective possibility of applying judicial approval of the request for moral damages, in violation of consumer rights in the subscription agreements for the provision of health services. Demonstrating that, in Contemporary, the contract has bias socially functionalized, covers aspects of basic rights of consumers and the national politics of consumer relations passing theoretical and conceptual framework of adhesion contracts and moral damages, which reveals the importance of social responsibility contracts. Finally, the proposed theme enters, analyzing judged the Superior Court to appreciate the wrongfulness in special comment. We adopted the methodology of literature review and case.

¹ Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Membro do Grupo de Pesquisa “Direito Empresarial e Cidadania no Século XXI”, liderado pela Prof^a Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, registrado no CNPQ. Advogado. Professor da PUC/PR.

² Membro do Grupo de Pesquisa “Direito Empresarial e Cidadania no Século XXI”, liderado pela Prof^a Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, registrado no CNPQ.

KEYWORDS: Consumer Law; Subscription Contract; Moral injury; Health Plan; Decisions by the Superior Court.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Apontamentos sobre o contratualismo contemporâneo; 3 Política Nacional, Direitos Básicos e os Contratos no Código de Defesa e Proteção do Consumidor; 3.1 As relações consumeristas e os contrato de adesão; 4 Dano moral e os direitos da personalidade à luz do conceito contemporâneo de patrimônio; 5 O ilícito consumerista e o dano moral nos contratos de planos de saúde; 5.1 O dano moral dos contratos de planos de saúde na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; 6 Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O pressuposto deste artigo consiste na demonstração da importância do dano moral e função social dos contratos nos negócios jurídicos realizados entre as empresas de plano de saúde e a sociedade em geral, mediante os contratos em massa.

A partir de uma análise histórica da construção do conceito dos contratos de consumo, busca-se evidenciar a importância de haver uma preocupação com o equilíbrio contratual nestes tipos de negócio jurídico, tendo como finalidade a justiça social.

A realidade das pessoas jurídicas vem sofrendo uma grande mudança, visto que, a partir do século XX, o caráter individual cedeu lugar a uma visão mais coletiva, o que resultou em uma mudança de perspectiva, pois se deixou de ter uma preocupação somente individual e se passa a ter um olhar social.

Logo, o contrato deixa de ter uma finalidade eminentemente econômica e passa a vislumbrar uma atividade com caráter social e a elaboração de contratos que realizem uma justiça social, principalmente nos contratos de consumo, em especial nos contratos de plano de saúde.

O presente artigo analisa o dano moral em caso de inadimplemento na jurisprudência, trazendo assim, casos concretos que demonstram a ocorrência de dano moral nos contratos de plano de saúde.

Adotou-se a metodologia de revisão bibliográfica e jurisprudencial.

2 APONTAMENTOS SOBRE O CONTRATUALISMO CONTEMPORÂNEO

No modelo liberal, a concepção de contrato dava atendimento aos valores individualistas e egoísticos, confirmando o princípio da igualdade formal (segundo o qual, todos são iguais perante a lei), como bastante garantidor do equilíbrio entre os contratantes;

bem ainda, autorizando a livre atuação da autonomia da vontade, como elemento suficiente para formar obrigações que se tornariam intangivelmente “lei entre as partes”.

As profundas alterações econômicas e sociais que advieram das múltiplas lutas sociais afetaram o governo jurídico das relações privadas, modificando inclusive a hermenêutica constitucional, que migra do individualismo proprietário³, para o solidarismo ético, daí emergindo a devida proteção da dignidade da pessoa humana e a prospecção da função social de todas as figuras jurídicas, convertendo-se no valor fundante de toda a *praxis* normativa, conforme explicita Ana Cecília Parodi (2009, p. 29-30):

O **solidarismo** é um espírito, um princípio de justiça, e não, um simples regramento. Generalismo consistente, que permite, inclusive, o tutelamento das questões genéricas. Ensina Paulo Nalin (2001, p. 125-200) que a dignidade da pessoa humana é um princípio fonte, que influencia, de modo irrevogável, a todas as relações particulares. Essa intervenção estatal na amplitude da vontade das partes decorre, também, do interesse maior da sociedade de que sejam regulados os limites básicos das relações, para que o equilíbrio – material e moral – entre as pessoas, seja preservado, visando ao atingimento do ideário humanista: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, independentemente de preconceitos. Em favor da meta do personalismo ético, aumentando a preocupação com o comportamento solidário, passou a ter maior relevância a denominada **função social**, segundo a qual todo instituto legal ou doutrinário possui um objetivo/conteúdo, ajustado à finalidade constitucional. Assim, um contrato deixa de ser o arcaico mecanismo de troca entre as partes, para significar um instrumento de consolidação socialmente responsável de direitos materiais, o que equivale a dizer que a transação é efetuada sem lesão financeira ou moral para ambas as partes, desequilíbrio que refletiria, inevitavelmente, em toda comunidade. Do personalismo ético emanam novos princípios orientadores das relações privadas, a saber a boa-fé (objetiva) negocial, o equilíbrio das prestações, a transparência, entre outros. Tudo se resume na **solidariedade**, fruto do espírito ético, apregoadado nesta era. Novos princípios? Nem tanto. Mais valorizados e explicitados no ordenamento? Sem dúvida. Reflexo das diretrizes constitucionais da Carga Magna – norma pública –, no cerne da codificação civilista – de ordem privada. A função social dos institutos jurídicos consiste em um mecanismo interpretativo pré e/ou pós-efetividade, em sentido revisional, quer modificando seu conteúdo classicamente conhecido, quer limitando seu campo de atuação. Atinge não penas os instrumentos materializados, mas igualmente os conceitos e abstrações jurídicas.

Nessa senda, a moderna autonomia da vontade faz a travessia para a contemporânea autonomia privada, na dicção de Giovanni Ettore Nanni (2008, p. 168):

³ Expressão consagrada por BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Traducción de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid : Editorial Trotta. 1996.

Sem qualquer dúvida, o princípio da autonomia da vontade é um princípio existente no direito civil, mas que perdeu espaço atualmente para a autonomia privada que possui uma concepção muito mais elaborada, com esteio na teoria do negócio jurídico, entendendo-se esta como o verdadeiro fundamento para a possibilidade de firmarem-se normas jurídicas individuais.

Sintetiza Neimar Batista (2012, p. 30):

Inicialmente predominou o absolutismo das cláusulas contratuais, que tinham no princípio da autonomia da vontade toda a sua base interpretativa, obrigando as partes a tudo o que fora pactuado sem a possibilidade de intervenção estatal, princípio esse decorrente da análise puramente estrutural da norma baseada na interpretação positivista derivada da teoria pura do direito de Hans Kelsen. Esse modelo perdurou até a metade do século XX, quando surgiu uma nova conformação estatal baseada nas Constituições normativas. A segunda metade do século XX, mais precisamente depois da Segunda Guerra Mundial, marcou a transição entre o Estado Legislativo de Direito e o Estado Constitucional de Direito. O progresso trouxe influências sociais e econômicas aos contratos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, que tiveram de se adaptar às novas regras interpretativas, iniciando com a flexibilização das relações contratuais que envolvem partes economicamente vulneráveis. A adoção de novas teorias interpretativas da legislação, com influências sócio-econômicas e parâmetros axiológicos, mais baseada na função que na estrutura da lei, introduziu alterações na jurisprudência e, conseqüentemente, acabou por implantar legislações específicas que previam a aplicação da boa-fé, função-social e equidade como parâmetros de validade das previsões contratuais. A teoria funcional do direito, que teve em Norberto Bobbio seu maior defensor, foi relevante na transição do estado repressor para o estado promocional, derivando delas novos parâmetros interpretativos dos negócios jurídicos. Nessa esteira foi promulgada a Constituição Federal de 1988 que é, basicamente em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado social.

No modelo social, os contratos são revisitados, alterando-se não apenas o seu conceito pelo viés teórico, mas de maneira essencialmente prática, na operabilidade negocial, contando com a salutar intervenção estatal. A esse respeito, Claudia Lima Marques (2006, p. 211):

o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de defesa do consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

E na busca pela “redefinição de contratualidade”, César Fiuza (2007, p. 331-332):

o contrato deve ser percebido como ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações dinâmicas de caráter patrimonial, formado pelo encontro de comportamentos típicos socialmente reconhecíveis, levados por duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender suas necessidades e seus desejos, orientados pela preocupação fundamental de promoção da dignidade humana.

Portanto, na contemporaneidade e pontualmente no sistema brasileiro, vigem o dever ético e o valor da fraternidade como funcionalizadores de toda relação jurídica, autorizando a interferência estatal para a consecução e preservação do interesse social.

3 POLÍTICA NACIONAL, DIREITOS BÁSICOS E OS CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Em 1988, Constituição Federal contemplou, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão da tutela e proteção dos direitos do consumidor, em seu artigo 5º, inciso XXXII: “O Estado promoverá, na forma da Lei, a defesa do consumidor”. E na sequência, em 1990, por obediência ao artigo 48 das Disposições Constitucionais Transitórias, promulgou o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, insito na Lei 8078, de 11 de setembro de 1990.

Desde então, o consumidor e o fornecedor ganham uma personalidade jurídica expressiva e específica.

Sob uma ótica econômica, José Geraldo Brito Filomeno (1987, p.12) afirma que consumidor “é todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens”. Othon Sidou (1977, p. 2) oferece uma perspectiva jurídica:

Consumidor é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação de vontade; isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir.

Por sua vez, Antonio Herman Benjamin (1988, p. 14):

Consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais.

E ainda, por inteligência do artigo 2º do Código de Defesa e Proteção do Consumidor - CDC, o consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, equiparando-se a ele as vítimas do fato lesivo⁴.

De acordo com o artigo 3º da Lei 8.078/90, 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.

João Batista de Almeida (2003, p. 14) conceitua:

Fornecedor é rodo aquele que fornece produtos, praticando uma das seguintes atividades: produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização.

Antes do advento desse diploma, o consumidor restava desamparado, em meio a economia de massa e o poderiO econômico. E justamente um dos méritos mais relevantes da Lei 8.078/90 foi o estabelecimento das linhas gerais e específicas (conquanto não exaustivas), de uma Política Nacional das Relações de Consumo:

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: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. 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

⁴ Conforme parágrafo único, do artigo 2º, do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

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; **IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;** V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços (...); VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo (...) VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo. (g.n.)

E assim, desde o *caput* salientam-se as premissas da **cidadania consumerista**, com especial destaque para o atendimento das necessidades dos consumidores e a proteção de sua dignidade, saúde, segurança, interesses econômicos e melhoria da qualidade de vida.

Nos artigos 6º e 7º, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor contempla os direitos básicos do consumidor.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos (...); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

E registrar o artigo 7º que:

Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

De per si o artigo 7º, CDC, elimina quaisquer questionamentos sobre a prevalência das leis e aplicabilidade sistêmica no âmbito da proteção dos contratos consumeristas. A esse respeito, Ana Cecília Parodi (2009, p. 17):

Dado que não há referências legais, descabe falar da revogação do Código de Defesa do Consumidor e fato é que ambos os códigos coexistem, podendo causar alguns conflitos pontuais, relativo à escorreita aplicabilidade da norma, bem como algumas dúvidas interpretativas – a exemplo da tutela da oferta, promovida pelo artigo 429, Código Civil de 2002, e 30 e 35, Código de Defesa do Consumidor. Incongruências estas, definidas por Sauphanor (2000, p. 31) como antinomias, ou “incompatibilidade entre as diretivas relativas ao mesmo objeto”, perante a abstenção da coerência, em livre tradução do original francês. A proposta de Erik Jayme (1995, p. 259) é a coordenação flexível e útil de ambas as fontes, um solucionamento de diálogo – *dialogue de sources* –, como mecanismo próprio da Pós-Modernidade apregoada pelo autor, tempo este que é marcado pela comunicação e pela superação de conflitos, pela coexistência pacífica, em busca de unidade e aproveitamento da boa porção que cada sistema tem a oferecer, em sua justa medida. Em livre tradução⁵: ‘desde que se pensa a comunicação, em direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato de que a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os Direitos do Homem, as Constituições, as Convenções Internacionais, os Sistemas Nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas “falam” uma a outra. Os juízes são obrigados a coordenar essas fontes, escutando o que elas dizem’.

Heloísa Carpena (2004, p. 29-48) opta pelo critério da flexibilidade e da utilidade, propondo como campo de aplicação do Código de Defesa e Proteção do Consumidor a partir da “ideia de vulnerabilidade, que é o cerne do conceito de consumidor, e princípio que orienta seguramente a interpretação da expressão destinatário final”.

Enquanto a hipossuficiência do consumidor é característica que precisa ser perscrutada casuisticamente na sede processual, a vulnerabilidade é qualidade intrínseca do agente, reconhecida de plano, vinculando-se apenas ao enquadramento jurídico da pessoa como consumidora. De acordo com Claudia Lima Marques (2006, p.320):

Vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação.

Segundo Bruno Miragem (2008, p. 62):

Associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou,

⁵ No original: “Dès lors que l’on évoque la communication en droit international prive, le phénomène le plus important est le fait que la solution de lois émerge comme résultant d’un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droit[es] de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent”. Cf. PARODI, Op. Cit.

ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica.

Compreendido que a Lei 8.078/1990 é, essencialmente, um microsistema, que especializa a proteção do consumidor e dialoga com todo o sistema jurídico, no aspecto contratual, foram trazidos para o bojo da lei, além de instrumentos eficazes em favor do consumidor no tocante a responsabilidade objetiva do fornecedor e a possibilidade de inversão do ônus da prova carreada para o fornecedor, princípios de direito contratual que a doutrina tradicional já adotava há muito, na exegese de proteção do contratante mais fraco.

A inversão do ônus da prova caracteriza-se como uma grande conquista para o consumidor.

As grandes inovações trazidas pelo *codex* consumerista afetam ao campo processual, na criação de novos mecanismos de defesa do consumidor, do hipossuficiente e no tocante a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, que aqui interessa em particular.

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor tem a função de reequilibrar as partes e atenuar a desigualdade das partes nos contratos, presente de forma inerente em relações contratuais estabelecidas entre partes economicamente desiguais. Conforme Gabriel Saad (2006, p. 31):

Na busca do lucro, o que é perfeitamente admissível em nosso regime sócio-político, o empresário tem, nos valores sociais do trabalho, um dos seus limites. Continua ele: Nessa ordem de pensamento, não deixa de ser legítima a conduta do Estado que, por meio de lei, procura coibir eventuais abusos desses empresários (neste código, chamado de “fornecedores”) em dano dos interesses desses consumidores que, na população do país, têm peso maior que o dos trabalhadores. Só nos resta concluir que o CDC é compatível com o artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal.

Eis estampada a forte relevância do Código do Consumidor para restaurar o equilíbrio entre atores econômicos desiguais, legando à empresa uma necessária visão valorativa-social dos bens que coloca em circulação, e dos meios como presta serviços.

3.1 AS RELAÇÕES CONSUMERISTAS E OS CONTRATO DE ADESÃO

Conforme Anderson Passos dos Santos (2013)⁶, partes e polos contratuais não se confundem:

A doutrina tradicional define o Contrato como um tipo de negócio jurídico que pressupõe a participação de, no mínimo, duas partes. [...] *A priori* é importante distinguir *Parte de Pessoa*. A *parte* se caracteriza por ser um centro de interesses, um pólo de incidência normativa, gerando deveres e obrigações. Já as *pessoas*, são os entes, individualmente considerados, que participam do contrato.

E aduz, Passos dos Santos (2013)⁷, aos dois elementos inerentes ao instrumento – o estrutural e o funcional.

Os Contratos se configuram como o instrumentos criadores, modificadores ou extintores de relações jurídicas obrigacionais. Os contratantes acordam o seu comportamento em relação a determinado objeto em busca de efeitos jurídicos queridos por ambos. Têm como fundamento a vontade humana protegida, que é, pelo ordenamento Estatal. Ante o exposto, pode-se identificar dois elementos fundamentais nos contratos, quais sejam: a) *Estrutural* – a alteridade: o contrato só é concebido na fusão de duas ou mais vontades contrapostas, ou seja, é negócio jurídico bilateral. (Obs. quando falamos de bilateralidade nos referimos aos contratos que possuem duas partes. O que a doutrina chama de contrato unilateral, seria na realidade **contrato bilateral com carga obrigacional unilateral**, tal que em todo contrato sempre haverá, no mínimo, duas partes, não obstante, os efeitos obrigacionais estarem a cargo de apenas uma delas). b) *Funcional* – a composição de interesses contrapostos, mas harmonizáveis, constituindo, modificando e extinguindo direitos e obrigações de caráter econômico². É a função social e econômica do contrato, que deste modo representa o elemento legítimo para garantir as relações negociais entre os indivíduos. Se A quer vender algo, e B quer comprar, realizar-se-á contrato de compra e venda, se se quer disponibilizar um bem a outrem, mediante ulterior dever de restituir, far-se-á contrato de empréstimo. Deste modo, o contrato é o instrumento eficaz para a concretização dos interesses patrimoniais dos contratantes³, compondo interesses não coincidentes.

Heloísa Carpena (2004, p. 29-48) explica que o fornecedor e o consumidor formam, ambos, os elos mais relevantes da cadeia produtiva, da qual depende todo o sistema econômico mundial, sendo que, dentre os dois, o consumidor certamente ocupa a posição de

⁶ PASSOS, Anderson Santos dos. Problema e teoria dos contratos de adesão. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4012>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

⁷ PASSOS, Anderson Santos dos. Idem.

maior relevância, porque em sua ausência, não haveria escoamento dos produtos e cessaria a prestação de serviços. Mas essa força econômica não ilide sua vulnerabilidade.

A propósito da materialização das relações consumeristas, tratando dos contratos de adesão, assim dispõe o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, em seu artigo 54:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidos unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Enquanto a liberdade de contratar pressupõe a livre manifestação da efetiva vontade de todas as partes envolvidas, o contrato de adesão é marcado pela “força”, pela supremacia jurídica da parte dominante (o Fornecedor) sobre a parte vulnerável (o Consumidor), a quem é imposto uma “carta de dispositivos” pré-arranjados, sem a possibilidade de negociação bilateral das cláusulas, comportando, no máximo, algumas adequações pontuais. Conforme Josimar Santos Rosa (1994, p. 31):

Perante o contrato de adesão, o processo manipulador tem sido uma constante, fazendo-se por requerer até a intervenção do Estado para conter os abusos. Por meio das decisões, o Poder Judiciário vem prestando considerável contribuição, contando com competentes decisões que visam controlar a prática abusiva no contrato de adesão, meio supressor para a indefinição normativa.

Enquanto o contrato tradicional é fruto dos tempos modernos e tem como marca essencial sua intangibilidade em razão da autonomia privada, o contrato na modalidade “por adesão”, em que pese não ser um tipo de instrumento necessariamente novo, contudo certamente guarda profunda intimidade e dá atendimento às imposições da globalização econômica.

Eis a lição de Arruda Alvim (2001, p. 37):

Marcados [...] pela identidade ou pela similaridade, do que delas deve resultar, pois os textos em que estão estampados destinam-se a inúmeras contratações; são tais contratos feitos para acudir a grandes quantidades de contratações com a mesma qualidade medular, isto é, com os mesmos elementos contratuais e com efeitos similares ou idênticos, tais como intencionalmente queridos por aquele que elabora o contrato padrão ou modelo.

Todas as cláusulas já estão predispostas por uma das partes. E teoricamente, o Consumidor teria a prerrogativa de se recusar a negociar, contudo, nem sempre existe essa viabilidade, pela dominância econômica do Fornecedor em seu respectivo ramo de atuação, limitando ainda mais a esfera de atuação volitiva do Consumidor, que se vê compelido a contratar, a exemplo dos contratos bancários, dos serviços públicos delegados, de espetáculos públicos, dentre outros (2004, p. 29-48).

Ainda que a modalidade “por adesão” seja de per si um ótimo facilitador do cotidiano das transações comerciais contemporâneas, essa contratação tem dado margem para o cometimento de múltiplos abusos clausulados, impostos sobre os consumidores, que são vulneráveis por qualidade intrínseca, como já foi dito.

A celeridade da contratação pressupõe, para o atendimento de seus objetivos, um contrato já pronto, pensado de forma a se aplicar ao máximo de pessoas possível, sem considerar as características e/ou necessidades pontuais de cada processo negocial, razão que majora a impendência da intervenção do Estado visando à pacificação das relações e a conferir efetividade para a justiça social e para a função social do contrato, protegendo o consumidor em uma sociedade estruturada nos moldes consumistas.

4 DANO MORAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE À LUZ DO CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE PATRIMÔNIO

Dentre outras prescrições constitucionais que protegem os direitos da personalidade, o inciso X do art. 5º da Constituição da República faz referência a direitos especiais como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Personalidade não é apenas um direito; é, antes um valor intrínseco, como descreve Pietro Perlingieri (2007, p. 155): “está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.”

Desde que a própria Constituição Federal previu o tutelamento dos direitos consumeristas, cujo microssistema, por sua vez, estipulou como direito básico do consumidor a efetiva reparação e prevenção dos danos materiais e morais, pouco se deveria, em teoria, debater sobre a sua viabilidade jurisprudencial.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Contudo, o panorama ainda demonstra uma desvalorização desse instituto.

Mas o dano moral está associado, diretamente, com a preservação dos direitos da personalidade.

A noção de dano moral como lesão a direito da personalidade é difundida por grande parte da doutrina. O Professor Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 74) descreve-o como uma noção de lesão: “o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.”

Portanto, o dano moral está relacionado à violação de uma classe especial de direitos: os direitos da personalidade ou personalíssimos.

Sobre alguns direitos da personalidade que podem receber o direito de reparação, descreve Caio Mário da Silva Pereira (2000, p. 65):

Aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente de *numerus clausus*, ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de *construction*.

Carlos Alberto Bittar (2010, p. 41) ensina que:

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).

É mister ressaltar que é deveras ultrapassado considerar o dano moral como de natureza “extrapatrimonial”, porque o próprio conceito de patrimônio foi revisitado pela Contemporaneidade.

Estes antiquados paradigmas patrimoniais economicistas já não servem para abarcar a totalidade das patrimoniais existentes, colocando em debate a validade do conceito arcaico de patrimônio, e ensejando a sua necessária releitura, revisitando, via de consequência, a

categorização dos danos civis, conforme os autores da teoria em comento, Carlyle Popp e Ana Cecília Parodi (2009, p. 127)⁸:

[...] reconhece a doutrina que é tempo de transformação do paradigma, resgatando, a todo o discurso jurídico, a visão antropocêntrica individual e coletiva, traduzida nos princípios basilares “dignidade da pessoa humana” e “promoção do bem comum”, constitucionalizando, assim, as normas de Direito Privado, impondo limitação ao uso abuso da livre autonomia da vontade e tratando o discurso jurídico sem dicotomias extremadas, dialogando entre as esferas. Movimentos teóricos buscam essa reforma axiológica, com destaque para os denominados de repersonalização e despatrimonialização. E os paradigmas contemporâneos levam ao reconhecimento de novas categorias patrimoniais intrinsecamente dissociadas da apreciação econômica, seja por natureza, seja por necessidade de preservação. Considerando que os bens imateriais da pessoa humana são tão ou mais importantes do que as suas propriedades materiais, visto serem constitutos de sua personalidade, e que a repersonalização do Direito é fenômeno irrefreável, tendo a constitucionalização como caminho axiológico, então, certamente, é tempo de alargar as tendas dos significados investigados, passando a compreender o patrimônio como o conjunto das titularidades do Homem, independente de possível apreciação econômica, prestando-se a mesma reforma à categorização dos danos civis – todos de gênero patrimonial, subdivididos em espécie econômica e moral. Nesta ordem, reconhecer que os direitos da personalidade integram o patrimônio imaterial de cada sujeito de direito é forma também de valorizar a dignidade da pessoa humana e tornar mais ampla a dicção do caput do artigo 170 da Constituição Federal, pois garantir a todos uma existência digna passa a significar, ainda, que a atividade econômica deve manter proteção forte e eficaz aos direitos da personalidade. [...] Nesta esteira, **patrimônio imaterial** deixa de abranger somente marca comercial ou o crédito, assumindo uma concepção ampla, típica da categoria gênero e de magnitude excedente à apreciação econômica do bem ou direito em tela, e, logicamente, a ser especializado pelo campo do conhecimento analisado, desumindo-se, aprioristicamente, que o patrimônio imaterial da pessoa humana diverge do patrimônio imaterial da empresa ou do Estado.

Desume-se que o mais adequado é prospectar não a “despatrimonialização”, mas o afastamento da economicização das relações jurídicas. Pelo mesmo viés, é inadequada da categorização dos danos civis em “patrimoniais” e “morais”; o tutelamento do dano patrimonial é gênero (tanto para pessoas físicas, quanto jurídicas), do qual os danos econômicos e morais são espécies.

5 O ILÍCITO CONSUMERISTA E O DANO MORAL NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

⁸ Saliente-se que o artigo citado é uma adaptação do artigo publicado no Conpedi-Brasília, e mereceu menção honrosa no I Concurso de Artigos Científicos Conpedi-Banco do Brasil, em 2008.

Como visto, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor, sendo uma lei protetiva, em linhas gerais, abarca e, portanto, não conflitua com os postulados básicos do direito contratual e do direito privado.

Ilustrativamente, considera nula cláusula contratual incompatível com a boa-fé ou com a equidade, conforme inteligência do artigo 51, CDC, estabelece um elenco de causas abusivas da contratação, dentre elas:

SEÇÃO II - Das Cláusulas Abusivas - Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; [...] XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; [...]

De maneira virtuosa, o preceito também estipula limites para a manifestação da vontade, mesmo em sede dos contratos de adesão, formando de per si possibilidades de questionamento judicial, passíveis de risco – para o Fornecedor – de condenação em danos morais, conforme a repercussão e a extensão das ilicitudes:

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Inclusive em nome da função social do contrato, existe proteção para a essência pactuada, quando não restar eivada de mortificação pela abusividade perpetrada. E reafirma os poderes para que o Ministério Público atue em favor dos consumidores:

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. [...] § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Os contratos de prestação de serviço de saúde (planos de saúde) são regidos por duas leis, em específico.

Por inteligência da Lei 9.961/2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar possui, dentre outras competências, poderes para “art. 4º, inciso VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde”. E ainda: “XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados”; “XVI - estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde”; “XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos”; “XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento”; “XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde”.

A Câmara de Saúde Suplementar é integrada por diversos membros, dentre eles: “VI - por dois representantes de entidades a seguir indicadas: a) de defesa do consumidor; b) de associações de consumidores de planos privados de assistência à saúde”.

A Lei 9.656/1998 se tornou um divisor de águas na regulação econômica e jurídica dos planos de saúde, pondo fim a uma era de injustos legais, e trazendo a dignidade da pessoa humana do beneficiário e do consumidor, para o cerne dessa tutela jurídica especial.

De acordo o diploma, por definição:

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;

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

Visto no tópico anterior que é direito fundamental do consumidor a efetiva reparação e prevenção das lesões morais e materiais de consumo, sendo-lhe assegurada políticas públicas para essa finalidade, ao se tratar de planos de saúde, a questão é ainda mais sensível, uma vez que está em jogo o bem jurídico de maior relevância: a vida humana. Conforme Luciano Brandão (2013)⁹:

É fato notório que os planos e seguros saúde constantemente negam a seus clientes coberturas aos mais variados procedimentos médico-hospitalares, determinados materiais, tratamentos e medicamentos. Normalmente o fazem de modo genérico, informal, verbalmente, com base em cláusulas contratuais de legalidade duvidosa ou dispositivos normativos de interpretação ambígua. Como resultado, é cada vez maior o número de consumidores que recorrem ao Poder Judiciário com forma de buscar tutelar o que entendem ser de direito e, não raro, acumulam-se as ações com pedidos de indenização por dano moral. Durante muito tempo, os tribunais foram reticentes com a fixação de dano moral nesse tipo de caso. O entendimento que prevaleceu durante muito tempo – e ainda é encontrado em algumas cortes -, é no sentido de que o mero descumprimento contratual não gera, por si só, direito à reparação por danos morais.

E prossegue o mesmo autor (BRANDÃO, 2013)¹⁰:

No caso específico de contratos de planos de saúde, no entanto, além de submeterem-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicabilidade é incontestável diante da edição da Súmula 469, STJ, há que se

⁹ BRANDÃO, Luciano Correia Bueno. O dano moral e os planos de saúde. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3012, 30 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20102>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

¹⁰ BRANDÃO, op.cit.

considerar a natureza dos bens jurídicos discutidos. Com efeito, por trás de ações envolvendo planos de saúde, via de regra há um paciente já debilitado em sua saúde, angustiado, e que se vê obrigado a socorrer-se de advogados, defensores públicos e juizados especiais, como forma de tutelar direitos que, na grande maioria das vezes, são legítimos. Diante disso, tem-se verificado recentemente uma tendência dos tribunais – e especialmente das cortes superiores –, no sentido de reconhecer que as negativas indevidas e injustificadas de coberturas a procedimentos e tratamentos vai além da esfera de simples descumprimento contratual ou mero dissabor, ensejando a ocorrência de danos de ordem moral.

Passa-se, agora, no próximo tópico, à análise pontual do tratamento do tema no Superior Tribunal de Justiça.

5.1 O DANO MORAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Retomando as lições de Luciano Brandão (2013)¹¹, o Superior Tribunal de Justiça tem consolidado o entendimento de que o próprio sofrimento impingido ao consumidor, pela própria doença e pela recusa de cobertura materializam o dano moral inerente à má prestação do serviço por parte dos planos de saúde:

No Superior Tribunal de Justiça, a tese de que a negativa indevida e injustificada de cobertura a tratamentos e procedimentos enseja dano moral vem se tornando consistente. A ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do STJ já entendeu que "*maior tormento que a dor da doença é o martírio de ser privado de sua cura*". No mesmo sentido, a 4ª Turma do STJ recentemente entendeu que "*a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia do espírito*". Diante desse novo posicionamento que vem se solidificando nas cortes superiores, também os tribunais de segunda instância têm começado a reconhecer, com maior frequência, a incidência de dano moral nos casos relacionados à negativa de coberturas. Trata-se de um passo significativo no sentido de impor – ainda que indiretamente –, que os planos de saúde preocupem-se em não negar coberturas de forma aleatória, genérica e indiscriminada.

Percebe-se que, apesar de alguns julgados contrários à incidência de dano moral em caso de atraso no cumprimento contratual, há uma tendência no sentido de aplicação deste dano moral em caso de mora ou retardamento no cumprimento de obrigações derivadas de contratos de plano de saúde.

¹¹ BRANDÃO, op.cit.

Nos planos de saúde, tem sido reconhecido o dano moral de recusa, por parte das empresas contratadas, de cobertura de tratamento médico ou de internação hospitalar.

Conforme análise de decisões jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça verifica-se que, as empresas de Planos de Saúde que recusam o tratamento médico injustificadamente são sujeitas à indenização por dano moral em virtude de tal recusa, conforme poderá ser comprovado pelo tópico abaixo.

A jurisprudência tem reconhecido o dano moral em casos de plano de saúde através de inadimplemento contratual.

O plano de saúde que se recusa de proceder à internação de associado em UTI, injustificadamente descumpre o contrato entabulado entre partes, gerando assim um dano moral indenizável.

PLANO DE SAÚDE, RECUSA INJUSTIFICADA DE PROCEDER INTERNAÇÃO EM UTI. COMA. DESCUMPRIMENTO DE NORMA CONTRATUAL A GERAL DANO MORAL INDENIZÁVEL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. A recusa injustificada para a internação de associado de Plano de Saúde, em estado de coma, configura abuso de direito e descumprimento de norma contratual, capaz de gerar dano moral indenizável. A angústia experimentada pelo esposo e filhos da paciente, em face do medo de óbito, o temor em não conseguir obter o numerário às despesas de sua internação, acarretando a venda de bem imóvel familiar, caracterizam situações que vão além de mero aborrecimento e desconforto¹².

Quanto aos contratos de planos de saúde, tem-se reconhecido o dano moral em casos de recusa, por parte das empresas que contratam os contratos de tratamento médico ou de internação hospitalar. Assim, é nesse sentido a decisão de Sergio Cavalieri Filho¹³:

A recusa injustificada de internação dá motivo à indenização por dano moral, arbitrada de forma a refletir a aplicação sensata, justa e equilibrada das regras jurídicas, capaz de compensar a angústia, a aflição e o risco de vida daí decorrentes, além de representar a justa punição, de caráter pedagógico e prevenção geral.

No mesmo sentido¹⁴:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DO CDC. PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE “STENTS” DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS. - Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento

¹² REsp 907.655/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 09/12/2010.

¹³ TJRJ, Apelação Cível nº. 2003.001.24751, 2ª. Câmara Cível. Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho.

¹⁴ REsp 986947/ RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 26.03.2008.

não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. - A quantia de R\$5.000,00, considerando os contornos específicos do litígio, em que se discute a ilegalidade da recusa de cobrir o valor de “stents” utilizados em angioplastia, não compensam de forma adequada os danos morais. Condenação majorada. Recurso especial não conhecido e recurso especial adesivo conhecido e provido.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o de permitir a reparação moral quando decorre da própria situação de abalo psicológico em que se encontra o doente ao ter negada injustamente a cobertura do plano de saúde que contratou¹⁵.

Conforme poderá ser comprovado pelas decisões colacionadas, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o de permitir a reparação moral quando, os danos não decorrem de simples inadimplemento contratual, mas da própria situação, em geral vexatória, criada pela conduta de determinadas empresas de plano de saúde, conforme verifica-se na presente decisão:

AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INDEVIDA NA COBERTURA DE CIRURGIAS. O reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, de circunstâncias que excedem o mero descumprimento contratual torna indevida a reparação moral. Recurso Especial não conhecido¹⁶.

Para boa parte das decisões do Superior Tribunal de Justiça, a recusa injustificada de Plano de Saúde para cobertura de procedimento médico é capaz de gerar dano moral indenizável. Assim, é o presente julgado:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INJUSTIFICADA DE COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO. DESCUMPRIMENTO DE NORMA CONTRATUAL A GERAR DANO MORAL INDENIZÁVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DA NÃO APROVAÇÃO DO MEDICAMENTO PELA ANVISA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1 A recusa injustificada de Plano de Saúde para cobertura de procedimento médico e associado, configura abuso de direito e descumprimento de norma contratual, capazes de gerar dano moral indenizável. Precedentes.

2 As cláusulas restritivas ao direito do consumidor devem ser interpretadas de forma mais benéfica a este, não sendo razoável a seguradora se recusar a prestar a cobertura solicitada.

3 Agravo regimental não provido¹⁷.

¹⁶ REsp 714.947/S, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA. Quarta Turma, DJ 29.05.2006.

¹⁷ AgRg no REsp 1253696/SP, 2011/0108765-4. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, T4 – Quarta Turma. Julgamento: 18/08/2011. Dje 24/08/2011.

Quando o inadimplemento contratual ensejar uma aflição psicológica ou alguma ofensa anormal à personalidade, verifica-se que a maioria das decisões do Superior Tribunal de Justiça entende ocorrer dano moral indenizável em favor do contratante consumidor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dignidade da pessoa humana é valor fundamental, a ser preservado em toda e qualquer relação jurídica, em nome do solidarismo ético constitucional.

Com o estabelecimento moderno de uma sociedade de consumo, e, posteriormente, na contemporaneidade, com a globalização criou a necessidade do tutelamento de novas espécies de contratação, a exemplo dos contratos de adesão, modalidade em que as cláusulas negociais estão previamente estabelecidas, permitindo pouca ou nenhuma interferência do aspecto modificativo do exercício da vontade do consumidor.

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor dispôs sobre garantias importantes para o ator econômico mais importante da cadeia produtiva, dentre elas assegurando o direito à plena reparação e à efetiva prevenção dos riscos e das lesões consumeristas.

Contemporaneamente, a lesão moral é reputada também como espécie do gênero patrimonial, porque em risco estão aspectos inclusive de seu patrimônio imaterial, dentre eles, o bem da vida.

De nada serviria, no entanto, haver leis salutares, se as mesmas não encontrarem eco de efetividade na atuação do Poder Judiciário. Desta sorte, é imperiosa a consolidação da jurisprudência nos tribunais superiores, em favor do deferimento do dano moral em face do descumprimento contratual e da má prestação dos serviços de planos de saúde.

A sociedade de hoje é imediatista e consumista. Os bens e serviços são adquiridos para serem prontamente utilizados e consumidos. Por isso, deve-se perceber a tendência em nosso sistema jurídico em atender às necessidades do consumido em especial nos contratos de planos de saúde, conforme bem descrito nas decisões analisadas no presente artigo.

Para que um determinado contrato de adesão de planos de saúde, oriundo de uma relação entre fornecedor e consumidor, ou de uma determinada empresa, seja declarado como socialmente responsável, deverá este ter conhecimento do seu papel na sociedade.

Desta forma, emerge a necessidade de o ordenamento jurídico acompanhar esta realidade social e buscar, por meio de seus operadores e institutos, resolver os conflitos derivados das relações consumeristas, não se esquecendo de sua finalidade: a promoção da paz social e do bem coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Batista de. **A proteção Jurídica do Consumidor**. 4ª ed. rev e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 20, p. 24-69, 2001.

BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Traducción de Jesús Ernesto Garcia Rodriguez. Madrid : Editorial Trotta. 1996.

BATISTA, Neimar, POPP, Carlyle. **O Abuso de Direito nos Contratos de Distribuição empresarial e suas Repercussões Jurídicas**. Dissertação apresentada perante o Programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito. Centro Universitário Curitiba. 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman V. **O conceito jurídico de consumidor**. RT, 628:78, São Paulo, fev. 1988.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo – Forense Universitária. 7ª ed. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 07 mar. 2013.

_____. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 mar. 2013.

_____. Lei Federal 8.078 de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 07 mar. 2013.

CARPENA, Heloísa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v.19, ano 5, p. 29-48, jul/set/2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo – Atlas. 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curadoria de Proteção ao Consumidor** – Cadernos Informativos, São Paulo, edições APMP, 1987.

FIUZA, César. Por uma Redefinição de Contratualidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades II : da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução do direito civil obrigacional: A concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada**. in Cadernos de Direito Civil Constitucional. Renan Lotufo (coord.). 1ª ed. (2001) 8ª reimpressão. Curitiba. Juruá, 2008.

PARODI, Ana Cecília de Paula Soares; POPP, Carlyle; BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Função profilática da responsabilização civil consumerista e desenvolvimento sustentável**. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

PASSOS, Anderson Santos dos. Problema e teoria dos contratos de adesão. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4012>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3ª ed. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

ROSA, Josimar Santos. **Contrato de Adesão**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

SAAD, Eduardo Gabriel, SAAD, José Eduardo e SAAD, Ana Maria C. Branco. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor e sua jurisprudência anotada: Lei n. 8.078/90**. 6ª ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2006.

SIDHOU, Othon. **Proteção ao Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

TJRJ, Apelação Cível nº. 2003.001.24751, 2ª. Câmara Cível. Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho.

REsp 986947/ RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 26.03.2008.

REsp 714.947/S, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA. Quarta Turma, DJ 29.05.2006.

REsp 907.655/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 09/12/2010.

AgRg no REsp 1253696/SP, 2011/0108765-4. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, T4 – Quarta Turma. Julgamento: 18/08/2011. Dje 24/08/2011.