



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Direito

VINICIUS SILVA CONCEIÇÃO

**SEGURO-SAÚDE E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO:
ANÁLISE SOBRE A LEGALIDADE DA CLÁUSULA DE COPARTICIPAÇÃO**

**Brasília
2017**

VINICIUS SILVA CONCEIÇÃO

**SEGURO-SAÚDE E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO:
ANÁLISE SOBRE A LEGALIDADE DA CLÁUSULA DE COPARTICPAÇÃO**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Paulo Henrique Franco Palhares.

**Brasília
2017**

VINICIUS SILVA CONCEIÇÃO

**SEGURO-SAÚDE E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO:
ANÁLISE SOBRE A LEGALIDADE DA CLÁUSULA DE COPARTICPAÇÃO**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Paulo Henrique Franco Palhares.

Brasília, julho de 2017.

Banca Examinadora

Paulo Henrique Franco Palhares

Orientador

Lucineia Possar

Examinadora

Luis Annes

Examinador

RESUMO

A cláusula de coparticipação presente nos principais contratos de seguro-saúde do Brasil e que impõem ao segurado portador de transtornos mentais o custeio de 50% do valor do tratamento psiquiátrico após o 30º dia de internação é alvo de críticas e, por não raras vezes, objeto de ações judiciais que questionam sua legalidade. A partir da análise dos elementos ontológicos inerentes ao contrato securitário, bem como dos diferentes interesses de ordem pública e direitos coletivos envolvidos na celebração de contrato privado que tenha saúde como objeto, o trabalho buscou debater a validade da cláusula de coparticipação à luz da constitucionalização do direito privado e da função social do contrato, os quais impõem, além da garantia do direito à saúde, a proteção à livre iniciativa. A partir da análise jurisprudencial dos julgados exarados pelo STJ e TJDFT, o trabalho objetivou debruçar-se sobre os fundamentos jurídicos adotados pelos órgãos julgadores, os quais, ora declaram a abusividade da taxa de coparticipação, ora declaram sua legalidade. A partir das conclusões decorrentes da análise jurídico-formal da legalidade da cláusula de coparticipação e os efeitos práticos das decisões judiciais sobre o tema, o trabalho discutiu a possibilidade de aproveitamento de modelo análogo de política pública já aplicada no ensino superior privado aos setor privado de prestação de serviços de saúde.

Palavras-chave: Seguro-saúde. Função social. Contratos. Cláusula de coparticipação.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	5
2. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE.....	7
2.1 A Ordem Econômica.....	7
<i>2.1.1 Ascensão do liberalismo: proteção absoluta ao direito de propriedade</i>	<i>9</i>
<i>2.1.2 Constitucionalização do direito privado.....</i>	<i>10</i>
<i>2.1.3 Derrocada do liberalismo clássico e a função social do contrato.....</i>	<i>12</i>
<i>2.1.4 Ordem econômica e social no ordenamento jurídico brasileiro.....</i>	<i>15</i>
<i>2.1.4.1 Ordem econômica capitalista adotada pelo diploma constitucional.....</i>	<i>15</i>
<i>2.1.4.2 A perseguição do fim social da atividade econômica.....</i>	<i>17</i>
<i>2.1.4.3 Princípios da atividade econômica e eficácia horizontal dos direitos fundamentais..</i>	<i>18</i>
<i>2.1.4.4 Código Civil de 2002.....</i>	<i>19</i>
3.2. Contrato de seguro.....	21
<i>3.2.1 Elementos do contrato de seguro.....</i>	<i>21</i>
<i>3.2.2 Seguro-saúde.....</i>	<i>25</i>
<i>3.2.3 Cláusula de coparticipação: mitigação do risco moral.....</i>	<i>27</i>
4. DIREITO À SAÚDE E OS PORTADORES DE TRANSTORNOS MENTAIS.....	31
4,1 O Direito à Saúde.....	31
4.2 A Lei 10.216 de 2001.....	32
4.3 A coparticipação aplicada no tratamento dos portadores de transtornos menta.....	36
4.4 Não abusividade da cláusula de coparticipação.....	39
<i>4.4.1 Cláusula de coparticipação na jurisprudência do STJ e TJDFT.....</i>	<i>45</i>
5. SOLUÇÃO POSSÍVEL: COPARTICIPAÇÃO CUSTEADA PELO ESTADO.....	55
5.1. Prouni: contextualização da política pública.....	55
5.2. Possibilidade jurídica de aplicação no setor de saúde suplementar.....	57
6. CONCLUSÃO.....	62
7.REFERÊNCIAS.....	64

1. INTRODUÇÃO

O tratamento médico dispendido aos portadores de transtornos mentais, ao longo dos últimos dois séculos, constitui objeto de inúmeras críticas pelas ciências psicossociais. Seja pelos métodos experimentais adotados pela psiquiatria ao longo dos anos, seja pela exclusão social imposta a tais indivíduos, a situação dos pejorativamente denominados “loucos” é caracterizada pelo preconceito e discriminação.

Após a consolidação do movimento antimanicomial, a inserção social do portador de transtorno mental e o tratamento médico psiquiátrico foram amplamente rediscutidos a partir do início do século XX. No caso específico do Brasil, após a edição da Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, a esses sujeitos foram garantidos direitos mínimos que lhe assegurassem tratamento condigno e em iguais condições aos outros cidadãos.

A despeito da previsão legal que confere proteção e visa garantir tratamento justo e adequado a tais sujeitos, frequentemente o Poder Judiciário é provocado a manifestar-se acerca de suposta abusividade dos seguros de saúde privados na cobertura dos tratamentos psiquiátricos. Afinal, a quase totalidade das apólices ofertadas pelas maiores operadoras de planos de saúde no Brasil não garantem o custeio integral do tratamento médico psiquiátrico dos sujeitos portadores de transtornos mentais. Os instrumentos contratuais em questão preveem o mecanismo de coparticipação, o qual garante ao segurado somente o custeio dos 30 primeiros dias de tratamento psiquiátrico; após o 31º dia, 50% dos custos inerentes à internação psiquiátrica devem ser suportados pelo segurado e os 50% restantes devem ser custeados pela seguradora.

O primeiro capítulo dedicar-se-á ao estudo dos fundamentos normativos constitucionais que garantem a proteção à livre iniciativa, bem como à compreensão do instituto da função social do contrato, a qual limita a vontade dos contratantes a fundamentos de ordem coletiva e erigidos ao texto constitucional. Analisar-se-á ainda os elementos ontológicos do contrato securitário e sua disciplina legal pelo Código Civil de 2002, em especial a conceituação da cláusula de coparticipação.

O segundo capítulo, por sua vez, analisa os preceitos normativos contidos na Constituição Federal de 1988 que garantem o direito à saúde a todos os cidadãos, bem como a legislação especial aplicável aos portadores de transtornos mentais. Ademais, a presente seção irá se dedicar à análise, em espécie, de cláusulas contratuais que prevejam o regime de coparticipação nas apólices ofertadas pelas maiores operadoras do ramo de saúde suplementar no Brasil. Ato contínuo, realizar-se-á análise jurisprudencial de acórdãos que julgaram demandas que tenham tais cláusulas como objeto de revisão e o entendimento do TJDFT e STJ acerca da suposta abusividade da cláusula de coparticipação. Finalmente, a partir das premissas fático-jurídicas abordadas, iniciar-se-á a discussão se as cláusulas contratuais que contenham a previsão de regime de coparticipação constituem disposições abusivas quando analisadas sob a luz da interpretação sistêmica das garantias constitucionais analisadas (proteção à livre iniciativa e direito à saúde) e da defesa do consumidor.

Após as conclusões advindas do estudo sobre a legalidade da cláusula de coparticipação, o terceiro capítulo tem por objeto a análise de modelo de política pública já aplicada no setor educacional e que prevê a participação concorrente dos setores público e privado na ampliação do acesso ao ensino superior. Após a breve análise do modelo adotado pelo Prouni, discutir-se-á a possibilidade jurídica de aplicação de modelo similar no âmbito da saúde suplementar, com o fito de compartilhar gastos entre o ente público e as operadoras de planos de saúde.

2. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE

2.1 A Ordem Econômica

2.1.1 Ascensão do liberalismo: proteção absoluta ao direito de propriedade e liberdade contratual.

O presente capítulo dedicar-se-á ao estudo do desenvolvimento e consolidação do direito de propriedade – o qual compreende a liberdade contratual –, direito este que mantém relação direta com o objeto do presente trabalho e que encontra seu repositório histórico no processo de consolidação social da burguesia.

O fortalecimento da classe mercantil é paulatino, mas ao final do século XVIII, sua influência não está mais adstrita à esfera econômica. O ideário burguês — o qual mais se contrapõe ao *savoir-vivre* dos nobres e mais se aproxima dos trabalhadores, em oposição do que aduzido pelas tradicionais análises marxistas — baliza a estruturação das teorias políticas liberais adotadas pela maior parte dos países europeus do século XVIII e XIX, sejam eles repúblicas ou monarquias constitucionais¹. A Europa, com o *risorgimento* das relações comerciais, vive notória inversão dos polos dominantes da hierarquia social. O foco do presente trabalho não tem como objeto a discussão da velocidade, intensidade, incongruências e interconexões do deslinde deste processo, mas tão somente o seu resultado: a substituição da nobreza pela burguesia no cume da pirâmide social. Este lento processo de fortalecimento é simbolizado por seu episódio apoteótico, qual seja, a Revolução Francesa iniciada em 1789.²

Apesar de o processo revolucionário liderado por Robespierre, Danton e Marat costumeiramente ser interpretado como marco da derrota política do Antigo Regime, é o Código Civil napoleônico, promulgado em 1804, o símbolo da proteção jurídica ao direito de propriedade. Preceitua Luiz Edson Fachin acerca do dispositivo em comento³:

¹ ELIAS, Norbet. *A sociedade de corte: investigação sobre a sociologia da realeza e da aristocracia de corte*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.

² HOBBSAW, Eric J. *A era das revoluções*. 9. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

³ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e propriedade contemporâneas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 17.

“A afirmação máxima do direito de propriedade, nos moldes próximos ao hoje contemplado entre nós, se dá com o *Code Napoléon*, o Código de Propriedade, em seu artigo 544; primeira parte: *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière plus absolue.*”

A regra prevista no Código de 1804 transforma em regra positivada um dos princípios mais caros à orientação jurisfilosófica liberal: a proteção absoluta da propriedade. Protege o detentor da propriedade das disposições arbitrárias oriundas do Estado e de particulares, ao preordenar uma conduta notadamente absentéista estatal. Não por coincidência, o direito à propriedade amolda-se à primeira geração do construto doutrinário que classifica os direitos fundamentais em gerações⁴.

Ao discorrer acerca da evolução dos direitos fundamentais, Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco imputam às revoluções francesa e americana as primeiras positivações legais de direitos fundamentais. O objetivo das normas pertencentes à esta primeira geração de direitos fundamentais objetivavam fixar, nas palavras do autor, uma “esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”.⁵

É natural que após séculos de hipertrofia do poder político das monarquias europeias do *Acièn Regime*, os burgueses vitoriosos em seu projeto político estruturassem pragmática e racionalmente uma ordem jurídica que garantisse a menor interferência possível do Estado sobre seus bens ou liberdades individuais. Por se tratar de um grupo social que teve sua ascensão política lastreada na influência de seu poderio econômico, obviamente, quando deteve o controle do poder legiferante, findou por lançar mão de todos os expedientes possíveis e necessários à proteção a um de seus mais caros bens: a propriedade – a qual, não subsiste por si só, exigindo que seu titular detenha liberdade em sua disposição, sem interferência ilegítima oriunda do Estado. Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco⁶, complementarmente, afirmam serem estes direitos esvaziados de preocupações sociais e tão somente preocupados em proteger o a propriedade privada da atuação estatal. Esta, segundo os autores, “servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe fossem colidentes.”

⁴ BRANCO, Paulo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

2.1.2. Constitucionalização do direito privado:

No transcorrer do século XIX, a teoria constitucional possui como uma de suas características mais marcantes, além da já discorrida atuação estatal negativa, o apartamento entre o mundo normativo constitucional e o das relações jurídicas privadas.⁷

O constitucionalismo clássico, por ser intimamente atrelado aos processos de extinção ou limitação do poder político absoluto, vincula o teor dos textos constitucionais à estrita normatização das relações verticais engendradas entre Estado e cidadão. As constituições promulgadas no período eram costumeiramente interpretadas como tão somente diplomas políticos – até mesmo por terem sido os instrumentos que viabilizaram a ruptura política com o antigo regime absolutista – enquanto as relações privadas eram reguladas pelos tradicionais códigos de inspiração romana.⁸

A clássica orientação juriconsulta de não intervenção estatal implicava em proteção absoluta a institutos muitos caros ao ideário burguês, a exemplo da autonomia contratual e o direito de propriedade, conforme preceitua Eros Grau em sua obra “Ordem econômica:

“Explico-me. As constituições liberais não necessitavam, no seu nível (delas, Constituições Liberais), dispor, explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentava-se umas poucas outras disposições veiculadas no nível infraconstitucional, confirmadoras do capitalismo concorrencial, para que se tivesse composta a normatividade da *ordem econômica liberal*”⁹

O intuito do legislador constitucional liberal era tão somente retratar a ordem econômica, sem intervenções ou regulações. Não há que se falar em desregulação ou carência de normatização da ordem jurídica, mas sim em regulação por ausência de previsão normativa intervencionista. Se o capitalismo era regido pelo princípio do *laissez faire*¹⁰, o qual determinava a absoluta ausência de intervenção estatal no campo econômico, natural que a

⁷ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acessado em: 01.04.2017.

⁸ *Ibidem*.

⁹ GRAU, Eros. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 2017. p. 64.

¹⁰ Em tradução literal ao português: “deixai fazer, deixai passar, o mundo vai por si mesmo”. Princípio basilar do ideário burguês liberal e militante da intervenção mínima estatal.

regulação da ordem econômica se baseasse na proteção da livre iniciativa do controle arbitrário estatal.

A ordem jurídica constitucional, ontologicamente liberal, protegia a propriedade através da mera recepção¹¹ da ordem econômica praticada no mundo real. Como resultado da deliberada e proposital ausência de regulação intervencionista da ordem econômica, restava aos diplomas constitucionais a regulação da ordem política. Entretanto, essa natureza política, tornavam as constituições do século XIX sobremaneira enfraquecidas diante os fatos jurídicos alheios à órbita do direito público.

Por serem orientadas unicamente à normatização das relações entre Estado e cidadãos, como explana Luis Roberto Barroso,¹² as constituições careciam de eficácia direta e imediata na aplicação perante relações jurídicas engendradas horizontalmente entre particulares. A partir do século XX, no entanto, a incomunicabilidade entre o direito constitucional e direito privado é progressivamente reduzida, tendo na promulgação das constituições mexicana de 1917 e a do Império Alemão de 1919 (Constituição de Weimar) os marcos históricos do rompimento desses paradigmas. As cartas em comento, elaboradas em cenário de crise generalizada no pós-primeira guerra mundial, inovaram ao sistematizarem capítulos dedicados à regulação da ordem econômica e social.

Os diplomas constitucionais até então voltados à atuação abseínsta do Estado perante os cidadãos e à positivação do princípio liberal do “*laissez faire, laissez passer*”, são superados pela transposição e interconexão das matérias econômica e social ao texto constitucional.¹³ A nova inspiração constitucional resulta na relativização da exegese de direitos antes intangíveis, a exemplo da autonomia contratual e proteção à propriedade, antes blindados de quaisquer interpretações que atingissem seu núcleo.

O constitucionalismo da década de 1920 eleva direitos de natureza privada – antes relegados à disciplina legal dos códigos civis – ao status de normas de ordem pública. No

¹¹ GRAU, Eros. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 2017. *apud* MOREIRA, 1976.

¹² BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acessado em: 01.04.2017.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e propriedade contemporâneas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p.17.

entanto, não é possível concluir que a sistematização da ordem econômica e social por esses diplomas positivaram a ideologia socialista, haja vista diversos de seus dispositivos normativos protegerem a ordem econômica capitalista – fundada na livre iniciativa e apropriação dos meios de produção pelos particulares.¹⁴

O legislador não buscou romper com a ordem econômica liberal, mas tão somente ordená-la mediante a criação de regras que condicionassem o exercício da atividade econômica a preceitos constitucionais de ordem social.¹⁵ A ressignificação da ordem econômica, com previsão de hipóteses intervencionistas, denota a intenção finalística do legislador constitucional em proteger o capitalismo através da atribuição de uma faceta social.¹⁶

A incipiente teoria constitucional do século XX supera a visão tradicional que tomava a Constituição como mero documento político e que garantia o imobilismo do Estado a fim de se preservar direitos individuais. Às normas constitucionais, nesse momento, foi atribuído efeito expansivo, condicionando a validade e eficácia de todas as normas infraconstitucionais aos seus preceitos normativos, em fenômeno denominado por Luis Roberto Barroso de “Constitucionalização do Direito Privado”¹⁷.

A constitucionalização do direito civil transfigura o centro irradiador do ordenamento jurídico, ao passo que confere aos princípios e regras da constituição não somente supremacia formal que sempre detiveram, mas também supremacia material. O conteúdo de seu texto opera como pedra angular da aplicação, interpretação e produção das normas

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 705

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 812.

¹⁶ GRAU, Eros. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 2017.

¹⁷ Aduz Barroso acerca do fenômeno: “A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico [29]. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.” BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acessado em: 01.04.2017.

infraconstitucionais; ademais, submete e integra os obsoletos códigos civis, tradicionais disciplinadores das relações privadas, ao espírito de seu texto.¹⁸

A mudança dos paradigmas basilares da teoria política constitucional clássica, bem como a expansão de sua órbita de influência, implicam mudanças substanciais na interpretação da aplicação dos institutos de direito privado, os quais agora são condicionados às normas de ordem social. O direito à propriedade, por exemplo, experiencia suas primeiras intervenções limitadoras, as quais resultarão na construção doutrinária da função social da propriedade.¹⁹

2.1.3 A derrocada do liberalismo clássico e a doutrina da função social do contrato

A crise de 1929, ocorrida dez anos após a promulgação da Constituição de Weimar, agrava a situação do capitalismo monopolista e irradia ao resto do mundo a reflexão acerca do desenvolvimento da livre iniciativa de forma desenfreada. Isso se deve ao fato de que, no período do entreguerras, a economia mundial capitalista vive sua primeira e geograficamente generalizada crise estrutural, a qual acarreta resultados catastróficos nas esferas política, econômica e social de diversos países: desemprego a níveis alarmantes, recrudescimento das economias nacionais, produções paralisadas. A crise gera, portanto, um sentimento de mal-estar no tecido social em relação ao funcionamento do sistema capitalista como sistema econômico eficaz.²⁰

A organização da economia adquire maior viés intervencionista, o qual passa então a ser contemplado pelas novas constituições de forma diferente das suas predecessoras: a ordem econômica não mais constitui somente norma de ordem pública, mas, também, implica a criação de um sem número de normas que preveem e regulamentam a intervenção do Estado na esfera econômica.²¹ A previsão normativa intervencionista não mais interpreta a esfera econômica de forma dissociada da esfera social, passando a ensejar mudanças substanciais no direito privado, em especial à interpretação da proteção à propriedade privada e à liberdade contratual.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e propriedade contemporâneas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p.18.

²⁰ HOBBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 91

²¹ GRAU, Eros. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 2017. p. 56

O contrato, segundo preleciona Orlando Gomes, no auge do liberalismo não intervencionista, limitava-se a transferir a propriedade de bens e não criar riquezas. A emersão da empresa e paulatina complexidade adquirida pela atividade econômica após a segunda guerra mundial, transmudou a faceta do capitalismo e, em consequência, dos contratos, fato que resultou no balizamento da interpretação deste à sua função social:

Concluindo: o fenômeno da contratação passa por uma crise que causou a modificação da função do contrato: deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social.²²

O instituto da função social do contrato representa a superação do sobrepujante individualismo da ideologia liberal, ao passo reconhecer existirem no contrato interesses externos aos contraentes e que devem ser respeitados, ainda que seja este um negócio jurídico celebrado entre particulares. A expressão “*a propriedade obriga*” prevista no art. 153 da Constituição de Weimar ilustra a nova tendência constitucional na busca por uma harmonia dos interesses individuais e coletivos.²³ A doutrina responsável pela construção do conceito de função social da propriedade privada e, por consequência, do contrato, prevê restrições e intervenções ao direito de propriedade, nos termos da lição de Luiz Edson Fachin:

A propriedade tem uma função social, princípio jurídico aplicado ao exercício das faculdades e poderes que lhe são inerentes. [...].

Aquele princípio, portanto, não transmuda realmente a propriedade para o direito público através da noção de função. A expressão função social corresponde a limitações, em sentido largo, impostas ao conteúdo do direito de propriedade. Tais restrições dão nova feição no direito e na época contemporânea (...).²⁴

A função social do contrato obriga os contraentes a guardarem condutas coerentes ao instrumento avençado, os quais representam interesses individuais, bem como a observarem interesses extracontratuais de relevância social.²⁵ A ressignificação da interpretação do contrato como instituto também pertencente à ordem pública, subordinado à sua função social, é fruto da anteriormente debatida constitucionalização do direito privado.

²² GOMES, Orlando. *A função do contrato*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. Pp. 101-109.

²³ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A dignidade da pessoa humana no direito*. Disponível em <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acessado em: 01.04.2017.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e propriedade contemporâneas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Pp. 18- 19

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acessado em: 01.04.2017, p. 5

As constituições do século XX representam, portanto, duas conquistas marcantes às ciências jurídicas: a superação de sua exclusiva vocação política, expandindo seus tentáculos ao direito privado e a contemplação de direitos sociais antes não previstos nos textos constitucionais. Desta forma, concomitantemente e de forma inédita, os diplomas constitucionais inserem institutos de direito privado em seu texto, obrigando-os a serem interpretados em conformidade aos princípios de cunho social, igualmente inéditos no ordenamento jurídico positivo.

Ainda que obra de ficção, o *Mercador de Veneza* de William Shakespeare constitui excelente representação do culto à inviolabilidade ao instrumento contratual, ao passo que o iníquo contrato celebrado entre Antonio e Shylock, não é invalidado por questões de moral ou humanidade, mas tão somente por contradições internas do próprio contrato.²⁶ O contrato era observado sob um prisma atomista, de forma que somente as cláusulas contratuais poderiam dirimir eventuais vicissitudes; o desenvolvimento da reflexão acerca de sua função social possibilitou a subordinação da eficácia e validade do contrato a preceitos de cunho social e humanitário previstos na Constituição.

O princípio da função social dos contratos compõe o processo de vinculação dos interesses tutelados pelo direito privado, aos valores sociais consagrados pelo ordenamento jurídico, interpretando aquele em harmonia aos preceitos consagrados pela Constituição.²⁷ A vinculação da interpretação do contrato aos princípios e garantias constitucionais não implica dizer, todavia, que a função social do contrato e da propriedade significam absoluta restrição ao princípio da autonomia da vontade.

²⁶A peça teatral de William Shakespeare conta a história de Antônio, mercador de Veneza e que deseja financiar a viagem do jovem Bassânio a Belmonte, onde pretende casar-se com a rica herdeira Pórcia. Entretanto, Antônio não possui os recursos suficientes para o custeio da viagem, tendo que recorrer ao judeu Shylock na obtenção dos recursos. Shylock aceita emprestar a quantia a Antonio, a quem odeia por seu antissemitismo, mediante a imposição de uma cláusula contratual odiosa: caso na data acordada Antonio não pagasse o empréstimo, Shylock poderia cobrar-lhe uma libra de sua carne. Os barcos de Antonio perdem-se no mar, tornando-o insolvente perante o judeu, sendo então chamado o Duque de Veneza para resolver a contenda, o qual, apesar de nutrir simpatia pela situação de Antonio, teme abrir precedente de anulação de um contrato por causas humanitárias. O caso é entregue à apreciação de Baltasar (Pórcia disfarçada), jovem doutor em Direito, a quem incumbe a solução da controvérsia e que apela ao senso de misericórdia de Shylock, pedido este que não fora atendido pelo judeu. Ante a irredutibilidade de Shylock, o Tribunal autoriza a retirada de uma libra de carne de Antonio. Todavia, o jovem doutor em Direito, para salvar o mercador de Veneza, afirma que o contrato somente permite a retirada de uma libra de carne de Antonio, nada falando sobre o sangue, o qual, caso fosse derramado, implicaria na perda de todas as propriedades de Shylock.

²⁷TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acessado em: 01.04.2017. p.5.

À liberdade de contratar é concedido concomitantemente uma vasta zona “citoplasmática” maleável, a qual permite aos contraentes transacionarem conforme interesses individuais e um núcleo inviolável, o qual, por pertencer ao domínio de ordem pública, impõe preceitos inderrogáveis pela vontade dos particulares. No caso do Brasil, significa interpretar o Código Civil em consonância aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e solidariedade social.

2.1.4 Ordem econômica e social no ordenamento jurídico brasileiro:

O ordenamento jurídico brasileiro é marcado por expressiva pulverização legislativa. Neste cenário, o contrato securitário, objeto do presente trabalho, atrai a incidência de diversos diplomas, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e legislação especial; sua interpretação, portanto, deve ser realizada de forma sistêmica, harmonizando a valoração jurídica de institutos de direito privado a preceitos consignados no diploma constitucional.

Com efeito, a interpretação do contrato de seguro é condicionada à observância tanto de normas negativas, de forma a assegurar a autonomia das partes e a liberdade da atividade econômica, quanto à observância de preceitos de cunho social, os quais demandam atuação positiva estatal a fim de corrigir eventuais desequilíbrios contratuais.

2.1.4.1 Ordem econômica capitalista adotada pelo diploma constitucional

No lastro do processo de constitucionalização da ordem econômica, a qual teve início com a promulgação da Constituição de Weimar, em 1919, conforme discorrido nos capítulos anteriores, a primeira constituição brasileira a disciplinar a ordem econômica fora a de 1934.²⁸ Desde então, a inserção de capítulos dedicados à ordem econômica e social esteve presente, salvo a de 1937 outorgada no Estado Novo, em todas as constituições brasileiras denotando a nova faceta adquirida pelo regime liberal econômico, qual seja, seu caráter social.²⁹

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.786.

²⁹ GRAU, Eros. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 2017. p.56.

A Constituição Federal de 1988 não adotou posicionamento diferente, tendo sistematizado a ordem econômica em quatro capítulos próprios: princípios da atividade econômica; política urbana; política agrícola e fundiária e da reforma agrária; sistema financeiro nacional. A leitura do art. 170³⁰ da Constituição Federal conduz à inexorável conclusão de que o legislador optou pela adoção da ordem econômica capitalista como regime econômico oficial do Brasil, tendo em vista o fato de apoiar-se na apropriação privada dos meios de produção. A obrigatoriedade de observância aos princípios da propriedade privada, livre concorrência e livre exercício da atividade econômica não deixam margens para dúvida, a Constituição Federal opta pelo regime liberal, em sua modalidade social-democrata.

A social-democracia, por sua vez, constitui regime político em que há marcante presença do Estado regulador e interventor na ordem econômica a fim de atingir seus objetivos sociais, conforme explanado por José Afonso da Silva:

“A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil.”³¹

A previsão de intervenção estatal na ordem econômica não significa, por sua vez, a descaracterização do sistema capitalista adotado pelo Brasil, mas tão somente a tentativa do legislador em preordenar o tradicionalmente caótico campo econômico liberal, conforme a orientação social-democrata vigente no pós-guerra.³² A intervenção do Estado regulador no campo econômico tornou-se necessária para que fosse conferida eficácia à justiça social que a Constituição se propõe a atingir.

³⁰BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

³¹SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.788.

³²*Ibidem*.

2.1.4.2 A persecução do fim social da atividade econômica

Conforme deduzido anteriormente, a consolidação da intervenção estatal na ordem econômica pela Constituição de 1988 atribuiu papel teleológico ao Estado, alterando sua vocação exclusivamente política e de atuação negativa, a um ente dotado de finalidade social. Uma das formas de efetivação dos fins sociais a que se propõe atingir cinge-se à intervenção estatal na ordem econômica. Os princípios e vocação de contemplação ao social são consubstanciados em normas programáticas, as quais, em oposição ao que tradicionalmente aduzido pela teoria constitucional clássica, não se resumem à ideários utópicos ou idílicos. À estas normas é reconhecido o mesmo peso e hierarquia de todo o regramento constitucional, vinculando tanto o Poder Legislativo, quanto Judiciário em sua concretização.³³

As normas programáticas vinculam os olhares a serem lançados sobre o ordenamento jurídico, o qual, deve ser necessariamente interpretado como unidade e de forma harmônica e sistêmica; a atividade econômica deve ser exercida e legislada em consonância aos objetivos, fundamentos e princípios sociais previstos na Constituição. Nas palavras de José Afonso da Silva³⁴, a regulação e interconexão da ordem econômica e social pela Constituição “pretendem a realização do valor-fim do Direito: a *justiça social*, que é uma luta aberta contra as injustiças do individualismo capitalista”. O agasalhamento da ordem econômica pela Constituição – em seu sentido formal e material – implica não somente a sua regulação normativa, mas, também, a definição de programas e normas diretivas para a atividade econômica em consonância aos referidos princípios sociais. Finalmente solapada a obsoleta interpretação que via constituição como mero documento político e organizatório da estrutura estatal, segundo a lição de J. J Canotilho³⁵, a constituição é então erigida ao status de *constituição programático-dirigente*.

Nesse quadro de atribuição social finalística ao ente estatal, o qual passa intervir na ordem econômica para que sejam respeitados seus princípios sociais basilares, a função social do contrato e da propriedade passam a encontrar fundamento jurídico em espécie no texto constitucional.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.184.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 334.

2.1.4.3. Princípios da atividade econômica e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

No esteio da constitucionalização do direito privado, o qual implica o exercício harmônico das atividades econômicas aos princípios sociais constitucionais, é possível destacarmos alguns dispositivos normativos em espécie da Constituição de 1988 para melhor compreensão do tema.

A proteção da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da CF/88³⁶ constitui fundamento da República Federativa do Brasil. Ao se analisar esse princípio em consonância ao direito privado, segundo Flavio Tartuce, constitui o principal fundamento da *personalização do Direito Civil*, haja vista valorizar o indivíduo em detrimento do patrimônio³⁷.

Correlacionando-se o princípio em comento à propriedade privada e à atividade econômica, significa dizer que o indivíduo encontra-se no cerne do ordenamento jurídico, o qual deve protegê-lo e não abordá-lo como objeto em detrimento da propriedade privada. Analisando princípio equivalente da Constituição portuguesa, Canotilho exemplifica em termos práticos sua aplicação ao sustentar que o “princípio da socialidade prevalecerá sobre o direito de propriedade no caso de o despejo de habitação constituir uma medida gravemente atentatória da dignidade da pessoa humana”³⁸.

Os objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º³⁹ *caput* harmonizam-se aos princípios da dignidade da pessoa humana e à incessante persecução pela justiça social pela Constituição de 1988. A intervenção estatal na ordem econômica constitui instrumento hábil para proteção da dignidade da pessoa humana e, por consequência, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

À ordem econômica especificamente, o art. 170 predetermina ser ela fundada na livre iniciativa, o que denota a positivação de um valor tipicamente liberal. Todavia, haja vista a

³⁶BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

³⁷TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Método, 2016, p. 60.

³⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 497.

³⁹BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

hodierna interpretação constitucional, a qual analisa o ordenamento jurídico como unidade sistêmica e em incessante busca da justiça social, inconcebível que seu texto permita a busca pelo lucro desenfreado. A livre iniciativa, ainda que objeto de proteção constitucional, encontra-se balizada e subordinada à função social da empresa, valorização do trabalhador e dignidade da pessoa humana.⁴⁰

Finalmente, a última consideração a se realizar acerca das consequências da constitucionalização do direito privado e sua conexão ao presente trabalho, reputa-se ao estudo da horizontalização dos direitos fundamentais. O contrato de seguro-saúde entabulado entre seguradora e segurados, ainda que dotado de típica função social e utilidade pública, é estabelecido entre particulares, fato que enseja a questão: os direitos fundamentais são passíveis de aplicação à relação engendrada entre particulares?

É pacificado o entendimento doutrinário que entender possuírem as normas constitucionais de proteção a direitos fundamentais aplicação imediata às relações jurídicas privadas engendradas horizontalmente.⁴¹ No entendimento de Daniel Sarmento, a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações privadas é “indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado a família, a sociedade civil e a empresa”⁴²

2.1.4.4 Código Civil de 2002

A função social, como consequência direta do fenômeno de constitucionalização do direito privado, não constitui mero projeto a ser obedecido pela legislação infraconstitucional. A busca pela justiça social, conforme anteriormente demonstrado, possui efeito vinculante sobre todo o ordenamento jurídico e eficácia direta sobre as relações entabuladas em âmbito privado.

O Código Civil de 2002 consagrou em seu texto muitos dos princípios constitucionais de persecução da sobredita justiça social. O diploma civilista, todavia,

⁴⁰ TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Método, 2016. p. 63

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 223.

agasalhou a doutrina da função social de forma mais pormenorizada no que tange à sua aplicação à propriedade do que aos contratos. A disciplina da função social do contrato, a qual coaduna-se diretamente ao objeto do presente trabalho, por sua vez, não recebeu a mesma especificidade dispendida ao tratamento da propriedade.

A posição adotada pelo Código Civil é essencialmente genérica, a ponto de a função social do contrato ser disciplinada de modo forma sobremaneira “aberta” pelo artigo 421, o qual dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”⁴³. Conforme aduz Orlando Gomes, a locução *função social* traduz o caráter teleológico do contrato, o qual, não tem como único objetivo o atendimento a interesses individuais do contraente, mas a compleição de fins sociais, coletivos. A liberdade negocial, sob a perspectiva do Código e da própria Constituição Federal, está adstrita a interesses e normas de ordem pública⁴⁴.

Complementar à regra prevista no art. 421, mas não mais específica e esclarecedora, reputa-se à previsão do art. 2.035⁴⁵, parágrafo único do Código Civil, o qual infirma não prosperar nenhuma convenção que violar normas de ordem pública que visem assegurar a função social do contrato e da propriedade. Segundo Orlando Gomes, essa visão, de cunho mais institucionalista, torna-se, em certa medida, mais restritiva, pois contempla plenamente direitos difusos e coletivos, a exemplo do meio ambiente e defesa da concorrência, mas carece de eficácia na maioria das situações práticas contratuais cotidianas. O autor filia-se à interpretação mais abrangente, a qual, além da proteção de interesses coletivos, entende ser possível a declaração da ineficácia superveniente do contrato por

⁴³Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

⁴⁴ GOMES, Orlando. Contratos. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Coordenador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

⁴⁵Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no [art. 2.045](#), mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

violação à sua função social, nos casos em que a avença atinge a dignidade da pessoa humana ou impossibilita a obtenção do fim último visado pelo contrato.⁴⁶

A função social do contrato baliza a liberdade contratual – tanto em sua pactuação, como em sua execução – quando presentes interesses individuais relativos à dignidade da pessoa humana. A interpretação retrotranscrita fora recepcionada pelo Código Civil de 2002, conforme previsto no enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, o qual assim consignou: "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana."

3.2. Do contrato de seguro

Após a análise do ordenamento jurídico civilista e constitucional incidente nos contratos securitários, a seguir abordaremos as características ontológicas deste contrato e suas principais questões internas.

3.2.1. Elementos do contrato de seguro

O contrato de seguro é disciplinado pelos artigos 757 a 802 do Código Civil de 2002. Nos termos do artigo 757⁴⁷, por este tipo de contrato – o qual é instrumentalizado pela *apólice* – o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado relativo à pessoa ou coisa contra riscos predeterminados e mediante o pagamento de prêmio pelo segurado. Trata-se, portanto, de contrato *bilateral*, haja vista os contratantes serem simultânea e reciprocamente credores e devedores uns dos outros⁴⁸.

⁴⁶ GOMES, Orlando. *Contratos. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002*.

Coordenador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 50

⁴⁷ Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

⁴⁸ TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Método, 2016. p. 597

As obrigações de segurado e segurador não se restringem ao pagamento do prêmio pelo primeiro e da indenização pelo último. Àquele incumbe a prestação de informações corretas, tanto na fase pré-contratual – a partir dos dados fornecidos pelo segurado é que será calculado o valor individualizado de seu prêmio, o qual atenderá as especificidades dos riscos por ele apontados – quanto na fase de execução do contrato (comunicação do sinistro). Ao segurador compete a prestação pormenorizada de informações acerca das condições do seguro antes de sua contratação e o fornecimento de cópia da apólice.⁴⁹

No que tange às diferentes naturezas dos riscos cobertos pelas seguradoras, o Código Civil de 2002 subclassifica os contratos de seguro em dois grupos majoritários: seguros de dano ou dos ramos elementares⁵⁰ e seguros de pessoas⁵¹. Os contratos de seguros de dano garantem ao segurado a cobertura contra riscos que possam ameaçar seu patrimônio (cobertura contra riscos de fogo, transportes, acidentes), enquanto os seguros de pessoas protegem o próprio segurado de riscos que ameacem sua integridade física (seguro saúde, seguro de vida).

A diferença entre os dois grandes grupos, segundo lição de Orlando Gomes⁵², diz respeito à natureza do pagamento devido pela seguradora: nos seguros de dano, caso ocorra o sinistro, a obrigação do segurador consiste no pagamento da indenização que irá ressarcir o dano suportado pelo segurado. O seguro de pessoa, por sua vez, não possui função indenizatória, seu objetivo mais coaduna-se ao conceito geral de seguro previsto no art. 757, o qual prevê a garantia de interesse legítimo do segurado – no caso do seguro-saúde, objeto do presente trabalho, o interesse legítimo do segurado é a cobertura médico-assistencial contra enfermidades que possam vir a lhe acometer.

⁴⁹ DAVILA, Fábio Ercolani e outros. Contratos de seguro e suas principais espécies. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10754&n_link=revista_artigos_leitura>. Acessado em: 01.04.2017.

⁵⁰ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

⁵¹ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

⁵² GOMES, Orlando. *Contratos. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002*. Coordenador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 507.

O instrumento contratual securitário, a despeito de suas inúmeras características peculiares que o diferencia dos outros tipos de contrato, para os fins do presente trabalho, vale explicitar seu sustentáculo tripartite, apontado por Sergio Cavalieri Filho⁵³ como a “santíssima trindade” do contrato de seguro: o risco, a mutualidade e a boa-fé. O seguro pressupõe, por sua própria ontologia, a existência de um *risco*.⁵⁴ Significa dizer que o segurado está exposto à eventualidade de um dano potencial à sua pessoa ou ao seu patrimônio, risco este que quando torna-se dano efetivo, recebe a denominação de *sinistro*. Assevera ainda Cavalieri Filho que risco é “perigo, é possibilidade de dano decorrente de acontecimento futuro e possível, mas que não depende da vontade das partes. Por ser o elemento material do seguro, a sua base fática, é possível afirmar que onde não houver risco não haverá seguro”⁵⁵.

O contrato de seguro funda-se, portanto, sobre evento incerto, fato que denota a sua evidente natureza *aleatória*. A aleatoriedade do contrato de seguro, segundo Orlando Gomes, resulta de sua própria função econômico-social: a vantagem do segurador condiciona-se à não ocorrência do sinistro – receber o prêmio sem contrapartida – conquanto a do segurado reputa-se à proteção contra evento incerto por meio do pagamento do prêmio em valor não tão alto⁵⁶.

O seguro obrigatoriamente deve ser celebrado na forma *escrita*⁵⁷, fato que não implica a inclusão desse tipo de contrato no rol de contratos solenes, haja vista constituir contrato simplesmente consensual⁵⁸. É necessário, todavia, que o instrumento contratual arrole expressamente em seu texto quais são os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido pelo segurado, ou por ele pago.⁵⁹ As apólices

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 418.

⁵⁴ GOMES, Orlando. *Contratos. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002*. Coordenador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 505.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 418.

⁵⁶ GOMES, Orlando. *Contratos. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002*. Coordenador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 506.

⁵⁷ Art. 758. O contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio. BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

⁵⁸ GOMES, Orlando. *Contratos. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002*. Coordenador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 509.

⁵⁹ Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome

são costumeiramente elaboradas sob a forma de *contrato por adesão*. Em face da necessidade de se uniformizar as condições para toda a massa de segurados, incumbe à seguradora a determinação do conteúdo das cláusulas contratuais, não existindo discussão prévia entre as partes. Entretanto, as seguradoras não são totalmente livres na imposição destas cláusulas, haja vista a pré-regulamentação estatal da atividade securitária (ANS, SUSEP).⁶⁰

A limitação das disposições contratuais dos contratos por adesão não se restringem, todavia, à regulamentação estatal. Em razão da unilateralidade na imposição do conteúdo das cláusulas contratuais pelas seguradoras, a interpretação do instrumento contratual deve ser limitada a preceitos legais de ordem civilista e constitucional. O enunciado nº 370 do CJF/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil consolida tal entendimento ao aduzir que “nos contratos de seguro por adesão, os riscos predeterminados indicados no art. 757, parte final, devem ser interpretados de acordo com os arts. 421, 422, 424, 759 e 799 do Código Civil e 1º, III, da Constituição Federal”.

No mesmo sentido do acima discorrido, preceitua Flavio Tartuce que a determinação dos riscos cobertos pela seguradora na apólice devem ser analisados “à luz da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e da proteção da dignidade da pessoa humana, não podendo colocar o segurado aderente em situação de extrema desvantagem ou de onerosidade excessiva”⁶¹. A celebração, execução, conclusão e interpretação do contrato securitário são condicionadas à sua função social.⁶² Ainda que se trate de um contrato consensual, em que as partes possuem ampla liberdade de disposição, não existem somente interesses de ordem individual envolvidos na avença. Interesses coletivos, de ordem pública e até constitucionais⁶³ permeiam o contrato, os quais devem ser observados por ambos os contratantes.

Ademais, em face do fato de os consumidores somente aderirem ao contrato, sem prévia discussão, os conteúdos de suas cláusulas contratuais são limitados, além das

do segurado e o do beneficiário. BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

⁶⁰ GOMES, Orlando. Contratos. *Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002*. Coordenador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

⁶¹ TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Método, 2016, p. 857.

⁶² BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

⁶³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

disposições normativas da Lei 9.656/1998, pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça⁶⁴.

O seguro-saúde, portanto, em razão de seu próprio objeto, provavelmente seja a espécie securitária em que seja mais evidente a obrigatoriedade de observância aos preceitos constitucionais e à função social do contrato. O contrato de cobertura contra eventos de saúde evidenciam a incidência de normas de ordem metaindividual, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, as quais sobrepõem-se às simples disposições contratuais individuais, o que torna a análise desse tipo contratual sobremaneira imbricada em virtude da incidência de vasta gama de normas.

3.2.2. Seguro-saúde:

A espécie securitária *seguro-saúde* encontra suas origens históricas no sistema assistencialista norte-americano. Os Estados Unidos da América caracterizam-se como um dos únicos países desenvolvidos com reduzida participação do Estado no financiamento da saúde pública — segundo censo de 1995, mais de 75% da população daquele país, à época, utilizava-se da cobertura privada de seguro-saúde.⁶⁵ A demanda por serviços de saúde apresentam duas características básicas: a incerteza e a distribuição não-uniforme dos gastos ao longo do tempo, indivíduos não sabem quando ficarão doentes e, caso o fizerem, os custos para o tratamento da enfermidade são extremamente elevados.

Nesse cenário fora pensado o contrato securitário de cobertura contra riscos à saúde, o qual constitui mecanismo mais vantajoso aos pacientes — aos indivíduos é economicamente mais interessante associarem-se e dividirem os riscos entre todos os componentes da massa de segurados, ao invés de suportarem sozinhos os altíssimos valores de tratamentos médicos. À seguradora, por sua vez, incumbe a cobrança e o cálculo do prêmio, o qual é estruturado em função dos gastos esperados (*experience rating*)⁶⁶ por meio de cálculos atuários⁶⁷. A observância ao princípio da boa-fé contratual⁶⁸ na prestação de

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 469. Código de Defesa do Consumidor é aplicável a contratos de planos de saúde.

⁶⁵ ANDRADE, Mônica Viegas de; LISBOA, Marcos de Barros. *Sistema privado de seguro-saúde: lições do caso americano*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-71402000000100001&script=sci_arttext&tlng=pt#nt07>. Acessado em: 03.11.2016.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Ciência dedicada à análise matemático-estatística de riscos e expectativas

informações verídicas pelos segurados é, portanto, de extrema importância para o contrato de seguro-saúde. Afinal, a partir dessas informações é que serão apurados os riscos predeterminados, os quais influirão diretamente sobre os valores dos prêmios a serem cobrados da massa de segurados.

O seguro-saúde, no plano jurídico e nos termos do art. 2º da Lei 10.185/01⁶⁹ — a qual dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde — equipara-se aos planos de saúde privados de assistência à saúde. Implica afirmar que esses contratos, além da submissão ao regramento específico dos contratos de seguro, são regidos ainda pela Lei 9.656/98, cujo texto normatiza a regulação dos planos privados de assistência à saúde.

No plano concreto, todavia, marcantes as diferenças entre seguro saúde e planos de saúde. O seguro de cobertura contra riscos de saúde, tradicionalmente conhecido no sistema norte-americano como *fee-for-service*, caracteriza-se como um sistema de reembolso por procedimento realizado.⁷⁰ Nesse tipo de contrato é facultado ao segurado realizar os procedimentos na rede referenciada da seguradora ou com médicos e hospitais de sua preferência, sendo-lhe os valores posteriormente ressarcidos pela seguradora nos limites pré-fixados na apólice. Nos planos de saúde, por sua vez, a regra não é o reembolso, mas sim o atendimento na própria rede de atendimento da operadora do plano de saúde.

A apólice de seguro saúde é evidentemente um *contrato de seguro de pessoa*, sendo, portanto, regida pelas normas gerais do Código Civil de 2002, pelas Leis 10.185/01 e 9.656/98. Por ser legalmente equiparado aos planos de saúde pelo artigo 2º da retromencionada Lei 10.185/01, aplica-se analogicamente a súmula 469 do Superior Tribunal

⁶⁸BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

⁶⁹ Art. 2º Para efeito da Lei nº 9.656, de 1998, e da Lei nº 9.961, de 2000, enquadra-se o seguro saúde como plano privado de assistência à saúde e a sociedade seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde. BRASIL. Lei 10.185, de 12 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10185.htm> . Acesso em: 01.04.2017.

⁷⁰ ANDRADE, Mônica Viegas de. LISBOA, Marcos de Barros. *Sistema privado de seguro-saúde: lições do caso americano*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003471402000000100001&script=sci_arttext&tlng=pt#nt07>. Acesso em: 01.04.2017.

de Justiça, a qual afirma incidir o Código de Defesa do Consumidor sobre os contratos que versarem sobre assistência à saúde.

3.2.3 *Cláusula contratual de coparticipação: mitigação do risco moral*

O prêmio cobrado dos segurados é calculado pela seguradora levando em conta os riscos apontados no momento da contratação da apólice. Esse cálculo, denominado no sistema americano de *experience rating*, baseia-se nos gastos esperados para aquela massa de segurados, de forma que indivíduos que apresentem maiores riscos pagarão prêmios mais altos.⁷¹ O exemplo mais marcante dessa tarificação é o dos reajustes por mudança de faixa etária aplicada a idosos, os quais são obrigados a arcarem com mensalidades mais altas que o restante da massa de segurados, em razão da alta probabilidade de utilização do seguro.

A excessiva onerosidade de determinados segurados, em função dessa maior probabilidade de ocorrência dos riscos, é uma das principais questões que os Poderes Legislativo e Judiciário tentam equalizar. O Estatuto do Idoso⁷², por exemplo, veda que as operadoras de plano de saúde cobrem valores acima da média dos segurados, única e exclusivamente com base no fato de que esses indivíduos tornaram-se idosos. O Código de Defesa do Consumidor⁷³ e o Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, caminham no mesmo sentido, ao passo considerarem abusivos os reajustes excessivamente onerosos aplicados a determinada classe de indivíduos⁷⁴.

Depara-se então com o dilema: é da natureza do contrato securitário o cálculo do prêmio baseado na probabilidade de ocorrência do risco. Quanto maior a expectativa de

⁷¹*Ibidem*

⁷²Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.^{3º} É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. BRASIL. Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 01.04.2017.

⁷³ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> . Acesso em: 01.04.2017.

⁷⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1568244/RJ. Segunda seção. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1568244%2FRJ&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=A COR. Acesso em: 01.abr.2017.

ocorrência do *sinistro* — a fim de que seja mantido o equilíbrio contratual e a viabilidade do fundo securitário — maior o valor do prêmio a ser cobrado. Noutro giro, a constitucionalização do direito privado condiciona a celebração, execução e interpretação harmônica da avença a preceitos normativos constitucionais como a dignidade da pessoa humana e função social do contrato. Ademais, normas infraconstitucionais, como o Código de Defesa do Consumidor, que objetivam a correção de desequilíbrios do mercado desfavoráveis aos consumidores, impedem que o instrumento contratual os coloquem em situações excessivamente onerosas.

Sergio Bermudes ressaltou a natureza *suis generis* do contrato securitário quando comparado a outras espécies contratuais. Ao contrário dos demais contratos, os quais constituem pactos firmados entre duas pessoas, o contrato securitário constitui um “pacto entre uma pessoa e muitas outras, constituindo um esquema peculiar, porque todas as pessoas concorrem para um fundo do qual se retiram as somas necessárias a atender uma ou outra pessoa na hipótese de sofrer os efeitos de um risco segurado”.⁷⁵

Na relação existente entre a seguradora e o segurado, conforme explanado por Mônica Viegas Andrade e Marcos de Barros Lisboa, a atuação estatal de garantia de utilização ilimitada do seguro, somente sob a ótica individual e não considerando a massa de segurados, finda por gerar um problema de “risco-moral”.⁷⁶ O risco-moral ou *moral hazard*, conceito oriundo das ciências econômicas, reputa-se ao “risco de não se adotar a atitude mais racional, do ponto de vista do consumidor, pelo fato de ter todos os cuidados de saúde cobertos pelo seguro”⁷⁷, na definição da economista Janice Dornelles.

Em termos práticos e em linhas gerais, a existência de risco-moral nos contratos securitários estrutura-se da seguinte maneira: os indivíduos, por não possuírem incentivos para acionarem o seguro de forma racional ou investirem em procedimentos profiláticos — haja vista lhe serem garantidos pela ação regulatória estatal e judicial o acesso irrestrito sem a

⁷⁵SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de Seguro no novo Código Civil e legislação própria*. Rio de Janeiro: Forense, 2011 *apud* BERMUDES, 2002. p. 5-7.

⁷⁶ ANDRADE, Mônica Viegas de. LISBOA, Marcos de Barros. *Sistema privado de seguro-saúde: lições do caso americano*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S00347140200000100001&script=sci_arttext&tlng=pt#nt07>. Acesso em: 01.04.2017.

⁷⁷ CASTRO, Janice Dornelles de. *Regulação em saúde: análise de conceitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/sociologias/article/view/5781/3387>>. Acessado em: 03.11.2016

contrapartida equivalente — acabam por constantemente utilizarem os serviços médicos. As seguradoras, por constituírem pessoas jurídicas que almejam e auferem lucro, incorporam esses comportamentos no cálculo dos gastos esperados, fato que enseja a inevitável elevação do valor do prêmio aplicado a todos os segurados.⁷⁸

Ante a ausência de incentivo à profilaxia e ao uso racional do seguro, a solução para problemática do risco moral e a conseqüente sobreutilização dos serviços médicos-assistenciais foi pensada no bojo do próprio instrumento contratual. Isto é, a alternativa para a mitigação dos prejuízos advindos dos constantes acionamentos do seguro — a fim de que a margem de lucro das seguradoras não fosse afetada, bem como para que os gastos oriundos da utilização excessiva do seguro por determinados indivíduos não onerasse sobremaneira a massa de segurados — foi a divisão dos custos entre seguradora e segurado utilizador do serviço.

A esta divisão de custos convencionou-se a denominação *coparticipação*. Nessa modalidade, o segurado continua a arcar com o prêmio mensal, o qual é calculado em função dos gastos esperados, mas quando realizar determinados procedimentos previstos no contrato, deverá arcar com um percentual de seu valor.⁷⁹ A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) dispõe em seu guia prático que dentre as modalidades ofertadas pelas operadoras de planos de saúde (dentre eles compreendido o seguro saúde) é possível a cobrança do segurado sob duas formas: a cobrança de um valor fixo por mês — independentemente da utilização, a mensalidade cobrada será a mesma — ou aliada à cobrança da mensalidade, a adição de um valor suplementar a ser pago por cada atendimento, consulta ou exame realizado naquele período, a título de coparticipação.⁸⁰

Essa modalidade contratual de divisão de custos é respaldada pela legislação regulatória, a exemplo do inciso VIII do artigo 16º da Lei 9.656/98⁸¹, o qual determina a

⁷⁸ ANDRADE, Mônica Viegas de. LISBOA, Marcos de Barros. *Sistema privado de seguro-saúde: lições do caso americano*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S00347140200000100001&script=sci_arttext&tlng=pt#nt07>. Acessado em: 03.11.2016.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Planos de Saúde: guia prático. Dicas úteis para quem tem ou deseja ter um plano de saúde*. Disponível: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/folder_guia_pratico.pdf>. Acessado em: 02. abr. 2017.

⁸¹ Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com

obrigatoriedade da clara indicação do percentual de coparticipação na apólice e encontra-se presente em boa parte das apólices securitárias vigentes em nosso país.

4. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E A QUESTÃO DOS PORTADORES DE TRANSTORNOS MENTAIS

4.1. O Direito à Saúde

A Constituição Federal de 1988, ao contrário dos diplomas anteriores os quais somente previam a competência da União em legislar sobre a organização administrativa de combate às endemias e epidemias, erige o direito à saúde ao patamar de direito do homem⁸². José Afonso da Silva define a saúde como bem jurídico situado além da assistência médica, em face da redação do artigo 196 da Constituição Federal permitir inferir que a “concepção de saúde adotada não é a simplesmente curativa, aquela que visa restabelecer um estado saudável após a enfermidade; mas a prestação social no campo da saúde”.⁸³

O direito à saúde, conforme lição do professor J. J. Canotilho, constitui direito fundamental de dupla natureza. Amolda-se concomitantemente à categoria de direitos de natureza negativa, haja vista exigir do ente público que se abstenha de prejudicar a saúde dos particulares e, aos de natureza positiva, ao exigir do Estado realização de políticas públicas das quais depende a própria concretização do direito⁸⁴.

A Constituição Federal de 1988, em seu capítulo II, infirma que o direito à saúde constitui um direito social, fato que segundo José Afonso da Silva é responsável por definir a natureza da saúde como direito social e, portanto, espécie de categoria dos direitos fundamentais da pessoa humana⁸⁵. Após a definição da natureza jurídica de direito social, a Constituição disciplina em espécie o direito à saúde na seção II, do Capítulo II (da seguridade social), o qual está inserto no Título VIII (da ordem social) de seu texto.

O artigo 196 da Carta Magna determina que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, o qual deve garantir mediante políticas sociais e econômicas, dentre outras atribuições, o acesso universal e igualitário aos serviços a ela inerentes.⁸⁶ O teor do artigo 196

⁸²SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

⁸³SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 2ª Ed, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 767.

⁸⁴CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

⁸⁵*Ibidem*, p. 184.

⁸⁶Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços

explicita o caráter universal do direito nele consignado, bem como não deixa dúvidas, mediante o vocábulo “*garantia*”, não se tratar de mera norma programática.⁸⁷

O artigo 197, por sua vez, atribui ao Poder Público (sem especificar qual ente federativo) a responsabilidade sobre a regulamentação, fiscalização e controle sobre a prestação de ações e serviços de saúde. Ademais, o mesmo dispositivo, prevê a possibilidade de que a execução de serviços de saúde possa ser feita pelo Poder Público “diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”⁸⁸. Isto é, a regulamentação e fiscalização do sistema de saúde é atribuição exclusiva dos entes federativos, mas a execução e prestação do serviço assistencial, por expressa previsão constitucional, pode ser realizada por particulares.

Os artigos 198 e 200, em suma, disciplinam a estruturação, gerenciamento, princípios e financiamento do Sistema Único de Saúde, temas que por não constituírem o foco do presente trabalho, não serão alvo de análise pormenorizada. Por outro lado, o artigo 199 traz permissivo legal de alta relevância ao estudo da proposta elencada no capítulo subsequente. O referido dispositivo normativo infirma ser a assistência à saúde livre à iniciativa privada e complementarmente, em seu §1º, prevê a possibilidade de que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, seguindo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.⁸⁹

4.2 A Lei 10.216 de 2001.

O século XVIII, conforme explica Renata Britto, fortemente inspirado pelo ideário iluminista, vivencia o pleno desenvolvimento da racionalidade naturalista e não por

para sua promoção, proteção e recuperação. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01.abr.2017.

⁸⁷SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 2ª Ed, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

⁸⁸Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01.abr.2017.

⁸⁹ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01.abr.2017.

coincidência a constituição da psiquiatria como ramo autônomo da medicina. O ideário médico vigente à época não foi blindado das influências filosóficas em voga, de forma que o único direito garantido ao sujeito denominado “louco” era o de receber proteção e tratamento médico do Estado. Tais concepções deram azo ao desenvolvimento do ideário presente na psiquiatria, bem como na teoria política moderna, marcado pela exclusão social do louco como sujeito de direitos, em face de sua incapacidade de assimilar e cumprir as regras sociais impostas pelo contrato social⁹⁰. O louco ou alienado, conforme definido pela ultrapassada terminologia adotada pelas ciências sociais à época, em razão de sua carência de racionalidade, findo por tornar-se objeto de forte exclusão social.

No início do século XX, diversos países do mundo, dentre eles o Brasil, vivenciam a ruptura dos paradigmas aplicados aos “alienados”. O século passado foi marcado pelo desenvolvimento de novos debates acerca da eficiência do modelo adotado para a recuperação e tratamento do sujeito que não se encontrava no gozo de suas faculdades psíquicas, o qual era essencialmente fundado na internação hospitalar e segregação social.⁹¹

O primeiro passo adotado por estudiosos da área de saúde mental foi abandonar a terminologia “louco ou alienado” e substituí-las por transtorno mental. Entretanto, a definição de *transtorno mental* não constitui tarefa fácil, de forma que na própria literatura médica não há consenso acerca do tema. Conforme estudo elaborado pela Organização Mundial da Saúde no ano de 2005, a dificuldade deve-se ao fato de que o transtorno mental não se trata condição unitária, mas um grupo de transtornos com pontos em conexão⁹². O Livro de Recursos elaborado pela Organização Mundial da Saúde, apesar das complicações inerentes, emprega o termo “Transtorno” com o intuito de classificar a existência de “um conjunto de sintomas clinicamente identificáveis ou comportamento associado na maioria dos casos a sofrimento e interferência nas funções pessoais”⁹³.

⁹⁰BRITTO, Renata Corrêa. *Internação psiquiátrica involuntária e a Lei 10.216 de 2001. Reflexões acerca da garantia de proteção aos direitos da pessoa com transtorno mental*. Disponível: <<http://thesis.icict.fiocruz.br/pdf/brittorcm.pdf>>. Acessado em 04.03.2017.

⁹¹*Ibidem*

⁹²ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Livro de Recursos*. Disponível em: http://www.ee.usp.br/departamento/nucleo/CComs/doc/Livroderecursosrevisao_FINAL.pdf. Acessado em: 01.abr.2017.

⁹³ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Livro de Recursos*. Disponível em: http://www.ee.usp.br/departamento/nucleo/CComs/doc/Livroderecursosrevisao_FINAL.pdf. Acessado em: 01.abr.2017. *apud WHO, 1992*.

Sob a perspectiva social, a definição de “transtorno mental” adotada pela OMS é de natureza ampla e visa contemplar o maior número de situações possíveis, podendo abranger enfermidade mental, retardamento mental, transtornos de personalidade e dependência de substâncias⁹⁴. Sob o ponto de vista jurídico, as múltiplas definições de transtorno mental estão diretamente atreladas aos diferentes objetivos das legislações nacionais que disciplinam o tema. Afirma a OMS que o país focado no tratamento de involuntário de portadores de transtornos mentais, por exemplo, têm a tendência em restringir sua definição à apenas portadores de enfermidades graves. Por outro lado, países com legislações preocupadas em conferirem amplos e positivos direitos aos seus cidadãos definem transtorno mental da forma mais ampla possível, a contemplar o maior extenso rol de sujeitos beneficiados pela legislação⁹⁵.

O Brasil, a partir da promulgação da Lei 10.216 de 2001, a qual dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, se filia à vertente que busca estender os benefícios da legislação ao maior número de pessoas possível. O artigo 1º do referido diploma legal dispõe que os direitos e a proteção das pessoas acometidas por transtorno mental são assegurados “sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos”⁹⁶. Depreende-se da leitura desse artigo que a legislação confere definição ampla ao transtorno mental, o que enseja a conclusão de que o objetivo do legislador era de que a natureza da lei fosse a mais abrangente possível e apta a contemplar o maior número de situações fáticas.

A intenção abrangente e expansiva da legislação é resultado direto da ação do movimento anti-manicomial nas décadas de 1980 e 1990, cujo precípua objetivo era substituir o obsoleto tratamento psiquiátrico, antes voltado ao isolamento e atendimento hospitalar. Segundo o trabalho de Lucia Rosa e Rosana Campos, o modelo de assistência ao indivíduo que apresentava transtorno mental de qualquer natureza circunscreveu-se pela exclusão do meio social, exemplificado pelo modelo hospitalocêntrico, o qual abarcava a totalidade da

⁹⁴ *Ibidem.* p. 27

⁹⁵ *Ibidem*

⁹⁶ Art. 1º Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra. BRASIL. Lei 10.216, de 6 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em: 01.04.2017.

vida do indivíduo e impedia o seu convívio social⁹⁷. Conforme prelecionado por Pedro Delgado, o movimento pela reforma psiquiátrica objetivou substituir o modelo voltado à segregação do indivíduo, por uma “nova concepção de psiquiatria pública, ancorada nos direitos humanos, na liberdade, métodos modernos de tratamento”⁹⁸.

Nesse cenário de humanização do tratamento do sujeito em situação de transtorno mental, os anos que precederam a aprovação do projeto de lei foram marcados por amplo debate de profissionais da área, bem como de diversas audiências públicas no Congresso Nacional. Essa realidade de envolvimento da sociedade civil em torno do tema, representou um marco no âmbito das políticas públicas em saúde mental, em face do envolvimento das mais diversas áreas na construção de uma legislação que tivesse como objetivo garantir direitos a sujeitos sobremaneira relegados pelo poder público⁹⁹.

O resultado desses debates foi a aprovação da Lei 10.216 em 2001, a qual, sob somente treze artigos, confere considerável rol de direitos aos portadores de transtornos mentais. O artigo 2º¹⁰⁰, por exemplo, é emblemático ao elencar tais direitos como a garantia a acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, o qual deve ser realizado com humanidade e sob os meios menos invasivos possíveis. O artigo 4º, diferentemente do art. 2º que detém natureza mais programática, positiva o cerne das discussões da reforma psiquiátrica ao dispor que a internação “só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”¹⁰¹. Os artigos subsequentes corroboram o “espírito da lei” ao passo que demonstram a clara intenção do legislador em combater o modelo hospitalo-cêntrico, de forma a impor tratamento em que Estado, família e o próprio sujeito participem de sua construção.

⁹⁷ROSA, Lucia Cristina dos Santos; CAMPOS, Rosana Teresa Onocko. *Saúde mental e classe social: CAPS, um serviço de classe e interclasses*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282013000200006&lng=pt&nrm=iso. Acessado em 04.03.2017

⁹⁸DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. *Saúde mental e direitos humanos: 10 anos da Lei 10.216 de 2001*. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672011000200012. Acessado em 04.03.2017.

⁹⁹*Ibidem*.

¹⁰⁰BRASIL. Lei 10.216, de 6 de abril de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 01.04.2017.

¹⁰¹Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. BRASIL. Lei 10.216, de 6 de abril de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em: 01.04.2017.

Transcorridos dezesseis anos da aprovação da legislação que tem por escopo garantir a efetivação dos mais básicos direitos dos sujeitos portadores de transtornos psíquicos e redesenhar o modelo, não só de tratamento, mas de percepção e inserção do indivíduo na sociedade, não é possível infirmarmos, ao menos na iniciativa privada, que tais objetivos foram necessariamente atingidos.

4.3 A coparticipação aplicada no tratamento dos portadores de transtornos mentais

A despeito dos inúmeros direitos elencados pela Lei 10.216 de 2001, os indivíduos que apresentam desordens psíquicas submetem-se a situação *suis generis* no âmbito dos planos de saúde ofertados pela iniciativa privada. Afinal, esses sujeitos não fazem jus ao financiamento integral de seu tratamento, o qual, a partir do 31º dia deve ser dividido entre seguradora e segurado mediante o pagamento da taxa de coparticipação. Com efeito, o presente subcapítulo dedicar-se-á ao estudo das apólices ofertadas no mercado pelas principais operadoras do país.

Conforme exposto, na hipótese do segurado carecer de tratamento psiquiátrico, a operadora, em face da excessiva onerosidade dele decorrente e por previsão contratual, não é obrigada custear a integralidade de seu tratamento. Todavia, os pacientes diagnosticados com desordens de natureza psiquiátrica, em virtude da natureza de suas enfermidades — as quais não raramente apresentam alta possibilidade de ocorrência de auto-lesão — muitas vezes necessitam de internação em clínicas psiquiátricas especializadas. Esses tratamentos, em face da complexidade e quantidade de profissionais envolvidos, não constitui tratamento simples, previsível e de curta duração. Em atenção aos preceitos da contemporânea psiquiatria e até mesmo por preceitos legais constantes na Lei 10.216¹⁰², o tratamento psiquiátrico exige trabalho coletivo de familiares, terapeutas, médicos e, em grande parcela, do próprio paciente na melhora de seu quadro clínico e em ambientes especializados.

A complexidade do tratamento psiquiátrico – tanto em termos qualitativos, haja vista exigir a presença coordenada de profissionais das mais diferentes áreas, quanto em termos quantitativos, em face de seus altos custos – poderia onerar excessivamente a massa de segurados e/ou mitigar sobremaneira os lucros auferidos pelas seguradoras. Ante essas

¹⁰²BRASIL. Lei 10.216, de 6 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em: 01.abr.2017.

dificuldades, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com fulcro no art. 16, VIII da Lei 9.656/98, editou a Resolução Normativa 387, a qual atualizou o rol de procedimentos e em eventos em saúde, retificando a já consolidada alternativa intermediária da modalidade de coparticipação, a qual visa garantir a proteção aos interesses econômicos das operadoras de planos de saúde e os interesses dos segurados em serem atendidos. A resolução normativa 387, aprovada em 28 de outubro de 2015, regula a modalidade de coparticipação em tratamentos psiquiátricos mediante a estipulação de regras específicas. Confira-se:

Depreende-se da leitura do artigo 22, II da Resolução Normativa aprovada pela ANS, a exigência de dois requisitos a serem observados pela operadora na estipulação da cláusula de coparticipação: os 30 primeiros dias de internação psiquiátrica devem ser totalmente custeados pela seguradora, sem incidência de percentual de coparticipação, o qual só poderá ser cobrado a partir do 31º dia; e o valor da coparticipação não poderá ultrapassar o percentual de 50% do valor cobrado pela instituição prestadora de serviços¹⁰³.

A resolução normativa 387, ao menos na redação das cláusulas contratuais, é estritamente observada pelas apólices das principais operadoras de plano de saúde e seguradoras do Brasil. Transcreva-se cláusula contratual da apólice da Amil operadora de plano de saúde¹⁰⁴

Em regime hospitalar estão cobertas:

11.9 - As internações em hospital-dia para transtornos mentais que se realizarem nos limites estabelecidos pelo contrato, pelo Rol de Procedimentos e suas Diretrizes, editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), sempre em hospitais especializados ou unidades psiquiátricas de hospitais gerais.

11.9.1. – O custeio dos 30 (trinta) primeiros dias de internação por ano em hospital psiquiátrico, ou em unidade ou enfermaria em hospital geral para internação

¹⁰³ Art. 22. O Plano Hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso X deste artigo, observadas as seguintes exigências: II - quando houver previsão de mecanismos financeiros de regulação disposto em contrato para internação hospitalar, o referido aplica-se a todas as especialidades médicas, contudo a coparticipação nas hipóteses de internações psiquiátricas somente poderá ser exigida considerando os seguintes termos, que deverão ser previstos em contrato: a) somente haverá fator moderador quando ultrapassados 30 dias de internação contínuos ou não, nos 12 meses de vigência; e b) a coparticipação poderá ser crescente ou não, estando limitada ao máximo de 50% do valor contratado entre a operadora de planos privados de assistência à saúde e o respectivo prestador de serviços de saúde. BRASIL. Resolução Normativa nº387. Acesso em: 1.abr.2017. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzExMA>.

¹⁰⁴ AMIL. *Contrato de Cobertura de Assistência Médica e Hospitalar Pessoa Jurídica*. Disponível em: <<http://www.planosdesaude.todosaqui.com.br/contrato/amil-contrato-pme.pdf>>. Acesso em: 01.abr.2017.

psiquiátrica será realizado nos mesmos moldes das demais internações, sendo aplicáveis franquia e coparticipação quando houver essa previsão contratual.

11.9.2 – Após os 30 (trinta) dias de internação, caberá ao **CONTRATANTE** arcar com a coparticipação de 50% das despesas médico-hospitalares, conforme estabelecido na legislação vigente.

11.9.3 – A cobertura de internações em hospital-dia para transtornos mentais é definida como recurso intermediário entre a internação e o ambulatório, com programas de atenção e cuidados multiprofissionais, visando à substituição da internação convencional, de acordo com as Diretrizes de Utilização vigentes publicadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

No mesmo sentido das cláusulas acima coligidas, nota-se a equivalência das cláusulas contratuais consignadas em apólices da Bradesco Saúde S.A¹⁰⁵, seguradora do ramo de assistência à saúde:

3.1.3 Psiquiatria

3.1.3.1 Fica assegurada a cobertura hospitalar psiquiátrica descrita nas alíneas “a” e “b” adiante, em número ilimitado de dias:

Internação em hospital psiquiátrico, em unidade de terapia ou em enfermaria psiquiátrica em hospital geral, para segurado portador de transtornos psiquiátricos em situação de crise; e

- a) Internação em hospital geral, para segurado portador de transtornos psiquiátricos que apresente quadro de intoxicação ou abstinência provocada por alcoolismo ou outras formas de dependência química, por isso necessitando de hospitalização.

3.1.3.2 – A partir do 31º (trigésimo primeiro) dia de internação, haverá coparticipação do segurado, na forma de percentual, sobre o valor das despesas médicas e hospitalares, dentro de um mesmo período anual de vigência do seguro.

3.1.3.2.1 – Exceção será feita aos casos em que o contrato preveja coparticipação do segurado, na forma de percentual, sobre o valor das despesas médicas e hospitalares, dentro de um mesmo período anual de vigência do seguro.

3.1.3.2.1.1 – O percentual de coparticipação equivalerá ao máximo admitido por norma editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que estiver vigente à época da contratação do seguro e, na ausência do percentual máximo, a participação será de 50% (cinquenta por cento)

Complementarmente, colacione-se cláusula contratual da apólice da Unimed S.A¹⁰⁶ acerca do mesmo tema:

¹⁰⁵ BRADESCO SAÚDE S.A. *Seguro de reembolso de despesas de assistência médico-hospitalar*. Disponível em: <http://www.sbfisica.org.br/v1/arquivos_diversos/ransom/Contrato-Apolice-5227.pdf>. Acessado em: 01.abr.2017.

¹⁰⁶ UNIMED. *Manual do usuário*. Disponível em: <http://www.unimed.coop.br/portaunimed/flipbook/cnu/manual_do_usuario/files/assets/common/downloads/publication.pdf>. Acessado em: 21.11.2016.

Meu plano tem cobertura para internações psiquiátricas?

Sim, veja em que condições.

- Há cobertura para as internações de usuários portadores de dependência química que deverão ser internados em unidades clínicas de hospitais gerais ou hospitais psiquiátricos, na eventualidade de complicações agudas decorrentes da intoxicação ou da abstinência de drogas de abuso, lícitas ou ilícitas, incluindo aqui o álcool. Essas internações visam o tratamento de “desintoxicação”.
- Há cobertura para as internações de usuários portadores de transtornos mentais, segundo o Código Internacional de Saúde – Versão – 10, que estiverem em situação de crise ou de surto psicótico agudo e que necessitem de tratamento hospitalar em hospital psiquiátrico ou em unidade psiquiátrica de hospital geral, para o tratamento de quadros agudos.

Atenção!

Nas internações decorrentes de transtorno psiquiátrico mencionadas acima, inclusive nos atendimentos em hospital-dia, deverá ser aplicada a seguinte regra para coparticipação nas despesas:

nos casos em que o contrato preveja coparticipação para internação, a mesma regra deve ser estabelecida para todas as especialidades médicas, inclusive para as internações psiquiátricas;

- a) será estabelecida coparticipação somente para internações psiquiátricas, entretanto, esta só poderá ser aplicada quando ultrapassados os 30 (trinta) dias de internação no transcorrer de 1(um) ano de contrato.

O prazo de 30 (trinta) dias mencionado acima, em que o usuário terá direito à cobertura sem coparticipação, será contado de forma única e acumulada para todas as internações psiquiátricas, inclusive em hospital-dia, independentemente de causa.

A despeito da expressa disposição contratual, a qual encontra fundamento na resolução normativa 387 editada pela ANS e pela própria Lei 9.656/98, ao se analisar o caso específico do Distrito Federal, conforme exposto no subcapítulo 2.4.1, nota-se que muitos pacientes portadores de transtornos mentais buscam o Poder Judiciário objetivando a declaração da abusividade da cláusula contratual de coparticipação e por consequência a condenação das operadoras de planos de saúde a custearem integralmente suas internações psiquiátricas. A controvérsia, além da simples análise da permissividade da ANS, tem como mote eventual conflito entre o direito à saúde e a proteção à livre iniciativa.

4.4 Não abusividade da cláusulas de coparticipação

Inicialmente, sob o ponto de vista puramente normativo, cumpre esclarecer que a Lei 9.656, de 3 de junho de 1998 — a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde — em seu artigo 16, VIII, faculta às operadoras a inserção contratual, desde que redigidas de forma clara, de dispositivos que disponham sobre franquia, limites

financeiros ou o percentual de coparticipação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica¹⁰⁷.

Complementar à disposição normativa da Lei 9.656/98, a Resolução Normativa nº 8 do Conselho de Saúde Suplementar — a qual dispõe sobre mecanismos de regulação nos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde — autoriza a regulação do equilíbrio contratual sob o regime de coparticipação, sob a condição de que o custeio não implique no financiamento integral do tratamento pelo usuário ou importe em restrição severa ao acesso ao serviço¹⁰⁸. Portanto, atendo-se às disposições da legislação especial aplicável aos contratos que tenham a prestação de serviços à saúde como objeto, nota-se que o regime de coparticipação é autorizado e disciplinado legalmente.

Ainda que autorizados pela legislação especial, é necessário analisar a legalidade da cláusula de coparticipação sob a óptica da proteção ao consumidor, haja vista o disposto pela Súmula 469¹⁰⁹ editada pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual prevê a atração do diploma consumerista aos contratos de planos de saúde. Com efeito, para que a taxa de coparticipação não incorra em ilegalidades ou submetam os consumidores a situações extremamente desfavoráveis, exige-se o atendimento a determinados requisitos.

Em primeiro lugar, é preciso que a cláusula tenha previsão expressa no instrumento contratual e seja redigida de forma clara, conforme determinação do artigo art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor¹¹⁰. Além disso, por respeito à Súmula 302¹¹¹ editada

¹⁰⁷ Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; BRASIL. Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm> . Acesso em: 01.abr.2017.

¹⁰⁸ Art. 2º Para adoção de práticas referentes à regulação de demanda da utilização dos serviços de saúde, estão vedados:VII - estabelecer co-participação ou franquia que caracterize financiamento integral do procedimento por parte do usuário, ou fator restritor severo ao acesso aos serviços. BRASIL. *Resolução do Conselho de Saúde Suplementar nº 08*, de 3 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzA3>>. Acesso em 01.abr.2017.

¹⁰⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 469. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

¹¹⁰Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 01.abr.2017.

¹¹¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 302. É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

pelo Superior Tribunal de Justiça, necessário que não imponha limitação temporal à internação do segurado, bem como não implique o custeio da integralidade de sua internação, conduta que infringe o disposto pela Resolução nº 08 do Conselho de Saúde Suplementar.

A simples incidência do microsistema consumerista sobre os contratos de seguro-saúde não impõe vedação a toda e qualquer cláusula que limite ou restrinja os direitos dos consumidores. O civilista Humberto Theodoro Júnior, em sua obra “O Contrato e a sua Função Social”, aborda o alcance da proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor e conclui que a tutela concedida pelo diploma consumerista não é absoluta, mas adstrita à sua vulnerabilidade e interpretada em harmonia com o desenvolvimento da livre iniciativa. A aplicação do CDC não pode ser vista “fora do contexto criado pela Constituição para assegurar a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência”¹¹². Ao se adotar tais premissas, possível concluir que o simples fato de se tratar de contrato de adesão/consumo não implica a invalidação de cláusula contratual contestada após a ocorrência de fato superveniente (recomendação de tratamento psiquiátrico).

Conforme debatido no capítulo 1 do presente trabalho e bem delineado por Orlando Gomes, o fenômeno operado no início do século XX e que percebe a existência de uma função social imputável ao contrato, é responsável por romper o paradigma que enxerga a avença como instrumento da autodeterminação privada. O contrato, além dos interesses privados nele envolvidos, deve realizar também interesses da coletividade¹¹³.

A princípio e sob análise superficial, podemos ser conduzidos a acreditar que o único interesse da coletividade envolvido na celebração do contrato de seguro-saúde seria a proteção ao consumidor e o direito à saúde do beneficiário. Todavia, Humberto Theodoro Júnior aduz que o “contrato de consumo, destarte, não se afastou das linhas clássicas que delineiam sua função social de proporcionar, com segurança, a circulação das riquezas, atendendo harmonicamente os interesses tanto dos produtores como dos consumidores¹¹⁴”.

¹¹² JUNIOR, Humberto Theodoro. *O Contrato e a sua Função Social*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2004.

¹¹³ GOMES, Orlando. *A função do contrato*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

¹¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e a sua Função Social*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2004. p. 67.

O civilista Gustavo Tepedino, por sua vez, comunga do entendimento de Theodoro Júnior o qual assevera que o contrato, em qualquer espécie, compõe o processo de vinculação dos interesses tutelados pelo direito privado, aos valores sociais consagrados pelo ordenamento jurídico, interpretando aquele em harmonia aos preceitos consagrados pela Constituição.¹¹⁵ E a Constituição Federal agasalha o direito à saúde, a defesa do consumidor e, em igual medida, a proteção à livre iniciativa. Por consequência, a cláusula de coparticipação constitui instrumento eficaz de proteção à livre iniciativa, posto atender aos interesses de fornecedores e consumidores, haja vista seu objetivo precípua em manter o equilíbrio contratual entre os contratantes e a sustentabilidade do fundo comum, o qual é financiado por toda a massa de segurados.

Acerca da função da cláusula de proteção ao fundo comum, relevante para o presente trabalho a análise dos fundamentos jurídicos debatidos no julgamento do Recurso Especial 1.568.244/RJ. Ainda que o referido recurso tenha por objeto a discussão sobre a validade das cláusulas de reajuste por faixa etária, interessante para o presente trabalho a transcrição das premissas sobre o mutualismo dos contratos securitários aventadas em seu julgamento.

O voto condutor do relator do recurso especial, ministro Ricardo Villas Boas Cuêva, é preciso na explanação da natureza jurídica do contrato securitário. Assevera o relator que as operadoras de plano de saúde no Brasil adotaram o modelo financeiro de mutualismo. Ou seja, implica dizer que nesse tipo de contrato há formação de um fundo mútuo, com diluição das despesas entre os beneficiários e que torna viável o custeio dos procedimentos médicos solicitados pelos pacientes.¹¹⁶ Assevera ainda que em decorrência desse mutualismo

¹¹⁵TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acessado em: 03.11.2016. P. 5

¹¹⁶RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO.
1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).
2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.

-
3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.
4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado).
5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção).
6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade", apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.
7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais: a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS. b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos. c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.
8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.
9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.
10. TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.
11. CASO CONCRETO: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de "cláusula de barreira" com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira. Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora.
12. Recurso especial não provido.

e com o fito de trazer equilíbrio financeiro ao contrato, as operadoras de plano de saúde fracionaram os preços cobrados em faixas etárias para que tanto os jovens quanto os idosos “pagassem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços médico-hospitalares”¹¹⁷.

Por sua vez, o Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, em manifestação nos referidos autos, afirmou que a aplicação do reajuste por mudança de faixa etária é “essencial para a correta precificação do plano de saúde e justa aos beneficiários, pois todos os indivíduos naquela categoria pagarão prêmios iguais, que corresponderão adequadamente aos riscos que cada um gera ao grupo segurado”¹¹⁸.

Conforme anteriormente explanado, apesar de matéria distinta, as premissas acima transcritas aplicam-se à taxa de coparticipação impostas aos tratamentos psiquiátricos, haja vista constituírem mecanismos de regulação aptos a precificarem de forma correta e justa a demanda por serviços médicos. Afinal, se fosse imposto às seguradoras o custeio integral do tratamento psiquiátrico, o qual não possui prazo determinado ou mesmo previsível de encerramento, a consequência direta de tal medida seria a excessiva onerosidade ao fundo comum. Isto é, o mesmo grupo de segurados suportando prêmios idênticos, mas com alguns demandando a utilização do fundo mútuo mais do que os outros.

A taxa de coparticipação, conforme exposto no capítulo I, constitui meio apto a mitigar os riscos e custos a serem suportados pelo fundo comum. Isto é, meio de manutenção do equilíbrio contratual entre segurado e seguradora e, por consequência, de proteção à livre iniciativa, sendo inconcebível declarar-se sua abusividade por simplesmente representar restrição aos direitos do consumidor¹¹⁹. Possível concluir que a cláusula de coparticipação não é inválida ou abusiva *per se* — quando expressamente prevista, redigida de forma clara e que não impõe limitação temporal ou custeio integral da internação do consumidor — haja vista

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1568244/RJ. Segunda seção. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1568244%2FRJ&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=A COR. Acesso em: 01.abr.2017.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*. Fls. 595

¹¹⁹ ANDRADE, Mônica Viegas de. LISBOA, Marcos de Barros. *Sistema privado de seguro-saúde: lições do caso americano*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003471402000000100001&script=sci_arttext&tlng=pt#nt07>. Acessado em: 03.11.2016.

constituir meio legítimo de manutenção do equilíbrio contratual e do fundo comum para o qual contribuem todos os segurados.

4.4.1 Cláusula de coparticipação na jurisprudência do STJ e TJDFT

Conforme demonstrado acima, a cláusula de coparticipação aplicada aos tratamentos psiquiátricos além de presente na maioria das apólices ofertadas pelas operadoras de assistência de saúde suplementar do país, encontra autorização expressa na legislação especial e, se atendidos determinados requisitos, não infringe o ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, a despeito de sua expressa previsão contratual e autorização pelos órgãos reguladores, frequentemente o Poder Judiciário é provocado por indivíduos portadores de transtornos mentais a manifestar-se acerca da legalidade dessas cláusulas.

A presente seção tem por escopo a compreensão, conforme prelecionado por Roberto Freitas Filho, dos meandres do “momento” da discussão sobre a validade da cláusula de coparticipação nos julgados exarados no âmbito do TJDFT. Por sua vez, o vocábulo “momento”, nos termos da lição do autor, deve ser entendido como a “situação em que se encontra a questão-problema jurídica em um recorte determinado no tempo e no espaço”¹²⁰.

O método adotado para consecução de tais objetivos foi o de “análise de jurisprudência”, o qual, se baseia na coleta de decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, com o objetivo de captação do retromencionado “momento decisório” em que a cláusula de coparticipação figura como objeto. Ainda nos termos do que asseverado por Roberto Freitas Filho, método este que “permite a identificação da posição dos decisores em relação ao problema e/ou a suas eventuais inclinações em relação às demais possibilidades de solução que porventura não tenham sido adotadas”¹²¹.

Inicialmente, abordaremos de forma breve os julgados exarados pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual possui entendimento consolidado no sentido de declarar a legalidade da cláusula de coparticipação. Entende o STJ que a cobrança de taxa de

¹²⁰ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões, 2010. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/download/1206/1149>>. Acesso em: 01.04.2017.

¹²¹ *Idem*

coparticipação em tratamentos psiquiátricos e após o 30º dia de internação não é abusiva, quando prevista de forma clara e expressa.

No agravo interno interposto no agravo em recurso especial nº 774.936, o relator, ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, com o intuito de declarar sua legalidade, distingue a cláusula de coparticipação das hipóteses em que há restrição absoluta de cobertura de internações. Afirma que em razão da imposição de se preservar o equilíbrio contratual, gerir os custos necessários à manutenção do contrato de plano de saúde e a própria boa-fé contratual, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a cláusula de coparticipação cobrada a partir do 30º dia não é abusiva¹²².

No julgamento do recurso especial 1635626, a relatora, ministra Nancy Andrighi assevera ter a Lei 9.656/98 - a qual regulamenta a prestação de assistência à saúde suplementar - expressamente autorizado a possibilidade de cobrança de taxa de coparticipação em despesas médicas específicas. O único requisito para que não incorra em abusividade é que a cláusula seja redigida de forma clara e expressa no contrato. Ademais, rememora ainda o fato de que a própria Agência Nacional de Saúde manifestou-se no sentido de que as operadoras podem se utilizar de franquia ou coparticipação como mecanismos de regulação financeira para manutenção do equilíbrio contratual.

Reconhece, com fundamento na jurisprudência consolidada do STJ e na permissividade da legislação especial aplicável em espécie, a validade da cláusula de coparticipação cobrada a partir do 30º dia, quando prevista expressamente e de forma clara no contrato e que não imponha ao segurado o custeio integral do tratamento¹²³.

¹²²AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRANSTORNOS PSIQUIÁTRICOS. INTERNAÇÃO SUPERIOR A TRINTA DIAS. SISTEMA DE COPARTICIPAÇÃO. VALIDADE. 1. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.511.640-DF, decidiu que a coparticipação prevista para as internações psiquiátricas superiores a 30 (trinta) dias é hipótese sensivelmente distinta daquela em que há cláusulas de restrição absoluta de cobertura de internações que extrapolam o prazo contratado. Precedente.

2. Não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente contratada e informada ao consumidor, para a hipótese de internação superior a 30 (trinta) dias decorrente de transtornos psiquiátricos, pois destinada à manutenção do equilíbrio entre as prestações e contraprestações que envolvem a verdadeira gestão de custos do contrato de plano de saúde.

3. Agravo interno não provido.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso especial 774.936/DF. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 13 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=774936&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>.

¹²³ DIREITO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C

O Superior Tribunal de Justiça debruçou-se ainda sobre recursos especiais cujas razões contestam a legalidade da cláusula de coparticipação em razão de sua suposta afronta a entendimento sumulado pela própria Corte. No agravo interno interposto no recurso especial 1617669, o agravante sustentou ter a decisão agravada contrariado jurisprudência pacificada do STJ e a súmula 302, a qual dispõe ser “abusiva cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. O relator, ministro Marco Aurélio Bellizze, ao afastar tal argumento, afirmou que a súmula 302 reputa-se à cláusulas contratuais que restrinjam de forma absoluta a cobertura de internações, fato distinto da cláusula de coparticipação cobrada a partir do 30º dia, a qual divide os gastos da internação entre operadora e consumidor¹²⁴.

O voto-condutor do ministro Bellizze ainda teve como um de seus principais fundamentos a proteção à boa fé contratual e valorização da autonomia da vontade do

REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE COPARTICIPAÇÃO. LEI 9.656/98. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONTRATUAL EXPRESSA. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. 1. Ação ajuizada em 11/12/2012. Recurso especial concluso ao gabinete em 28/09/2016. Julgamento: CPC/1973.

2. Cinge-se a controvérsia a definir a legalidade de cláusula, em contrato de assistência médica, que impõe coparticipação do contratante à razão de 50% (cinquenta por cento) do valor das despesas, após o período de 30 (trinta) dias de internação para tratamento psiquiátrico.

3. O recurso especial não ultrapassa o conhecimento pelo fundamento da alínea "c" do art. 105, III da CF/88, uma vez que a recorrente não embasou seus argumentos em dissídio jurisprudencial, tampouco colacionou acórdãos que demonstrassem divergência.

4. A lei especial que regulamenta a prestação dos serviços de saúde autoriza, expressamente, a possibilidade de coparticipação do contratante em despesas médicas específicas, desde que figure de forma clara e expressa a obrigação para o consumidor no contrato.

5. O acórdão recorrido diverge do entendimento deste órgão julgador, no sentido de que "não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente contratada e informada ao consumidor, para a hipótese de internação superior a 30 (trinta) dias decorrentes de transtornos psiquiátricos, pois destinada à manutenção do equilíbrio entre as prestações e contraprestações que envolvem a gestão dos custos dos contratos de planos de saúde". Precedentes.

6. Afasta-se a condenação de compensação por danos morais quando não caracterizada qualquer infração contratual, como na hipótese.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1635626/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 16/02/2017)

¹²⁴ AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. SISTEMA DE COPARTICIPAÇÃO. PREVISÃO CONTRATUAL CLARA E EXPRESSA. ABUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Atendido o direito de informação, mediante a redação de forma clara e expressa da cláusula limitativa, bem como mantido o equilíbrio das prestações e contraprestações, não há que se cogitar de abusividade da cláusula contratual que estabelece a coparticipação do consumidor após o trigésimo dia de internação. Precedente.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1617669/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 25/11/2016)

consumidor no momento da contratação da apólice com previsão de coparticipação. Afirmou em seu voto que o mercado de assistência à saúde privado é marcado pela diversidade de formatação contratual, de forma que a opção do consumidor pela modalidade que previa a coparticipação em internações após o 30º dia “foi a que lhe pareceu mais interessante ou aquela que o recorrente estava disposto a suportar. Desse modo, em gozo de sua autonomia contratual, vinculou-se ao contrato com cláusula clara e expressa, embora de fato limitativa de seus direitos¹²⁵”. Assim como nos outros julgados e já debatidos, o mesmo aresto destacou ainda que a “limitação encontra guarida na própria legislação e que o preço da contraprestação reflete um ganho financeiro a equilibrar as prestações mutuamente contratadas¹²⁶”, acrescentando ainda que é a “intervenção judicial pretendida que romperá o sinalagma contratual¹²⁷”.

O Superior Tribunal de Justiça, portanto, com fundamento na permissividade da legislação especial (Lei 9.656/98) e mediante a previsão contratual expressa, a fim de que o equilíbrio contratual seja mantido, reconhece a validade da cláusula de coparticipação como mecanismo de regulação. A despeito da jurisprudência consolidada da referida Corte superior, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios ainda possui entendimento cambaleante acerca do tema. No ano de 2016 foi possível detectar dois entendimentos conflitantes na solução da controvérsia.

A primeira orientação a ser analisada, diametralmente divergente do entendimento consolidado pelo STJ, considera a cláusula de coparticipação como nula de pleno direito. A desembargadora Simone Lucindo, relatora da apelação cível interposta nos autos 2014.03.1.0279865, declarou em seu voto que a cláusula de coparticipação, a qual divide os custos entre segurado e seguradora, “revela-se iníqua e abusiva, pois, ao contrário do exposto pela apelante, caracteriza forma indireta e dissimulada de limitar o tempo de internação¹²⁸”.

¹²⁵ *Idem*, p. 8

¹²⁶ *Ibidem*. P.8

¹²⁷ *Idem*, p. 8

¹²⁸ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO E PSICOLÓGICO. INTERNAÇÃO. LIMITAÇÃO DA COBERTURA APÓS TRINTA DIAS. COPARTICIPAÇÃO DO SEGURADO PARA CONTINUIDADE DO TRATAMENTO. CLÁUSULA ABUSIVA. ILEGALIDADE. SÚMULA 302 DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. 1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde (Súmula 469/STJ). 2. A cláusula que condiciona a continuidade do tratamento psiquiátrico à coparticipação da segurada revela-se iníqua e abusiva, caracterizando forma indireta e dissimulada de limitar o prazo de internação.

Assevera ainda que a limitação do tempo de internação coloca o consumidor em exagerada desvantagem, fato que enseja violação ao disposto no artigo 51, IV do CDC e a subsequente declaração de sua nulidade de pleno direito. Finalmente, conclui a relatora, olvidando-se da igualmente previsão constitucional de proteção à livre iniciativa, que os únicos “bens jurídicos tutelados no presente caso são o direito à vida e à saúde, corolários do princípio da dignidade humana e protegidos constitucionalmente”.¹²⁹

Nos autos da ação nº 2016.03.1.0063524, seguindo a mesma orientação retromencionada, a relatora Leila Arlanch declarou a abusividade da cláusula de coparticipação sob o fundamento de violação à súmula 302 do STJ. Prelecionou a desembargadora-relatora que o imperativo legal que veda a limitação do período de internação “homenageia os direitos fundamentais do cidadão, no caso, a saúde, em detrimento de previsões contratuais que se afastem das premissas inscritas no Código de Defesa do Consumidor”¹³⁰.

Todavia, a declaração de nulidade da cláusula de coparticipação fundou-se em questionável interpretação expansiva. Questionável, pois a norma avocada para declaração da

3. Afasta-se a previsão contratual que limita a cobertura integral ao tempo máximo de trinta dias, uma vez que a situação é regida pela Lei 9.656/1998, que estabelece a vedação à limitação de prazo de internação.

4. Nos termos do Enunciado 302, do colendo Superior Tribunal de Justiça, “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

5. Apelo conhecido e não provido.

(Acórdão n.966501, 20140310279865APC, Relator: SIMONE LUCINDO 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 14/09/2016, Publicado no DJE: 04/10/2016. Pág.: 184-201)

¹²⁹ *Idem*. Pp. 11

¹³⁰ DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR - PLANOS DE SAÚDE - LIMITAÇÃO DE INTERNAÇÃO - TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO - COPARTICIPAÇÃO APÓS O TRIGÉSIMO DIA DE INTERNAÇÃO - ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA - NULIDADE - RECURSO DESPROVIDO.1. A Lei 9.656/98 veda expressamente a possibilidade de as operadoras limitarem o período de internação dos segurados quando o plano contratado incluir a modalidade hospitalar, consoante previsto no artigo 12, II, a.

2. A impossibilidade de limitar períodos de internação de pacientes que necessitem de tratamento hospitalar continuado consubstancia interpretação que homenageia os direitos fundamentais do cidadão, no caso, a saúde, em detrimento de previsões contratuais que se afastem das premissas inscritas no Código de Defesa do Consumidor, especialmente no sentido de que cláusulas que aniquilem a finalidade do contrato são nulas de pleno direito.

3. A limitação do período de internação psiquiátrica após o 30º dia, condicionada à coparticipação de 50% do valor das despesas, constitui cláusula contratual nula de pleno direito em face da violação às normas inscritas nos artigos 51 do Código de Defesa do Consumidor e 12, II, a, da Lei 9.656/98. Nas palavras do STJ, “é nula a cláusula em contrato de plano de saúde que limita o tempo de cobertura para internação psiquiátrica, estabelecendo coparticipação após o trigésimo dia de internação” (AgRg no AREsp 654.792/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 22/05/2015).

4. Recurso desprovido.

(Acórdão n.976825, 20160310063524APC, Relator: LEILA ARLANCH 7ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 19/10/2016, Publicado no DJE: 03/11/2016. Pág.: 560-570)

abusividade da cláusula de coparticipação foi a Súmula 302 do STJ¹³¹, a qual tão somente se aplica a cláusulas contratuais que preveem a limitação temporal da internação hospitalar (período de carência, por exemplo, no qual só é garantido 12 horas de internação emergencial ao paciente), conquanto a cláusula de coparticipação constitui instrumento de rateio de gastos entre segurado e seguradora. Isto é, de ordem pecuniária e que nada dispõe sobre limitação no tempo de internação.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, conforme anteriormente analisado, quando instado a se manifestar sobre a suposta afronta da cláusula de coparticipação à referida súmula 302 por si editada, manifestou-se de forma contrária¹³². Possível concluir, portanto, que os fundamentos jurídicos sobre os quais se sustenta o aresto são frágeis, pois o próprio STJ já declarou que a cláusula de coparticipação não subsume-se ao preceito normativo da súmula 302 por ele editada e porque somente considera o direito à saúde como constitucionalmente protegido, nada dispondo sobre a proteção à livre iniciativa.

No mesmo ano de 2016, contudo, a jurisprudência do TJDFT contou com julgados dotados de fundamentos jurídicos e dispositivos divergentes dos ora debatidos. Ao apreciarem demandas com o mesmo pedido e causa de pedir, possível detectar diversos acórdãos que entenderam não subsistir nenhum vício de ilegalidade na taxa de coparticipação.

O relator da apelação cível interposta nos autos 2015.07.1.0152176, desembargador Sandoval Oliveira, em oposição ao entendimento adotado pelos acórdãos retrotranscritos reconheceu que a cláusula de coparticipação “não trata apenas de limitação temporal de internação, prática repudiada pela jurisprudência, conforme assentado no enunciado da Súmula 302 do STJ, mas de coparticipação proporcional do usuário, máxime em face de

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 302. É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

¹³² AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COPARTICIPAÇÃO DO SEGURADO EM CASO DE INTERNAÇÃO SUPERIOR A TRINTA DIAS. SISTEMA DE COPARTICIPAÇÃO. PREVISÃO CONTRATUAL CLARA E EXPRESSA. ABUSIVIDADE NÃO RECONHECIDA. AGRAVO IMPROVIDO.1. Nos termos da Súmula n. 302/STJ: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado".

2. Não é abusiva, porém, a cobrança de coparticipação do segurado do plano de saúde em caso de internação superior a 30 (trinta) dias.

3. Agravo improvido.

(AgInt no AREsp 900.929/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 08/09/2016)

internações de caráter continuado e de duração indefinida¹³³”. O aresto reconheceu a não abusividade da cláusula de coparticipação, posto que além de não limitar temporalmente a internação, encontrava-se prevista de forma clara no instrumento contratual. Ademais, o voto-condutor do relator se baseou na Resolução nº 08 da Agência Nacional de Saúde, a qual, em seu artigo 2º, faculta a utilização do regime de coparticipação para regulação da demanda por utilização dos serviços de saúde¹³⁴.

A desembargadora Maria Ivatônia, relatora do agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência para que operadora de plano de saúde arcasse integralmente com sua internação psiquiátrica, também entendeu pela declaração da inexistência de abusividade na cláusula de coparticipação. Aduziu a relatora que na hipótese dos autos, a operadora de plano de saúde “observou o disposto na lei e na jurisprudência, uma vez não ter limitado o período de internação da agravante, somente estabeleceu que a partir do 31º dia de internação o pagamento do tratamento seria no regime de coparticipação”¹³⁵.

¹³³ DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. CDC. INCIDÊNCIA. COPARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO EM INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA APÓS DETERMINADO LAPSO TEMPORAL. LICITUDE. 1. As relações havidas entre as prestadoras de plano de saúde e seus beneficiários enquadram-se naquelas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento disposto no enunciado 469 do c. Superior Tribunal de Justiça.

2. Consoante disposto na Lei nº 9.656/98, havendo expressa previsão contratual, não há se falar em abusividade da avença que impõe ao segurado participar das despesas hospitalares, depois de transcorrido determinado lapso temporal de internação do paciente, hipótese dos autos: "Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: (...) VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica;".

3. A cláusula contratual que exige coparticipação do contratante para tratamento psiquiátrico, após 30 dias de internação hospitalar, não desponta, *prima facie*, como abusiva ou nula de pleno direito.

4. Aimprocedência do pedido, em face do provimento do recurso, induz a sucumbência da parte autora e correspondente obrigação no pagamento das custas e honorários advocatícios, estes estabelecidos com base no § 2º, artigo 85, do CPC.

6. Sendo a parte vencida beneficiária da gratuidade de justiça, deve a exigibilidade da verba sucumbencial ficar suspensa.

7. Recurso conhecido e provido.

(Acórdão n.969202, 20150710152176APC, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 28/09/2016, Publicado no DJE: 06/10/2016. Pág.: 165/208

¹³⁴ *idem*

¹³⁵ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO PARA QUE O PLANO DE SAÚDE ARQUE INTEGRALMENTE COM A INTERNAÇÃO DA AGRAVANTE PARA TRATAMENTO PSQUIÁTRICO E PSICOLÓGICO. REGIME DE COPARTICIPAÇÃO. PREVISÃO EXPRESSA NO CONTRATO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE. ARTIGO 16, INCISO VIII DA LEI FEDERAL 9.656/98. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1 - Os contratos de planos e saúde/seguro saúde, além de observarem as normas dispostas Código de Defesa do Consumidor, submetem-se às disposições da Lei Federal 9.956/98, que regula os contratos de plano de saúde e de seguro saúde.

2 - Com relação à internação hospitalar, a supracitada Lei, no artigo 12, inciso II, alínea "a", estabelece que a operadora não pode impor, em internações, "limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas" (art. 12, inc. II, a).

Somada à hermenêutica de que a cobrança de 50% sobre o tratamento não implicaria redução no período de internação, a relatora fundamenta seu voto a partir da permissividade legal do art. 16, VIII da Lei 9.656/1998, o qual faculta a utilização do regime de coparticipação e não implicaria em abusividade.

O julgado exarado nos autos 2014.13.1.0072374 também merece destaque, pois adota fundamentos diversos dos costumeiramente aventados para que seja declarada a legalidade da cláusula de coparticipação. O relator, desembargador James Eduardo Oliveira, assim como os outros julgados acima analisados, discorre sobre a permissividade da legislação especial sobre o tema e sobre a não violação de entendimento sumulado pelo STJ, o qual veda a limitação temporal da internação do paciente¹³⁶. Todavia, o voto-condutor esmiúça a função da cláusula de coparticipação em manter o equilíbrio contratual entre segurado e seguradora, conforme disposto pelo trecho abaixo:

A restrição temporal que confronta a legislação especial e o Código de Defesa do Consumidor é aquela que traduz negativa de cobertura, o que definitivamente não ocorre na

3 - Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 302: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado".

4 - Contudo, observa-se que, na hipótese específica dos autos, a agravada observou o disposto na Lei e na jurisprudência, uma vez não ter limitado o período de internação da agravante, somente estabeleceu que a partir do 31º dia de internação o pagamento do tratamento seria no sistema de coparticipação, no qual a agravante pagaria 50% do valor da internação.

5 - O regime de coparticipação nos planos de assistência médica, quando expressamente previsto no contrato, não é ilegal ou abusivo, porquanto está regularmente previsto no art. 16, VIII da Lei 9.656/98:

6 - Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(Acórdão n.984566, 20160020330148AGI, Relator: MARIA IVATÔNIA 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 30/11/2016, Publicado no DJE: 31/01/2017. Pág.: 646/656)

¹³⁶DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. CONTRARRAZÕES. PEDIDO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. QUESTÃO PRECLUSA. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA. COPARTICIPAÇÃO APÓS DETERMINADO LAPSO TEMPORAL. PREVISÃO CONTRATUAL LÍCITA. SENTENÇA REFORMADA.

I. O indeferimento do benefício da gratuidade de justiça, uma vez precluso, não pode ser desconstituído por meio de simples reiteração em sede de contrarrazões.

II. Não é nula a cláusula contratual que prevê, após um determinado período de internação, coparticipação do consumidor para o custeio de tratamento psiquiátrico.

III. O sistema de coparticipação atende às particularidades do plano de assistência à saúde e do tratamento psiquiátrico, razão pela qual não pode ser considerado hostil às normas de proteção ao consumidor, salvo quando importar em restrição significativa à prestação do serviço.

IV. Há vedação legal peremptória à imposição de financiamento integral do procedimento por parte do usuário, mas não à coparticipação proporcional em patamar razoável, máxime em face de internações de caráter continuado e de duração indefinida.

V. A proteção ao consumidor não pode ir além do necessário para o restabelecimento do equilíbrio contratual e deixar ao desamparo interesses legítimos do fornecedor, na linha do que prescreve o artigo 4º, caput e inciso III, da Lei 8.078/90.

VI. Recurso conhecido e provido.

(Acórdão n.985177, 20141310072374APC, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 17/11/2016, Publicado no DJE: 19/12/2016. Pág.: 652/670)

hipótese em que o segurado, por conta da natureza específica do tratamento e à guisa de estipulação contratual autorizada pela agência reguladora, passa a arcar com parte das despesas da internação duradoura. Oportuno frisar que os tratamentos psiquiátricos são ainda mais onerosos para o sistema gerido pelos planos de assistência à saúde, pois geralmente são recorrentes e de longa duração. Nesse contexto, não pode ser reputada abusiva a disposição contratual que, sem recusar tratamento à doença que acomete o usuário, prevê meios de retomar o equilíbrio contratual quando o tratamento se prolonga indefinidamente¹³⁷.

O relator infirma ainda que a juridicidade da cláusula de coparticipação não interdita, a depender do caso concreto, a declaração de sua abusividade. Entretanto, assevera que esse “tipo de intercessão judicial só pode acontecer mediante demonstração de flagrante abusividade, levando em consideração a natureza do contrato e o equilíbrio obrigacional que também ampara o fornecedor”¹³⁸.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ainda que não consolidada, pende majoritariamente em favor do entendimento que considera não ser abusiva a cláusula de coparticipação. Outro detalhe relevante advinda da análise jurisprudencial é a constatação de que a solução de litígios que tenham como objeto a referida cláusula contratual necessariamente perpassam pela escolha de uma única via no dicotômico cenário apresentado: a discussão se a cláusula de coparticipação, do ponto de vista do diploma consumerista, seria abusiva ou não. Todavia, a simples declaração jurisdicional a qual infirma ser ou não abusiva a cláusula de coparticipação não constitui, a nosso ver, a solução mais acertada para a controvérsia.

Isso porque, caso declare ser abusiva a cláusula de coparticipação, a decisão judicial necessariamente causará desequilíbrio contratual em desfavor da seguradora, haja a vista o custeio integral do tratamento psiquiátrico implicar excessiva onerosidade ao fundo comum. Por outro lado, a declaração de não abusividade da cláusula de coparticipação poderá implicar em desequilíbrio contratual (ou até mesmo sua rescisão por falta de recurso) em desfavor do consumidor economicamente hipossuficiente. A maniqueísta solução encontrada pelos julgados acima transcritos, portanto, resolve o litígio somente do ponto de vista jurídico-formal, sem conferir provimento jurisdicional satisfativo aos jurisdicionados.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 8

¹³⁸ *Ibidem*, p. 9

Entretanto, diante a incapacidade econômica de alguns beneficiários em arcarem com tais valores – em face até mesmo de uma questão lógica, pois costumeiramente os pacientes estão internados e não reúnem os meios necessários a adimplirem com as parcelas da coparticipação – sobressai o questionamento: e o direito à saúde dos segurados? E as garantias de assistência e proteção ao portador de transtornos mentais previstas na Lei 10.216/01?

A discussão jurídico-formal acerca da validade da cláusula contratual de coparticipação cerra os olhos ao ponto nevrálgico da discussão: pacientes que não possuem recursos econômicos suficientes para custearem a taxa de coparticipação. Sem número de vezes, ainda que titulares de planos de saúde privados, muitos segurados somente conseguem adimplir com o prêmio no limite de seu orçamento, não dispendo de recursos para o custeio da taxa extra de coparticipação. Em outros casos, são beneficiários de planos de saúde total ou parcialmente custeados por seus empregadores. A causa de pedir desses consumidores que buscam tutela jurisdicional não é estrita busca pela declaração de invalidade da cláusula contratual. Sua motivação encontra alicerce na insuficiência de recursos econômicos necessários ao adimplemento da taxa de coparticipação. Assim, a discussão em torno da abusividade da cláusula de coparticipação e que constitui o cerne da quase totalidade dos acórdãos que debatem o tema, é meramente formal, sendo a satisfatividade da prestação jurisdicional amplamente questionável em quaisquer das soluções eleitas.

O binômio “legalidade da cláusula de coparticipação X hipossuficiência econômica do segurado”, portanto, constitui o cerne da discussão em torno da cláusula de coparticipação. Sob o viés puramente normativo, inconcebível considerar-se abusiva cláusula contratual de expressa previsão, a qual não limita temporalmente e nem impõe o custeio integral da internação aos consumidores. Por sua vez, o Direito não pode fechar aos olhos que a despeito de sua validade, a imposição de seu adimplemento ao consumidor constitui medida iníqua e de duvidosa efetividade no plano concreto – sendo mais provável que, após a declaração de sua legalidade, o segurado desfaça a avença. Ante as dificuldades decorrentes da situação posta, o capítulo subsequente se dispõe a sugerir aplicação ao ramo da saúde suplementar privada modelo já presente no sistema educacional privado.

5. SOLUÇÃO POSSÍVEL: COPARTICIPAÇÃO CUSTEADA PELO ESTADO

5.1 Prouni: contextualização da política pública

O Brasil, a partir do final da década de 1960, adotou a política de expansão da educação superior, com especial enfoque no setor privado¹³⁹. Conforme preleciona Carlos Benedito Martins, entre a década de 1965 e 1980, as matrículas de estudantes no setor privado saltaram de 142 mil para 885 mil alunos; tais números passaram a representar 64% do total das matrículas, o que antes representava somente 44%¹⁴⁰.

A ascensão do Partido dos Trabalhadores ao Poder Executivo federal, a despeito de acusar algum crescimento de IES públicas – criação de universidades federais e de institutos federais de educação, ciência e tecnologia – ainda manteve altos índices de matrículas no setor privado de ensino¹⁴¹. Com efeito e no bojo das políticas sociais engendradas no decênio 2003-2013, o Governo Federal cria políticas afirmativas aplicáveis ao ensino superior – bem como aperfeiçoa outras já existentes, como o FIES, criado em 1999 no governo de Fernando Henrique Cardoso. Os exemplos mais marcantes de tais políticas públicas datadas do início do século XXI são a política de cotas (instituída pela Lei 12.711 de 2012) e o Programa Universidade para Todos (instituído pela Lei 11.096 de 2005)¹⁴².

A exposição de motivos da Medida Provisória 213 de 2004, posteriormente convertida à Lei 11.096 de 2005 e que dispõe sobre o Prouni, explicita que o objetivo do programa é “democratizar o acesso da população de baixa renda à educação superior, cujas matrículas estão concentradas no setor privado de ensino”. Ainda no mesmo documento, afirma o legislador que após o ano de 1998 houve exponencial aumento de egressos do ensino médio, fato responsável por aumentar a pressão, em todas as classes sociais, por acesso à educação

¹³⁹ AMARAL, Nelson Cardoso. CHAVES, Vera Lúcia Jacob. *Política de expansão da educação superior no Brasil – o PROUNI e o FIES como financiadores do setor privado*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982016000400049&lang=pt#B32>. Acessado em 28.02.2017.

¹⁴⁰ MARTINS, C. B. *A reforma universitária de 1968 e a abertura para o ensino superior privado no Brasil. Educação & Sociedade, Campinas, v. 30, n. 106, p. 15-35, jan./abr. 2009*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v30n106/v30n106a02>>. Acesso: 28.02.2017

¹⁴¹ *Ibidem*

¹⁴² MELGUIZO, Tatiana. WAINER, Jacques. Políticas de inclusão no ensino superior: avaliação do desempenho dos alunos baseado no Enade de 2012 a 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022017005001103&lang=pt>. Acessado em 28.02.2017.

superior. Destaca ainda o fato de que as vagas não preenchidas no setor privado “alcança patamar superior a 37% da oferta”¹⁴³.

O Prouni, nos termos do artigo 1º da Lei 11.096 de 2005, tem por escopo a concessão de bolsas de estudos integrais e parciais de 50% ou 25% para estudantes de curso de graduação em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos. A bolsa de estudo integral pode ser concedida, conforme previsão expressa do §1º do mesmo artigo 1º, aos estudantes cuja renda familiar mensal *per capita* não exceda o valor de até um salário mínimo e meio; a bolsa de estudos parcial, por sua vez, é permitida aos estudantes em que a renda familiar não ultrapasse o valor de até 3 salários mínimos.¹⁴⁴

Ao contrário do FIES, o Prouni concede bolsas de estudos sem exigir do estudante beneficiado qualquer contrapartida posterior.¹⁴⁵ O financiamento da contraprestação a qual seria obrigado o estudante a adimplir, segundo Nelson Cardoso Amaral, “nos permite aquilatar o tamanho desses dois programas, que dirigem recursos, em forma de títulos da dívida pública, o FIES, ou de isenções tributárias, o Prouni, para as instituições privadas de educação superior”.¹⁴⁶ Em síntese, no Prouni, o Governo Federal remunera as instituições privadas de ensino que adiram ao programa sob a forma de renúncia tributária sobre determinados impostos e contribuições; ainda segundo Nelson Cardoso Amaral, as isenções fiscais concedidas no bojo do programa alcançaram o considerável patamar de R\$ 1 bilhão em 2015.¹⁴⁷ Com efeito, as instituições de ensino privadas credenciadas ao programa, por expressa força do artigo 8º da Lei 11.096, tornam-se isentas no recolhimento de: Imposto de Renda, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social e Contribuição para o Programa de Integração Social.¹⁴⁸

¹⁴³BRASIL. Medida Provisória 214, 13 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/medidasprovisorias/2004_11410.pdf> Acessado em 28.02.2017

¹⁴⁴BRASIL. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111096.html. Acessado em: 1.abr.2017.

¹⁴⁵AMARAL, Nelson Cardoso. CHAVES, Vera Lúcia Jacob. *Política de expansão da educação superior no Brasil – o PROUNI e o FIES como financiadores do setor privado*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982016000400049&lang=pt#B32>. Acessado em 28.02.2017.

¹⁴⁶*Ibidem*

¹⁴⁷*Idem*

¹⁴⁸BRASIL. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111096.html. Acessado em: 1.abr.2017.

Finalmente, depreende-se que no período compreendido entre 1995-2014, houve forte expansão da educação superior brasileira com forte vinculação ao setor privado¹⁴⁹, haja vista o setor público não lograr sucesso em comportar toda a demanda existente no regaço social. Segundo dados elencados por Nelson Cardoso Amaral¹⁵⁰, em 2014, os alunos matriculados em instituições privadas representavam 74,9% do total de alunos matriculados; em contrapartida, os recursos alocados no FIES e no Prouni somente representaram em torno de 15% dos recursos empenhados pelo governo federal na Função Educação. Conclui-se, portanto, que a iniciativa privada, seja sob a forma de isenções tributárias ou empréstimos a juros baixos, contempla maior número de alunos sob menor exigência de recursos que o setor público.

5.2 Possibilidade jurídica de aplicação do modelo adotado pelo Prouni no tratamento psiquiátrico

O Prouni, conforme exposto, consegue equilibrar o atendimento aos diferentes direitos fundamentais envolvidos no ensino superior privado: direito à educação, promoção da justiça social e proteção da livre iniciativa. A seguir, analisaremos a possibilidade legal de eventual modelo de política pública de assistência à saúde, elaborada nos moldes do Prouni e que imponha ao Estado o custeio da taxa de coparticipação dos segurados economicamente hipossuficientes.

A assistência à saúde não trilhou caminho diferente da educação. Conforme explanado por Pereira Filho em seu artigo “Iniciativa privada e saúde”, o sistema público de saúde brasileiro consome 3,5% do Produto Interno Bruto (PIB), enquanto países como a Argentina chegam a 6% e os Estados Unidos a 12%; aduz ainda que, a despeito das boas intenções da proposta consignada pela Constituição Federal, o SUS “ainda tem se revelado incapaz de oferecer assistência a todos, levando crescentes camadas da população à demanda de saúde suplementar, por meio de serviços oferecidos pela iniciativa privada”¹⁵¹.

¹⁴⁹AMARAL, Nelson Cardoso. CHAVES, Vera Lúcia Jacob. *Política de expansão da educação superior no Brasil – o PROUNI e o FIES como financiadores do setor privado*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982016000400049&lang=pt#B32. Acessado em 28.02.2017.

¹⁵⁰*Ibidem*

¹⁵¹PEREIRA FILHO, Luiz Tavares. *Iniciativa privada e saúde*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141999000100011.

Todavia, é de se indagar, ainda que direito à educação e saúde sejam igualmente classificados como direitos sociais e erigidos ao patamar de garantias fundamentais¹⁵², seria possível a aplicação de modelo de política pública na saúde nos mesmos moldes do Prouni? A seguir, analisaremos as equivalências, possibilidades e restrições jurídicas concernentes ao direito em questão.

O primeiro ponto reputa-se ao dever do Estado em custear os procedimentos necessários à manutenção da saúde do indivíduo. O artigo 196 da Constituição Federal determina que é dever do Estado a proteção ao direito à saúde, a qual deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação¹⁵³. Portanto, eventual política pública que tivesse como objetivo o custeio da taxa de coparticipação do tratamento psiquiátrico do segurado pelo Estado, a fim de que obtivesse acesso universal e igualitário ao serviço de saúde, encontraria amparo no referido artigo.

O segundo ponto cinge-se à possibilidade legal de custeio, mediante recursos públicos (seja sob a forma de remuneração ou isenção fiscal), de procedimentos médicos realizados pela iniciativa privada. O artigo 197 da Carta Magna prevê que a regulamentação e fiscalização das ações e serviços de saúde incumbe ao Poder Público; sua execução deve ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado¹⁵⁴. O artigo 199, em seu *caput*, assegura ser a assistência à saúde “livre à iniciativa privada”¹⁵⁵, de forma que as instituições privadas poderão participar de forma complementar ao sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (art. 199, §1º)¹⁵⁶.

O terceiro ponto reputa-se à forma a ser adotada pelo ente público estatal no financiamento do tratamento psiquiátrico. Conforme exposto no capítulo 2 e com previsão no

¹⁵²BRASIL. Constituição da República Federativa (1988)

¹⁵³*Ibidem.*

¹⁵⁴*Ibidem.*

¹⁵⁵*Ibidem.*

¹⁵⁶BRASIL. Constituição da República Federativa (1988). Art. 199. §1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

artigo 8º da Lei 11.096¹⁵⁷, o Prouni concede bolsas aos alunos em instituições privadas, as quais, em contrapartida tornam-se isentas no recolhimento de certos impostos e contribuições. Assim como no setor da educação, o Poder Público pode conceder isenções fiscais às instituições privadas mantenedoras de tratamentos psiquiátricos, exceto nas situações em que a Constituição veda.

As restrições a eventual financiamento público da taxa de coparticipação do tratamento psiquiátrico encontram previsão legal nos §§ 2º e 3º do supramencionado artigo 199. O §2º, sob redação expressa, veda a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. O parágrafo subsequente, por sua vez, veda a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no Brasil, salvo nos casos previstos em lei¹⁵⁸. Portanto, em atinência ao art. 199, §2º da CF/88, tal modalidade de financiamento só poderia ser aplicada às instituições de ensino privadas sem fins lucrativos. Não significa dizer que o Poder Público não poderia custear, sob nenhuma hipótese, a taxa de coparticipação de tratamentos psiquiátricos realizados em instituições com fins lucrativos. Afinal, o art. 199, §1º prevê a possibilidade de contratação, independentemente se com ou sem fins lucrativos, por meio de contratos de direito público ou convênio. O financiamento só não poderia ocorrer, no caso das instituições com fins lucrativos, sob a forma de isenção fiscal como adotado pelo Prouni.

Ademais, a fim de se reconhecer a possibilidade de aplicação de modelo análogo, possível se aproveitar alguns fundamentos coligidos no julgamento da ADI nº 3330-1/DF, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino e que tivera por objetivo de declarar a inconstitucionalidade da Medida Provisória 213 de 2004, responsável por instituir o Prouni. A CONFENEM arguiu a inconstitucionalidade material do projeto de lei por entender que seu teor afrontava os princípios do devido processo legal substantivo, da

¹⁵⁷ BRASIL. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111096.html. Acessado em: 1.abr.2017.

¹⁵⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa (1988). Art. 199. § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

igualdade, da isonomia, da não-discriminação, da autonomia universitária, da livre iniciativa.¹⁵⁹

O relator da ADI 3330, ministro Ayres Britto, julgou improcedente o pedido sob a premissa de que a Constituição Federal de 1988 tem a educação em elevado apreço, a qual erige tal direito, em seu artigo 6º, à categoria de direito social – a exemplo da saúde. Assevera que direitos como educação e saúde são frutos de um “conjunto normativo-constitucional que impõe ao Estado e à sociedade uma atuação rigorosamente concertada ou solidária”.¹⁶⁰ O ministro Joaquim Barbosa, em seu voto-vista e que também opinou pela improcedência da ação, constata que o objetivo do legislador com o Prouni foi solucionar situação que causa perplexidade: a coexistência de restrita parcela da população que logra obter grau acadêmico e inúmeras vagas ociosas nas instituições de ensino privada, as quais não podem ser acessadas pelos indivíduos de baixa renda¹⁶¹.

O direito à saúde mental dos portadores de transtornos psiquiátricos vivencia situação análoga: segurados mais abastados possuem amplo acesso ao tratamento psiquiátrico, pois possuem recursos disponíveis para, além do pagamento do prêmio, custearem a taxa de coparticipação. Em oposição, os economicamente hipossuficientes ficam à mercê do atendimento psiquiátrico público, o qual, conforme anteriormente exposto, não consegue atender suas necessidades de forma eficaz. Assim como nas instituições de ensino superior privadas, as clínicas privadas de tratamentos psiquiátricos padecem de vagas ociosas.

Da mesma forma como aventado na AI 3330, não se poderia cogitar a violação ao princípio da isonomia por eventual política pública que custeasse a taxa de coparticipação de indivíduos economicamente hipossuficientes. Afinal, conforme disposto pelo ministro Joaquim Barbosa, o nosso ordenamento constitucional agasalha o princípio da igualdade material e não meramente formal. Isto é, com fundamento no artigo 3º do texto constitucional, depreende-se que a Constituição optou expressamente pela ideia de que “é necessário

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 3330. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>. Acessado em: 1.abr.2017.

¹⁶⁰ *Idem*

¹⁶¹ *Idem*

extinguir ou pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, promover a justiça social”¹⁶².

O parecer exarado pela Procuradoria Geral da República endossou os fundamentos aos quais filiou-se o voto do ministro Joaquim Barbosa ao reconhecer que a máxima de igualdade não pode impor ao legislador a obrigação de dispensar tratamento idêntico a todos os sujeitos, independentemente da situação fática em que estão inseridos. Destrinchando os ensinamentos de Robert Alexy, prevê que a máxima geral de igualdade assim pode ser interpretada: “um princípio de igualdade que, *prima facie*, exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual se este pode ser justificado com razões opostas (...) se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual”¹⁶³. Finalmente, dos fundamentos jurídicos ora debatidos, possível concluir pela total e irrestrita possibilidade de aplicação de modelo de política pública análoga no ramo da saúde suplementar.

¹⁶²*Ibidem*

¹⁶³*Ibidem*

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho, partindo da análise da constitucionalização do direito privado, objetivou destrinchar o desenvolvimento das premissas jurídico-constitucionais as quais impõem novos paradigmas à interpretação do negócio jurídico privado. É dizer, contratos privados de seguro-saúde, os quais constituem o objeto do presente trabalho, não podem ser interpretados somente sob o prisma dos interesses individuais por ele envolvidos.

O instituto da função social do contrato, o qual encontra previsão expressa tanto na Constituição Federal de 1988, como no Código Civil, implica necessariamente que o contrato privado de saúde atenda interesses coletivos e respeite preceitos normativos de ordem pública. Entretanto, a função social do contrato por constituir instituto sobremaneira aberto, de forma a demandar do intérprete sua integração ante o caso concreto.

No caso específico dos contratos de seguro-saúde com taxa de coparticipação para tratamentos psiquiátricos, incontestável a existência de inúmeros interesses coletivos e normas de ordem pública envolvidos em sua celebração. Contudo, os órgãos julgadores, quando provocados a manifestarem-se sobre a cláusula de coparticipação – a qual constitui mecanismo de limitação ao direito do segurado para que o próprio contrato se torne sustentável – as declaram abusivas por entenderem ser impossível por violação à função social do contrato.

Os julgadores, para declararem tais cláusulas abusivas, interpretam a função social do contrato de seguro-saúde como sendo a proteção ao direito à saúde, a qual deve ser mantida em detrimento aos interesses privados. Contudo, possível concluir que a hermenêutica adotada por tais órgãos é superficial, posto que a proteção à livre iniciativa e o equilíbrio contratual constituírem interesses coletivos e de ordem pública e que são igualmente conglobados pela função social do contrato.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de declarar a legalidade da taxa de coparticipação, a qual, em seu entendimento, constitui mecanismo de regulação apta a manter o fundo mútuo e o próprio equilíbrio contratual. A análise jurisprudencial dos julgados exarados pelo TJDF, por sua vez, nos permitiu observar que a inexistência de entendimento pacificado em seus órgãos julgadores. Alguns arestos declararam a legalidade da cláusula de coparticipação, tal como a consolidada orientação jurisprudencial do STJ, mas muitos acórdãos ainda opinaram pela ilegalidade da taxa de

coparticipação, haja vista sua pretensa violação à função social do contrato de saúde privado, qual seja, o direito à vida e à saúde.

Todavia, ao se analisar as apólices que contenham cláusula de coparticipação, bem como os preceitos constitucionais e consumeristas envolvidos, foi possível concluir que essas cláusulas, quando previstas de forma expressa, redigidas de forma clara e que não imponham o custeio integral do tratamento psiquiátrico são válidas. Isso porque não se pode esquecer que a função social do contrato de seguro-saúde, além do direito à vida e à saúde, instrumentaliza-se pela proteção à livre iniciativa. Inconcebível a declaração da abusividade de mecanismo de regulação do contrato unicamente fundado no fato de que por se tratar de direito à saúde, vedada quaisquer restrições.

Não se pode impor às operadoras de saúde privadas a obrigação pela garantia e prestação universal do direito à saúde, as quais constituem, por previsão constitucional, dever do Poder Público. Ao partir da conclusão de que é o Estado o obrigado a garantir a assistência à saúde em caráter universal, bem como de que a taxa de coparticipação é juridicamente legal, discutimos modelo de política pública de sucesso já aplicada no ensino superior privado.

Ante a falência do ensino superior público, o Governo Federal instituiu o Prouni, o qual tem por escopo garantir o custeio de 50% a 100% das mensalidades em instituições privadas de ensino superior para indivíduos economicamente hipossuficientes. A mesma solução foi pensada para os sujeitos portadores de transtornos mentais, aos quais são cobradas as taxas de coparticipação. Partindo-se da premissa de que a cobrança da coparticipação é legítima e nada tem de abusiva, discutiu-se aplicação de modelo análogo no ramo da saúde suplementar. Quando comprovada a hipossuficiência econômica do portador de transtorno mental e que fosse beneficiário de plano de saúde privado, a cobrança da taxa de coparticipação em 50% sobre o valor do tratamento, ao invés de por ele custeada, seria arcada pelo Poder Público, seja sob a forma de contratos públicos com a iniciativa privada, seja sob a forma de subvenção fiscal.

Finalmente, o presente trabalho teve por objetivo a discussão jurídico-formal da legalidade de cláusula contratual em espécie, bem como a discussão de modelo de política pública propositivo a fim de que fosse concedida solução satisfativa aos jurisdicionados portadores de transtornos mentais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Planos de saúde. Guia prático. Dicas úteis para quem tem ou deseja ter um plano de saúde

AMARAL, Nelson Cardoso. CHAVES, Vera Lúcia Jacob. *Política de expansão da educação superior no Brasil – o PROUNI e o FIES como financiadores do setor privado*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982016000400049&lang=pt#B32>. Acessado em 28.02.2017.

ANDRADE, Mônica Viegas de. LISBOA, Marcos de Barros. *Sistema privado de seguro-saúde: lições do caso americano*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-71402000000100001&script=sci_arttext&tlng=pt#nt07. Acessado em: 03.11.2016

BRASIL, Código Civil, 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 1.abr.2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em: 1.abr.2017.

BRASIL. Lei 10.185, de 12 de fevereiro de 2001. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10185.htm> Acessado em: 1.abr.2017.

BRASIL. Lei 10.216, de 6 de abril de 2001. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acessado em: 1.abr.2017.

BRASIL. Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> . Acessado em: 1.abr.2017.

BRASIL. Medida Provisória 214, 13 de setembro de 2004. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/medidasprovisorias/2004_11410.pdf. Acessado em 28.02.2017

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acessado em: 1.abr.2017.

BRASIL. Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acessado em: 1.abr.2017.

BRASIL. Resolução do Conselho de Saúde Suplementar nº08, de 3 de novembro de 1998. Disponível em:< <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzA3>>. Acessado em: 1.abr.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 302

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 469

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acessado em: 03.11.2016

BRANCO, Paulo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRITTO, Renata Corrêa. *Internação psiquiátrica involuntária e a Lei 10.216 de 2001. Reflexões acerca da garantia de proteção aos direitos da pessoa com transtorno mental*. Disponível: <http://thesis.icict.fiocruz.br/pdf/brittorcm.pdf>. Acessado em 04.03.2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1984

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.. 184.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 418.

DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo. Malheiros Editores, 2006. P.705

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 812

DAVILA, Fábio Ercolani e outros. *Contratos de seguro e suas principais espécies*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10754&n_link=revista_artigos_leitura. Acessado em: 03.11.2016.

DE CASTRO, Janice Dornelles. *Regulação em saúde: análise de conceitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/sociologias/article/view/5781/3387>. Acessado em: 03.11.2016

DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. *Saúde mental e direitos humanos: 10 anos da Lei 10.216 de 2001*. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672011000200012. Acessado em 04.03.2017.

ELIAS, Norbet. *A sociedade de corte: investigação sobre a sociologia da realeza e da aristocracia de corte*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e propriedade contemporâneas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 17.

FACHIN, Luiz Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A dignidade da pessoa humana no direito*. Disponível em <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acessado em: 03.11.2016.

FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. *Metodologia de análise de decisões*, 2010.

GOMES, Orlando. *A função do contrato*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. Pp. 101-109

GOMES, Orlando. Contratos. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Coordenador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

GRAU, Eros. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 64.

HOBBSAW, Eric J. *A era das revoluções*. 9. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. P. 91

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Económica*. Coimbra: Faculdade da Universidade de Coimbra, 1976

JUNIOR, Humberto Theodoro. *O Contrato e a sua Função Social*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 200

MARTINS, C. B. *A reforma universitária de 1968 e a abertura para o ensino superior privado no Brasil. Educação & Sociedade, Campinas, v. 30, n. 106, p. 15-35, jan./abr. 2009*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v30n106/v30n106a02>. Acesso: 28.02.2017

MELGUIZO, Tatiana. WAINER, Jacques. Políticas de inclusão no ensino superior: avaliação do desempenho dos alunos baseado no Enade de 2012 a 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022017005001103&lang=pt. Acessado em 28.02.2017.

PEREIRA FILHO, Luiz Tavares. Iniciativa privada e saúde. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141999000100011.

ROSA, Lucia Cristina dos Santos; CAMPOS, Rosana Teresa Onocko. *Saúde mental e classe social: CAPS, um serviço de classe e interclasses*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282013000200006&lng=pt&nrm=iso.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS, Ricardo Bechara. Direito de Seguro no novo Código Civil e legislação própria. Rio de Janeiro: Forense, 2011

TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Método, 2016, p. 60.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>. Acessado em: 03.11.2016, p. 5