



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E CIÊNCIAS
SOCIAIS – FAJS

LUIZ ANTONIO DE SANTA RITTA

**OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO
CONTRATO COMO BALIZADORES PARA INTERVENÇÃO JUDICIAL
NAS ABUSIVIDADES DAS OPERADORES DE PLANOS DE SAÚDE**

Brasília

2018

LUIZ ANTONIO DE SANTA RITTA

**OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO
CONTRATO COMO BALIZADORES PARA INTERVENÇÃO JUDICIAL
NAS ABUSIVIDADES DAS OPERADORES DE PLANOS DE SAÚDE**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
de Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília - UNICEUB

Orientador: Dr. Professor Danilo Porfírio
de Castro Vieira

Brasília

2018

LUIZ ANTONIO DE SANTA RITTA

**OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO
CONTRATO COMO BALIZADORES PARA INTERVENÇÃO JUDICIAL
NAS ABUSIVIDADES DAS OPERADORES DE PLANOS DE SAÚDE**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
de Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília - UNICEUB

Brasília (DF), _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Danilo Porfírio de Castro Vieira – Dr. Orientador

Professor Examinador

Professor Examinador

AGRADECIMENTO

A minha esposa Liana, razão da minha vida e da minha existência, por sua paciência e compreensão.

À minha amada mãe, que sempre me incentivou a buscar incessantemente o conhecimento.

In memoriam, ao meu pai, que sempre mostrou com sua experiência que a sabedoria através do ensino permite novos desafios.

In memoriam, a José César Hanna que mostrou que o retorno à Faculdade seria o caminho para ocupar o ócio da aposentadoria.

Ao meu filho Renato, minha nora Tatiana e meus netos Isabela, Rafael, Daniela e Isadora que tanto amo.

A todos professores do UNICEUB que souberam ser pacientes com meus questionamentos.

Agradeço especialmente ao Professor Dr. Danilo Porfírio por se disponibilizar, me incentivando nesta nobre jornada.

“O homem só com o alimentar-se não pode estar bem se não fizer também exercício. Os alimentos e os exercícios têm virtudes opostas que, entretanto, colaboram no cuidado da saúde: os exercícios despendem, os alimentos e as bebidas reparam. Vemos, portanto que é preciso conhecer a virtude dos exercícios tanto naturais como forçados, quais contribuem para o aumento das carnes, quais para a sua atenuação; e não somente isso, mais ainda a proporção dos exercícios em relação à quantidade de alimentos, à natureza do indivíduo, à idade, às estações, à mudança dos ventos, à situação dos lugares onde ele vive e à organização do ano. Observamos o levante e o poente das constelações a fim de prevenir-nos contra as mutações e as condições excessivas de alimentos, das bebidas, dos ventos e do mundo inteiro, circunstâncias que provocam doenças. Mesmo conhecendo tudo isso, a descoberta não está completa: se de fato, for possível achar, além disso, para cada natureza individual, uma medida de alimentos e uma proporção de exercícios sem excesso, nem para mais nem para menos, teremos um meio exato de manter a saúde”.

Hipócrates

RESUMO

Pretende-se no presente trabalho demonstrar as abusividades das Operadoras de Plano ou Seguro de assistência à saúde ao limitar, em questão de tempo, as internações, tanto hospitalares como em centros de terapia intensiva Para tanto, utilizaremos, dos princípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos de forma a demonstrar nas relações de consumo notadamente as regidas pela Lei de Planos de Saúde (Lei 9.656, de 03.06.1998) como tais vedações em diversos arestos são reprováveis pela doutrina e jurisprudência.

Palavras-Chave: Plano de saúde. Boa-fé Objetiva. Função Social do Contrato. Relações de Consumo. Lei 9.656/98.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DO PLANO DE SAÚDE: NATUREZA CONTRATUAL E CARACTERÍSTICAS	10
2 BOA-FÉ OBJETIVA E A FUNÇÃO SOCIAL COMO DIRETRIZ NO PLANO DE SAÚDE.....	20
2.1 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO À LUZ DO CC, CDC E LEI DOS PLANOS DE SAÚDE	25
2.2 BOA-FÉ OBJETIVA SOB A ÓTICA DA ORDEM JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO E A LEI DOS PLANOS DE SAÚDE	30
3 POSICIONAMENTO JURISDICIONAL SOBRE A LIMITAÇÃO DA COBERTURA DOS PRAZOS DE INTERNAÇÃO EM PLANOS DE SAÚDE.....	35
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

A saúde é um dos direitos que deve ser assegurado pela Lei, mormente àqueles que se encontrem em situações de risco, amparados em contratos com Operadoras de Planos de Saúde.

Como prevê a Constituição Federal é facultado a iniciativa particular à assistência à saúde, que se dará mediante contratos de prestação de serviços mantidos por usuários em razão da garantia de atendimentos médico-hospitalares e exames a serem fornecidos no futuro dado o recebimento de uma contraprestação mensal pelos serviços prestados.

Neste sentido, em prima facie, o presente trabalho pretende identificar a natureza destes contratos de planos de saúde, bem como suas características, além do amparo jurídico na atual legislação.

Para tanto, haverá a aplicação complementar do Código de Defesa do Consumidor à Lei 9.656/98 — Lei dos Planos de Saúde — em face de se tratarem contratos de adesão onde há uma pré-elaboração unilateral de cláusulas pré-formatadas em contratos de massa com aceitação da parte vulnerável.

No entanto, a despeito de existirem cláusulas obrigatórias nos contratos de Planos de Saúde, bem como coberturas obrigatórias a serem seguidas pelas Operadoras de Planos de Saúde já se tornou prática comum destas prestadoras de serviços de limitarem o tempo de internação tanto hospitalar, em caso de urgência e emergência, como em centros de terapia intensiva.

Desta forma, são trazidos dois princípios contratuais — a função social do contrato e a boa-fé objetiva — como plano de obra deste trabalho de modo a possibilitar a intervenção judicial frente as abusividades praticadas pelas Operadoras de Planos de Saúde.

A função social do contrato na busca da causa contratual que está voltado este tipo de ajuste nos contratos de planos de saúde, enquanto a boa-fé objetiva, principalmente pelas funções interpretativas e de controle, já que incidem a manifestação, em termos de cláusula, mais favorável ao consumidor, bem como a vedação de cláusulas abusivas.

Neste norte, em diversos arestos são encontrados estes princípios, que se tornaram tanto cláusula geral para aplicação pelo Juiz, como derivaram na geração de súmula jurisprudencial a tolher tal entendimento: de limitação do prazo de internação hospitalar.

Verifica-se a garantia do equilíbrio com aplicação da justiça contratual pelos juízes para vedação da limitação do tempo de internação, tanto em hospital como em centro de terapia intensiva.

1 DO PLANO DE SAÚDE: NATUREZA CONTRATUAL E CARACTERÍSTICAS

A priori, é salutar informar que se tratam os planos de saúde de contratos existenciais diferentemente dos contratos patrimoniais, uma vez que a saúde como engloba o bem estar psicofísico da pessoa, como natureza essencial da manutenção da vida e para o alcance da dignidade da pessoa humana.

É mister que se estabeleça que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, conforme prevê o artigo 199 da Constituição Federal (BRASIL,1988). Com tal amparo, nos dizeres de (GOMES, 2016, p. 77): “o setor de saúde suplementar — o qual engloba todos os prestadores de serviços privados de assistência à saúde, que possuem, por objetivo a obtenção de lucro com o exercício da atividade, mediante o recebimento de contraprestação pelos serviços prestados”.

Aliás, o § 1º do artigo 199 da Constituição Federal contempla que “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferencia as entidades filantrópicas sem fins lucrativos”. (BRASIL,1988). No entanto, é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, conforme § 2º da Carta Magna.

Como norma regulamentadora dos Planos e seguros privados de assistência à saúde, apenas em 03.06.1998, o legislador infraconstitucional se dispôs a regulamentar e fiscalizar os serviços prestados pelas operadoras através da Lei 9.656, os quais estão vinculados à ANS (Agência Nacional Suplementar).

Consoante redação dada pela Medida Provisória 2.177-44, de 24.08.2001, definiu no artigo 1º inciso I, o Plano Privado de Assistência à Assistência à Saúde da seguinte forma:

Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor. (BRASIL, 2001)

Importante registrar, que (GOMES, 2016) em face da definição de Plano Privado de Assistência Privada, este contrato consiste num negócio de prestação de serviços, por prazo indeterminado, de nítida natureza securitária — haja vista que somente são exigidos pelos beneficiários, caso venham a necessitar de algum exame/tratamento médico, ou seja, dependem de evento aleatório — por meio do qual, em face do pagamento de prestação mensal pelo cliente/beneficiário, a operadora se obriga a garantir o tratamento de saúde daquele, sempre que necessário.

Quanto à existência de um evento aleatório é bom ressaltar que há dois tipos os contratos abarcados pela Lei 9.656/98, os seguro-saúde que são contratos aleatórios, que na boa definição de (Pereira, 2013, p. 61) “são contratos em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e susceptível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a de outra parte.” Embora envolva um risco, álea para um dos contratantes que terá na prestação envolvida com cálculos atuariais. Tal difere dos contratos de planos de saúde, comutativos, com prestação certa e determinada.

Em sequencia há a definição de Operadora de Plano de Assistência à Saúde no inciso II do mesmo dispositivo, in verbis:

Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo. (BRASIL, 2001)

Como subsidiariedade à legislação específica, o artigo 35-G estabelece que:

Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da [Lei nº 8.078, de 1990](#). (BRASIL, 2001)

No entanto, ocorre uma impropriedade técnica do legislador, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é uma lei geral principiológica relativa a todas as relações de consumo, à medida que a Lei 9.656 dos Planos de Saúde é uma lei especial relativa a apenas uma relação de consumo. Portanto, deve haver uma aplicação cumulativa e complementar do Código de Defesa do Consumidor à Lei 9.656/98, haja vista que da “lei geral extraem-se os comandos principiológicos aplicáveis à proteção do consumidor, a passo que à legislação específica caberá reger, de forma minudenciada, os planos de saúde, conforme Marques e Schmit (2008).

A propósito, temos que trazer à baila a tese do diálogo das fontes, de Erik Jayme, trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques, que sobretudo teve primeira aplicação com a possibilidade de fundamentação do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil, ao campo das relações obrigacionais, principalmente contratos. Tal aproximação se deu através dos princípios sociais contratuais da boa fé e da função social dos contratos.

Sob a ótica de contrato de prestação de serviços de saúde temos que esclarecer está pautado das normas do Código de Defesa do Consumidor diferentemente do Código Civil, mas com incidência subsidiária de normas do regime civil, ou seja, inadimplência, etc.

No que concerne a incidência complementar do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de saúde, não resta dúvida que o usuário ao celebrar um dos diversos tipos de contratos existentes na Lei 9.656 realiza um relação de consumo, em que de um lado se encontra o consumidor como estatuído no art. 2º

da Lei 8.078 e de outro a operadora do Plano de Saúde, que se notabiliza como fornecedor (art. 3º), conforme abaixo:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

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

Já ficou pacificado na jurisprudência a Súmula do Tribunal de Justiça de nº 469, de 06.12.2010 que há aplicação complementar do Código de Defesa do Consumidor aos Planos de Saúde, conforme o seguinte texto: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos Planos de Saúde”. (BRASIL, 2010)

No entanto, em recente decisão jurisprudencial o STJ entendeu pelo não cabimento da Súmula em relação aos planos de autogestão, em razão da não comercialização ao público em geral, ou seja, a empresa empregadora assumi a responsabilidade pela gestão e pelo fornecimento de serviços de assistência médico-hospitalar. De tal forma que a Súmula 469 foi cancelada, passando a vigorar a Súmula STJ 608, de 17.04.2018: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”. (BRASIL, 2018)

Neste diapasão, em termos de classificação da Lei de Planos de Saúde, faz se necessário que se diga que a Lei de Planos de Saúde, quanto ao segmento de cobertura, divide os contratos de planos de saúde em duas espécies: Plano de Referência e planos segmentados.

O Plano de Referência, de acordo com o artigo 10 da Lei 9.656/98, compreende uma espécie contratual de oferecimento obrigatório por todas

operadoras de plano de saúde, excetuando-se apenas as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos. (BRASIL, 1998).

Já os Planos Segmentados se caracterizam por ser ramificações do Planos de Referência, ou seja: plano ambulatorial, plano hospital, plano hospitalar com atendimento obstétrico e plano odontológico.

Quanto ao aspecto temporal da Lei 9.656/98 importante registrar que o § 2º do artigo 10 dispõe que as pessoas jurídicas deverão oferecer o plano de referência, a partir de 3.12.1999, a todos os seus atuais e futuros consumidores, sendo o artigo 35-E vedou a interrupção de interrupção de internação hospitalar em leito clínico ou em centro de terapia intensiva, aos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei (02.09.1998).(BRASIL, 2001).

Recapitulando o conceito de Operadora de Plano de Saúde acima transcrito, as formas de planos de saúde são classificadas nas seguintes modalidades: Administradora de Benefícios, Cooperativa Médica, Cooperativa Odontológica, Autogestão, Medicina de Grupo, Odontologia de Grupo, Filantropia e Seguradora Especializada em Saúde.

Ademais, em face da inexistência de paridade de armas, diante de que é um contrato de adesão numa relação massificada em que o usuário do Plano de Saúde não pode discutir as cláusulas pré-formatadas, conforme o artigo 54 do CDC, ou seja, segundo (GOMES, 2016, p. 69) “a redação dos contratos de planos de saúde é composta de cláusulas limitativas que excluem determinados procedimentos de cobertura, sem levar em conta os interesses da parte aderente”, nem mesmo a natureza do bem jurídico objeto do instrumento contratual.

No entanto, tal discricionariedade das operadoras de planos de saúde é reduzida com a introdução pela Lei 9.656/98 de cláusulas contratuais obrigatórias constantes do artigo 16:

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:

- I - as condições de admissão;
- II - o início da vigência;
- III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames;
- IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o caput do art. 15;
- V - as condições de perda da qualidade de beneficiário;
- VI - os eventos cobertos e excluídos;
- VII - o regime, ou tipo de contratação:
 - a) individual ou familiar;
 - b) coletivo empresarial; ou
 - c) coletivo por adesão;
- VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica;
- IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária;
- X - a área geográfica de abrangência;
- XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias.
- XII - número de registro na ANS

Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações. (BRASIL, 2001)

Diante de que os contratos de planos de saúde não são paritários não podemos esquecer que são sinalagmáticos, na medida em que envolvem prestação e contraprestação, além de consignar a comutatividade e onerosidade.

Quanto à caracterização dos contratos de adesão, afirma Marques (2011):

“Podemos destacar como características do contrato de adesão: 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, pelo qual o consentimento se dá por uma simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte”.

Embora haja a unilateralidade do contrato, não devemos nos esquecer que a aceitação pelo oblato se deveu em razão da garantia de atendimentos médico-hospitalares, bem como exames em prol da saúde do usuário, em circunstância futura e incerta.

Diante da indeterminação dos consumidores abrangidos no contrato de adesão, urge esclarecer que o inciso VII do artigo 16 da Lei 9.656 determina o regime ou tipo de contratação: a) individual ou familiar; b) coletivo empresarial; ou c) coletivo por adesão. Fica claro, segundo a ANS que o primeiro tipo está excluído da classificação como contrato de adesão.

Adverte (GOMES, 2016, p. 121) que um outro ponto dos “contratos de plano de saúde, além de possuírem a natureza existencial, se enquadram quanto ao método de contrato de adesão; e quanto à sua função na sociedade, constituem espécie de contrato cativo de longa duração”.

Estes contratos cativos de longa duração se enquadram como contratos coligados, que segundo (Pereira, 2013, p. 68):

“contratos coligados são resultado de uma hipercomplexidade contratual que decorre da necessidade de concretização de interesses cada mais intrincados e que devem conectar-se com outras situações jurídicas que a estes estejam ligados. Ocorre uma conexão funcional entre os contratos, fazendo com que só uma executividade jurídica se outro também tiver, formando assim uma rede de contratos interdependentes. Exemplo típico encontra-se em contrato de plano de saúde em que coligam prestação de serviços médicos, de hospitalização, fornecimento de medicamentos e de seguro, etc.”.

A denominação de “contratos cativos de longa duração é atribuída por Marques (2011) aos contratos que se enquadram na seguinte caracterização:

“Trata-se de serviços que promete segurança e qualidade, serviços cuja prestação é descontínua, de fazer e não fazer, de informar e de não prejudicar, de prometer e cumprir, de manter sempre o vínculo contratual e o usuário cativo. São serviços contínuos e não imediatos, serviços complexos e geralmente prestados por fornecedores indiretos, fornecedores-terceiros, aqueles que realizam o ‘objetivo’ do contrato – daí a importância da noção de cadeia ou de organização interna de fornecedores e sua solidariedade. O contrato de longa duração, de execução sucessiva e protraída, trazendo em si expectativas outras que os contratos de execução imediata. Esses contratos baseiam-se mais na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, pois trazem implícita a expectativa de mudanças nas condições sociais, econômicas e legais da sociedade nestes vários anos de relação contratual. A satisfação da finalidade perseguida pelos consumidores (por exemplo, futura assistência médica para si e sua família) depende da continuação da relação jurídica fonte de obrigações, A capacidade de adaptação, de cooperação entre os contratantes, de continuação da relação contratual é aqui essencial básica”.

Diante da incerteza quanto à doença, os contratos de longa duração são contratos de trato sucessivo, de modo que o consumidor e a coletividade ao aceitá-lo tem como propósito também manter a saúde financeira do fornecedor, que recebe uma remuneração pré-estabelecida, podendo ocasionalmente ter revisão técnica da carteira em função de desequilíbrios decorrentes da variação de custos assistenciais e frequência de utilização, conforme § 1º do artigo 3º. da Resolução ANS 19/2).

Conforme consagrado como direito fundamental o inciso XXXII do artigo 5º. da Constituição Federal: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (BRASIL, 1998), assim e imperioso que o consumidor como parte vulnerável da relação (art. 4, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcrito), tanto técnica como econômica, desfrute, na justiça distributiva, da proteção do Estado:

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

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Isto consagra na renomada advertência do Padre Lacordaire, no sentido de que, entre o forte o fraco, é a liberdade que oprime e a lei que liberta (“entre le fort e le faible c’est la liberté qui oprime et la loi qui affranchit”).

Segundo Nunes (2017), a vulnerabilidade técnica nos contratos de adesão decorre do esvaziamento da escolha do consumidor, quanto ao que a operadora do plano de saúde oferece em termos do que, quando e de que maneira a prestação de serviço ser-lhe-á oferecida, objetivando unicamente interesses empresariais, ou seja, o lucro. Já a vulnerabilidade econômica decorre da maior capacidade econômica que o fornecedor tem em relação ao usuário do plano de saúde.

Diante do que prescreve o artigo 373 do CPC, ônus da prova incumbe ao autor em face do fato constitutivo do seu direito, que combinado com o CDC teria de provar o nexo de causalidade da prestação de serviço com vício, do dano, de forma a pleitear a indenização pelo vício do serviço no plano de saúde. Todavia de acordo com o poderio do prestador de serviço de saúde, o Código de Defesa do Consumidor trata diversamente e garante a inversão do ônus da prova em Juízo, a critério do juiz quando for verificada verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor. (BRASIL, 2015)

Neste sentido, o juiz não precisa ficar adstrito a legalidade, podendo considerar, conforme o caso, o que seja mais conveniente ou oportuno, de acordo com o Parágrafo Único do Artigo 723 do CPC. (BRASIL, 2015)

Mas diante da ampla defesa e contraditório, o Juiz pode formar convicção de modo diferente em face das alegações do autor ou diante da hipossuficiência do consumidor, que segundo Nunes (2017) tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o dano, das características do vício, etc.

Conforme GOMES (2016):

“a análise de possível abusividade de determinada cláusula de contrato de plano de saúde pelo magistrado deve levar em consideração, além das disposições específicas da Lei nº 9.656/98, a disciplina acerca de cláusulas abusivas presentes no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que referido texto legal consagra, dentre os direitos básicos do consumidor, a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, IV)”.

Além disso, na excelente lição de (Martins-Costa, O direito privado como um sistema em construção, 2000, p. 28), a cláusula geral:

“constitui uma disposição normativa que utiliza no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão de seu campo semântico. Essa disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência para que à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas”.

2 BOA-FÉ OBJETIVA E A FUNÇÃO SOCIAL COMO DIRETRIZ NO PLANO DE SAÚDE

Em face da busca da causa contratual na função social do contrato e principalmente, pela funções de controle e interpretativa existentes na boa-fé objetiva, que consagramos que tais princípios são norteadores dos contratos de planos de saúde,

A causa contratual como uma função econômica e social de cada típico ajuste. Segundo (Betti, 1994, p. 180) afirmava que:

“a causa do contrato deve atender uma exigência de sociabilidade determinada pela função ordenadora do direito e que, por isso, a cada tipo contratual genérico (troca de bens ou serviços, cooperação, gestão de negócios, beneficência, etc.) deve corresponder um interesse socialmente variável prévia e abstratamente, a configurar verdade tipicidade da causa, antes social que jurídica, conteúdo, afinal, da função econômico-social dos ajustes”.

No caso específico dos planos de saúde segmentados, do tipo hospitalar, que abrangem internação existem três tipos de vedações. A primeira relativa a limitação do prazo de internações hospitalares; a segunda relativa o valor máximo de internações; e por último ao local específico desta internação, ou seja em centros de terapia intensivo.

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

II - quando incluir internação hospitalar:

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

b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente. (BRASIL, 2001)

Alerta-se que a simples relação as coberturas contratadas quanto à cobertura dos planos de saúde, em segmentados, não exclui os planos de referência em razão da amplitude do atendimento.

Adverte-se, também, que a imprevisibilidade da doença não exime a operadora de plano de saúde de limitar o prazo de internação hospitalar, eximindo-se da obrigação contratual, já que o tempo necessário ao restabelecimento de saúde do usuário é inerente a cada um.

Godoy (2004) já advertia que a abusividade de limites de internação hospitalar ou em centro de terapia intensiva ligadas a doenças cobertas verifica-se nos arestos existentes à época pela verificação da finalidade social a que voltada este tipo de ajuste. O recurso à identificação da “finalidade” ou “natureza” do contrato, exatamente a procura de sua causa, enquanto caracterização do ajuste e, a partir daí, do controle da abusividade, mas em última análise, do atendimento da sua função social.

Através da causa e do controle da juridicidade do contrato verifica-se a obediência a função social do contrato, que segundo (Bessoni, 1982, p. 27): “função econômica e social do contrato é fórmula de extrema síntese, que designa eficazmente o objeto e a finalidade das formas de controle judicial”.

Quanto à boa-fé objetiva que se exterioriza em (3) três funções: integrativa, de controle e interpretativa. Relatamos a necessidade de verificar as funções de controle e interpretativa, uma vez que a de controle tem por mister a verificação dos exercício abusivo dos direitos subjetivos dos contratantes, que se denota em contratos de massa; e também a interpretativa em face do critério hermenêutico de privilegiar o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade dos contratantes.

Isto se dá em relação a boa-fé objetiva dado uma estreita relação com artigos do Código de Defesa do Consumidor, em especial o artigo 51, que trata das cláusulas abusivas existentes em contratos de planos de saúde e também, e o artigo 47 que explicita que as cláusulas serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

No entanto, o dever de informação objeto da função integrativa da boa-fé objetiva não se torna menos importante diante da proteção das legítimas expectativas geradas para o usuário de plano de saúde, em face da complexidade quanto à cobertura de determinada assistência à saúde por ele contratada. Principalmente, segundo GOMES (2016), não ser incomum o usuário aderir ao contrato sem ter conhecimento de seu real conteúdo, acreditando que obterá amparo geral da assistência médico-hospitalar a todos os riscos futuros à sua saúde, sobretudo em situações de urgência e emergência e iminente risco de vida, em razão de não ter conhecimento técnico suficiente para discernir se determinada doença ou procedimento está ou não excluída da cobertura.

Desta forma, os contratos de plano de saúde com características nitidamente existenciais devem propiciar ao usuário em face do dever de informação implícito no princípio da boa-fé objetiva, na função integrativa, pleno conhecimento em todas as fases contratuais — pré-contratual, na contratual e na pós-contratual.

Tal objetivo é destacado por TARTUCE (2007), no artigo 422 do Código CC, no tocante a todas as fases contratuais nos dois Enunciados da I e III Jornada de Direito Civil, respectivamente: “o artigo 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós”; e “a boa fé objetiva deve ser observada pelas partes nas fases de negociações preliminares e após a execução do contrato, quanto tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

Desse modo, a permitir ao contratante perfeita compreensão da cobertura contratada, inclusive em contratos de massa, em que se redija com destaque

cláusulas limitativas/excludentes de cobertura, conforme consignado nos artigos 31 e 46 do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcritos. Caso contrário, a operadora de plano de saúde está fadada a ser responsabilizado por danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Tal dever de informar é ressaltado por Gomes (2016) na atribuição prevista a operadora de plano de saúde, notadamente no parágrafo único do artigo 16 da Lei n.º. 9.656/98, que assim, dispõe, in verbis:

Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.

A título de exemplo, diversos arestos tratam na contratação de plano de saúde em que não sejam exigidos exames prévios dos usuários, não podem futuramente tolher o direito de internação hospitalar com a alegação de doença pré-existente.

Com enfoque ainda no princípio da boa-fé objetiva há de ressaltar a tutela da confiança de suma importância na execução das obrigações decorrentes de contratos de planos de saúde, de modo a não corresponder com as legítimas expectativas do usuário, notadamente quando ao tratamento adequado da doença prevista em contrato, bem como resolução do contrato pelo inadimplemento mínimo do usuário.

Diante de tais posicionamentos em relação à função social do contrato e a boa-fé objetiva verifica-se plenamente a aplicação de tais princípios como balizadores dos contratos de plano de saúde, sendo, no entanto, necessário uma exposição mais detalhada dos conceitos e links do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor à Lei 9.656/98.

2.1 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO À LUZ DO CC, CDC E LEI DOS PLANOS DE SAÚDE

É necessário que refaça uma recapitulação da função social do contrato com intuito de se entender como há aplicação do solidarismo na eficácia interna, que se espraia pelos planos de saúde; como há a mitigação da liberdade contratual nos contratos de adesão dos planos de saúde; além de que entender a mitigação dos efeitos dos contratos em relação a terceiros que não façam parte do ajuste.

Com o Código Civil de 2002 veio a previsão em seu art. 421 da função social: “A liberdade de contratar será exercida em razão e no limites da função social do contrato”. (BRASIL, 2002)

No campo das cláusulas vexatórias que agravam a situação do aderente, adverte (Martins-Costa, A boa fé no direito privado, 2000, p. 353) ao analisar o artigo 421 do CC de que a função social é:

“uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual, o que é reafirmado [pelo novo Código Civil], estando na base da disciplina contratual e constituindo o pressuposto mesmo da função (social) que é cometida ao contrato. Ao termo condição pode corresponder uma conotação adjetiva, de limitação da liberdade contratual. Nesse sentido, a cláusula poderá desempenhar, no campo contratual que escapa à regulação específica do Código de Defesa do Consumidor, funções análogas às que são desempenhadas pelo artigo 51 daquela lei especial, para impedir que a liberdade contratual se manifeste sem peias. Na sua concreção o Juiz poderá avaliadas e sopesadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação das cláusulas contratuais abusivas, inclusive para efeito de formar, progressivamente, catálogos de abusividade”

Sabemos a autonomia da vontade contém dois subprincípios a liberdade de contratar e a liberdade contratual. A liberdade de contratar diz respeito a escolha das pessoas com que será celebrado o negócio. Enquanto a liberdade contratual traz a ideia das condições a serem assinaladas no contrato.

De acordo com Tartuce (2007) define o princípio da função social dos contratos como um regramento contratual de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do CC), pelo qual o contrato deve ser, necessariamente analisado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade”.

Assim segundo este autor a função social está intimamente ligada ao conceito de finalidade e utilidade, ou seja, se o contrato não atende a finalidade social, o interesse público, o princípio da função social vai agir cerceando a autonomia da vontade, invalidando o contrato. Repito, o princípio da função social do contrato é princípio que dá lastro ao contrato, lhe dá validade no mundo contratual.

De antemão, traremos os pilares onde respaldam a dupla eficácia da função social do contrato, ou seja a eficácia interna (entre as partes contratantes) e a eficácia externa (para além das partes contratantes).

Diante dos princípios esculpidos nos incisos III do artigo 1º. e inciso I do artigo 3º. da Constituição respectivamente, da dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade, livre, justa e solidária (solidarismo) que dão alicerce a eficácia interna da função social do contrato e quando presentes interesses metaindividuais, ou seja, interesses coletivos, em sentido lato, daremos guarita a eficácia externa da função social do contrato. (BRASIL, 1988)

Vale ressaltar os interesses metaindividuais ou transindividuais, que transcendem ao indivíduo, também estão previstos constitucionalmente nas atribuições cometidas ao Ministério Público quanto a ação civil pública no inciso III do art. 129, quanto a ação civil pública de outros interesses difusos e coletivos. (BRASIL, 1988)

A eficácia interna da função social encontra amparo na pesquisa da causa contratual, sua razão prática de ser, determinante do concreto interesse a satisfazer

as expectativas supostas naquele negócio de transferência de riquezas, ou seja, a causa mantém estrita relação com a finalidade e utilidade do negócio

Claro que as expectativas ou motivos objetivados no ajuste, expressa ou tacitamente, parte integrante dos interesses a serem atingidos se inserem no plano subjetivo dos contratantes, quer dizer, pessoal das partes contratantes.

Se porventura o contrato desviar de prestar-se ao seu objetivo, entrará o controle da juridicidade da função social que ele em consonância com a utilidade e finalidade deve ostentar, em face da abusividade praticada inter partes.

Já a eficácia externa da função social do contrato tem estreita relação com o tema de contratos coligados ou conexos, qual seja de ajuste interdependentes ou inter-relacionados que, não fizeram parte do contrato, expandindo-se assim a oponibilidade dos contratos.

Importante registrar, no tocante a mitigação do princípio da relativização dos efeitos do contrato, conforme assinala (GOMES, 2016, p. 150):

“existem duas hipóteses básicas: a) terceiros à relação contratual devem respeitar “os efeitos do contrato no meio social, sendo vedada a atuação dolosa que prejudique o direito subjetivo do contratante; e b) terceiros à relação contratual tem o direito de não sofrerem reflexos prejudiciais dessa relação da qual não fazem parte”.

Neste particular, sobre a ótica da forma de atuação das operadoras de planos de saúde, abordamos a hipótese da modalidade de Administradora de Benefícios, que nada mais é que, conforme artigo 2 da Resolução Normativa n^o 196, de 14.07.2009, que a Pessoa Jurídica que propõe a contratação do Plano de Saúde na Coletivo na condição de Estipulante. Neste sentido o usuário ou plano privado de assistência à saúde contrato não pode ser prejudicado na relativização dos efeitos do contrato.

Ressalte-se que esta dupla eficácia social foi objeto do Enunciado de nº 23, aprovado na I Jornada de Direito Civil, pelo qual “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 deste princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, 2003)

No tocante à eficácia externa da função social do contrato ou a oponibilidade dos contratos a terceiros, o que nos interessa no presente caso quanto à mitigação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos nas relações de massa ou na estandardização dos contratos, visando permitir a maior circulação de riqueza, que se deu com a Lei 8.078. (BRASIL, 1990)

Com a Lei 8.078 — Código de Defesa ao Consumidor — se introduziu no mercado os contratos de adesão, que conforme o art. 54 e conceitua como:

“aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo”. (BRASIL, 1990)

Entende Gomes (1996) que há um monopólio no contrato de adesão em que razão do “o que caracteriza o contrato de adesão é uma circunstância de aquela a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido”.

Como já ressaltado pela tese do diálogo de fontes do Código do Consumidor ao Código Civil se deu através dos princípios sociais contratuais da boa fé e da função social dos contratos.

Como premissas a dar complementaridade aos dois sistemas (CC e CDC), assinala (Tartuce, 2007, p. 87) que:

- a) nunca poderá trazer ao consumidor uma situação de desvantagem, caso o Código de Defesa do Consumidor fosse aplicado isoladamente;
 - b) ambos sistemas são de ordem pública e de interesse social, sendo que o Código Civil mantém estreita relação com a função social do contrato;
 - c) aplicação dos critérios de hierarquia, de especialidade e cronológico quando da existência de situações de antinomia;
- e por último, da aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, no sentido de estabelecer um diálogo com a Constituição Federal.

Com a edição da Lei 8.078/90, GODOY (2004) considera importante a questão de garantia de confiança no produto ou serviço oferecido em massa no mercado, que foi tratado sob à teoria da qualidade, que possui duas vertentes:

uma em que trata do fato do produto ou serviço (acidente de consumo), onde a potencialidade do dano se encontra na incolumidade física ou psíquica do consumidor ou terceiro a ele equiparado (bystander) consubstanciado nos artigos 12 e seguintes do CDC;

e a segunda vertente que trata da quebra da relação qualidade/adequação do produto ou serviço importando na frustração da expectativa do consumidor sobre o uso razoável esperado do produto ou serviço, traçada nos artigos 18 e seguintes do CDC. (BRASIL, 1990)

2.2 BOA-FÉ OBJETIVA SOB A ÓTICA DA ORDEM JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO E A LEI DOS PLANOS DE SAÚDE

De início, cabe ressaltar que Fichtner Pereira (2001), assinala que a exemplo da função social do contrato, a boa-fé objetiva tem previsão constitucional no princípio implícito do solidarismo, esculpido no inciso I do artigo 3º e na ordem econômica (artigo 170), além do Código de Defesa do Consumidor (artigo 4º inciso III) e Código Civil.

A princípio, o artigo 422 do Código Civil apresenta a função integrativa da boa-fé objetiva que é uma das principais fonte de deveres anexos ou acessórios que os contratantes devem manter nas relações obrigacionais, conforme transcrito: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. (BRASIL, 2002)

Faz mister ressaltar que Azevedo (2000) que estes deveres contratuais da boa-fé se iniciam nas negociações preliminares, se põem na fase contratual, como se estendem a fase pós-contratual. No tocante a esta última fase, de igual modo, (MENEZES CORDEIRO 1984) assevera que os deveres anexos dão causa a responsabilidade pós-contratual, de culpa post factum finitum.

Diante da dúvida perante à doutrina de que o descumprimento dos deveres anexos seriam reputados à responsabilidade contratual ou aquiliana, Menezes Cordeiro (1984) acrescenta que há uma cláusula geral sobre responsabilidade delitual, a que diretamente subsumíveis hipóteses de violação de deveres anexos, enfim uma demonstração de desatenção do dever genérico de na causar prejuízo a outrem (neminem ladere), dispensam-se a ficção de recorrer a uma contratualidade que reputa inexistente para os deveres laterais, o que reforça pela inexistência de um contrato ou dever de uma prestação principal, em algumas situações.

Quanto aos deveres acessórios, (Menezes Cordeiro, 1984, p. 439) reduz a tipificação a três genéricos deveres:

o dever de proteção, abrangente de preservação da incolumidade de terceiros;

o dever de esclarecimento, que impõe às partes a obrigação de informar o seu contratante;

o dever de lealdade, aí compreendidos os deveres de omissão de condutas que frustrar o objetivo do ajuste, de sigilo sobre dados obtidos em razão do contrato e cuja divulgação possam prejudicar a consecução de suas finalidades, de assistência e colaboração para com outro contratante.

No particular quanto ao dever de informar, GODOY (2004) entende ser indispensável na relação contratual, conduta de transparência, de esclarecimento sobre os dados, objeto e características atinentes ao contrato, envolvendo inclusive o aconselhamento, quando se trate de ajustes específicos, a que inerente a qualificação técnica de uma das partes, como são os contratos médicos ou de planos de saúde.

No artigo 113 do Código Civil está a previsão da função interpretativa da boa-fé objetiva, de acordo com a seguinte transcrição: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.(BRASIL, 2002)

Segundo Noronha (1994), as cláusulas contratuais devem entendidas de acordo com o sentido objetivo e aparente, interpretando-se-as sempre em função de um significado que o “standart” de conduta leal aponte ser o mais razoável.

Por fim, a função de controle da boa-fé estampada no artigo 187 do Código Civil em que sanciona o abuso do direito, com nulidade, parcial ou total, do contrato, sem prejuízo da reparação do dano sofrido pela vítima, conforme transcrevo: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes. (BRASIL, 2002)

Segundo Godoy (2004) uma relevantíssima função que vem sendo atribuída a boa-fé objetiva e, guarda instrumentalidade com o princípio da função

social do contrato é a boa-fé objetiva como limite de direitos subjetivos como o abuso do direito e a *exceptio doli*, qual seja alguém demandado judicialmente opor, em defesa, o dolo de quem demanda que deverá devolver.

Para (Martins-Costa, 2000, 460) na limitação de direitos subjetivos pela boa-fé objetiva revela-se a teoria de atos próprios onde:

“se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé. O seu efeito primordial é impedir que a parte, ou valha-se do seu próprio cumprimento para beneficiar-se da disposição contratual e legal”.

Daí derivam da aplicação da doutrina do *tu quoque* e, de outro, *venire contra factum proprium*. Do primeiro evita-se que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer o direito dessa mesma norma inferido, como assevera Menezes Cordeiro (1984). Ainda em relação ao *tu quoque*, decorre a *exceptio non adimpleti contractus*.

Em análise particular do *tu quoque* no âmbito médico, podemos inferir na situação em que pai no leito de morte sem expectativas de vida pelo corpo clínico hospitalar, o filho desligue os aparelhos, praticando eutanásia, embora ele ainda esperançoso de um tratamento. Fato em que termos de amparo legal — a eutanásia — não encontra respaldo no direito brasileiro.

Quanto ao *venire contra factum proprio* evidencia-se, segundo o mesmo autor, em exercício contraditório externado pelo próprio indivíduo. De modo a sua configuração: “postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro — o *factum proprium* — é, porém, contrariado pelo segundo”. Conforme Martins-Costa (2000), na base da regra do *venire* está a tutela da confiança da contraparte, da expectativa que lhe foi criada e de não é elemento, ainda da correta advertência da autora, a negligência culpável de quem exerce, aí então indevidamente o direito.

No âmbito do plano de saúde, *o venire contra factum proprium* encontra-se configurado no Resp 714.947-RS em que um usuário de plano de saúde, após ser diagnosticado com um câncer de bexiga, foi acometido de infecção hospitalar, passando por diversas cirurgias. Após esgotados todos os dias de cobertura recursos previstos no Contrato de Assistência Médica, o de cujus foi incentivado para migrar para um plano superior, independentemente de cumprimento da carência. Logo após ter aderido ao plano, necessitando de cuidados médicos, a empresa ré informou-o de que não havia o cumprimento da carência. (BRASIL, 2006).

Diante disso a empresa ré foi condenada "ao pagamento de todas as despesas decorrentes da internação hospitalar do segurado, conforme postulado na inicial, bem como a indenizar os danos morais sofridos pela autora, fixados em 50 salários mínimos . A r. sentença foi mantida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bem como negado embargos declaratórios. (BRASIL, 2006)

Em Recurso Especial perante o Supremo Tribunal de Justiça, o Ministro Cesar Asfor Rocha deu o brilhante voto:

“Não desconheço o entendimento desta Corte, aliás invocado no Recurso especial, no sentido de ser indevida a reparação moral em hipótese de mero inadimplemento contratual. No caso sob exame, todavia, penso que a conduta da demandada desbordou dos limites do simples desrespeito ao contrato. (...) Na espécie a empresa foi além. Não bastasse haver imposto aludida limitação, ainda incentivou o falecido a migrar para plano superior, sob a promessa de contornar imediatamente tal restrição temporal, sem qualquer carência. Porém, **de forma contraditória**, recusou a cobertura de cirurgias justamente sob o argumento de não haver sido transcorrido o prazo de carência” A ementa da decisão é significativa: “Ação indenizatória. Dano moral. Plano de saúde. Recusa indevida na cobertura de cirurgias. O reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, de circunstâncias que excedem o mero descumprimento contratual, torna devida a reparação moral. Recurso Especial não conhecido”. (BRASIL, 2006, grifo do autor)

Complementando a teoria de atos próprios, que se revela uma restrição aos direitos subjetivos, (Díez Picazo, 1986, p. 22) denomina de *supressio e surrectio*.

O conteúdo do primeiro: “Um direito subjetivo ou uma pretensão não pode ser exercida quando o titular não só se preocupa por um longo tempo em fazê-lo, mas tem até dado origem a sua atitude omissa de que o adversário da reivindicação pode objetivamente esperar que o direito não vai mais se exercitar”. Quanto a *surrectio*, segundo o mesmo autor, ao invés de restringir um direito serve para criar outro direito, em face do comportamento continuado da pessoa.

No âmbito dos planos de saúde, (Theodoro, 2014, p. 65) apresenta um mecanismo equitativo da *surrectio* na jurisprudência, especificamente os embargos de declaração no Resp 1.159.621/RJ, em que o beneficiário de seguro de vida que vem sendo sistematicamente prorrogado durante longos anos, não pode ser surpreendido, em determinado momento, com a recusa imotivada de renová-lo (BRASIL, 2011)

3 POSICIONAMENTO JURISDICIONAL SOBRE A LIMITAÇÃO DA COBERTURA DOS PRAZOS DE INTERNAÇÃO EM PLANOS DE SAÚDE

Vale destacar que a jurisprudência era enfática ao entendimento de que as cláusulas de limitações de internações hospitalares, antes da vigência da Lei 9.656/98, eram consideradas não abusivas tendo em conta o “pacta sunt servanda”, conforme ementa in verbis:

PLANO PRIVADO DE SAUDE. CLAUSULA QUE LIMITA O PERIODO DE INTERNAMENTO HOSPITALAR DO ADERENTE BENEFICIARIO. LEGALIDADE. NAO E ABUSIVA, OU ILEGAL, FRENTE AO CODIGO DO CONSUMIDOR, CLAUSULA CONTRATUAL QUE LIMITE O PERIODO DE INTERNAMENTO HOSPITALAR DO CONTRATANTE ADERENTE E BENEFICIARIO A PLANO PRIVADO DE SAUDE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISAO QUE DEFERIU LIMINAR EM CAUTELA INOMINADA QUE SUPERA O PREVISTO NO CONTRATO. PROVIMENTO DO RECURSO, POR MAIORIA. (Agravo de Instrumento No 599059300, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Décio Antônio Erpen, Julgado em 30/06/1999) (BRASIL, 1999)

No quadro da segmentação com internação hospitalar, diferentemente de planos ambulatoriais e odontológicos preveem nos incisos do artigo 12 da Lei 9.656/98, a vedação de limitação do prazo, valor máximo e quantidade de internações, conforme transcrito abaixo:

II - quando incluir internação hospitalar:

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

b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; (BRASIL, 2001)

A abusividade de cláusulas limitativas de prazo de internação foi consagrada em virtude do inciso IV do artigo 51 e inciso II do § 1º do Código de Defesa do Consumidor:

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;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; (BRASIL,1998)

Destaca-se o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir do Resp 158.728, de 16.03.1999, e seguido nos Resp 251024/SP, Resp 249423/SP e Resp 402727/SP:

Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva. 1. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a **boa-fé** e a equidade. 3. Recurso especial conhecido e provido.(Resp 158728/RJ Rel Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgado em 16/03/1999, DF 17/05/1999, p. 197) I(BRASIL, 1999)

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-IV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado. II – Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, **o juiz deve atender aos fins sociais** a que ela se dirige a às exigências do bem comum. III – Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial (Resp 251024/SP, Rel Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira. Segunda Seção. Julgado em 27/09/2000, DJ 04.02.2002, p.270) (BRASIL, 2000)

PLANO DE SAÚDE. Internação. UTI. É abusiva a cláusula que limita o tempo de internação em UTI. Recurso conhecido e provido (Resp 249423/SP, Rel.Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma. Julgado em 19/10/2000, DJ 05.03.2001, p. 170) (BRASIL, 2001)

PLANO DE SAÚDE – REEMBOLSO – HOSPITAL NÃO CONVENIADO – LIMITAÇÃO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO – CLÁUSULA ABUSIVA. I- O reembolso das despesas efetuadas pela internação em hospital não conveniado é admitido em casos especiais (inexistência de estabelecimento credenciado no local, recusa do hospital conveniado de receber o paciente, urgência da internação etc). Se tais situações não foram reconhecidas pelas instâncias ordinárias, rever a conclusão adotada encontra óbice no enunciado 7 da Súmula desta Corte. II – Consoante jurisprudência sedimentada na Segunda Seção deste Tribunal, é abusiva a cláusula que limita o tempo de internação hospitalar. Recurso especial parcialmente provido. (Resp 402727, Rel. Castro Filho, Terceira Turma, Julgado em 09/12/2003, DJ 02/02/20004, p.333) (BRASIL, 2003)

Com tais posicionamentos, o STJ formulou, em 22.11.2004, a Súmula nº 302, com os seguintes dizeres: “É abusiva a cláusula contratual de plano de Saúde que limite o tempo de internação hospitalar”. (BRASIL, 2004)

Conforme consigna GOMES (2016), nula é cláusula limitativa de internação, até porque o usuário não possui, por óbvio, a capacidade de controlar o tempo de internação, o que depende, exclusivamente, da evolução do seu quadro clínico, situação esta, em grande maioria dos casos, fuge até o próprio controle do médico responsável pelo tratamento.

De igual modo, a exigência de carência como forma de limitar a internação do usuário, ainda mais numa situação de urgência ou emergência, é vexatória, a tal ponto que ultrapassado o prazo de 24 horas para contratação é considerada abusiva, conforme ementa in verbis:

CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA OU URGÊNCIA. INTERNAÇÃO EM UTI. LIMITAÇÃO DO PERÍODO DE ATENDIMENTO. CLÁUSULA ABUSIVA. NEGATIVA INDEVIDA DE ATENDIMENTO. DANOS MORAIS IN RE IPSA CONFIGURADOS. SENTENÇA REFORMADA. I ? Considera-se abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado, pois, a limitação do tratamento às primeiras 12 horas da emergência, deixa o consumidor em posição nitidamente desfavorável em relação ao fornecedor, encontrando óbice no enunciado da Súmula 597/STJ: ?A cláusula contratual de plano de saúde que prevê

carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação?. II - A recusa indevida da operadora de plano de saúde à cobertura de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, dá origem ao dever de reparar o dano moral in re ipsa, consistente no agravamento do estado de aflição e angústia do paciente. Sentença reformada para condenar a ré ao pagamento de danos morais ao autor. III - Recurso provido.(TJ-DF 00073826420178070006 DF 0007382-64.2017.8.07.0006, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 11/04/2018, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/04/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada.) (BRASIL, 2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA. LEGALIDADE. SITUAÇÃO DE CARÊNCIA E EMERGÊNCIA. MITIGAÇÃO DO PRAZO DE CARÊNCIA. LIMITAÇÃO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, é lícita a cláusula contratual que prevê prazo de carência para utilização dos serviços prestados pelo plano de saúde, desde que não obste a cobertura do segurado em casos de emergência ou urgência, como na hipótese dos autos. Precedentes. 2 No caso em tela, a Corte de origem, soberana na análise do arcabouço fático-probatório dos autos, consignou estar cristalizada a situação de urgência e emergência na hipótese vertente. Incidência da Súmula 7 do STJ. 3. Não prospera a pretensão da recorrente no sentido de limitar a cobertura de urgência e de emergência ao que foi despendido apenas nas primeiras doze horas de tratamento, tendo em vista o disposto na súmula 302 do STJ: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado". Precedentes. 4. Agravo interno não provido.(STJ - AgInt no AREsp: 1122995 SP 2017/0148810-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/11/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2017) (BRASIL,2017)

Diante de tal parâmetro, um procedimento não coberto pela operadora de plano de saúde, em razão de não constar no rol da ANS, merecia, se constasse do rol da OMS, de uma tutela de urgência prevista no art. 300 do CPC, calcada na probabilidade do direito “fumus boni iuris” e no perigo de dano “periculum in mora”, em face da garantia de tutelar a vida, ainda mais na circunstância do usuário internado em centro de terapia intensiva.

Cumprido questionar a legalidade e sua constitucionalidade, diante do artigo 12, inciso II, alínea “a”, acima transcrito, da Resolução nº 428, de 7.11.2017, que passou a vigorar a partir de 02.01.2018, com a previsão de que as hipóteses de internações psiquiátricas exigiriam do usuário, uma coparticipação, conforme o inciso II do artigo 22, se excedessem a 30 dias, in verbis:

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, 2017)

Assim tais práticas utilizadas pelas operadoras de plano de saúde, como a existência de cláusula coparticipação ou teto para custeio das despesas de internação em UTI são consignadas pelo Relator Ministro Raul Araújo do STJ como abusivas frente ao artigo 54, § 4º do CDC, tendo como fontes, no seu voto a função social do contrato e a boa-fé, abaixo apenas a ementa:

CIVIL. CONSUMIDOR. SEGURO. APÓLICE DE PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA ABUSIVA. LIMITAÇÃO DO VALOR DE COBERTURA DO TRATAMENTO. NULIDA DEDECRETADA. DANOS MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. RECURSO ESPECIALPROVIDO. 1. É abusiva a cláusula contratual de seguro de saúde que estabelece limitação de valor para o custeio de despesas com tratamento clínico, cirúrgico e de internação hospitalar. 2. O sistema normativo vigente permite às seguradoras fazer constar da apólice de plano de saúde privado cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo a responder pelos riscos somente na extensão contratada. Essas cláusulas meramente limitativas de riscos extensivos ou adicionais relacionados com o objeto do contrato não se confundem, porém, com cláusulas que visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação, as quais são abusivas. 3. Na espécie, a seguradora assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada. Todavia, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura, ao estabelecer um valor máximo para as despesas hospitalares, tornando, assim, inócuo o próprio objeto do contrato. 4. A cláusula em discussão não é meramente limitativa de extensão de risco, mas abusiva, porque excludente da própria essência do risco assumido, devendo ser decretada sua nulidade. 5. É de rigor o provimento do recurso especial, com a procedência da ação e a improcedência da reconvenção, o que implica a condenação da seguradora ao pagamento das mencionadas despesas médico-hospitalares, a título de danos materiais, e dos danos morais decorrentes da injusta e abusiva recusa de cobertura securitária, que causa aflição ao segurado. 6. Recurso

especial provido.(STJ - REsp: 735750 SP 2005/0047714-2, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 14/02/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/02/2012) (BRASIL, 2012)

Com a mesma guarita na internação em UTI para a manutenção da vida do usuário tem-se o procedimento de Home Care, que não pode ser desconsiderado como mais auspicioso para a saúde do usuário, mormente em termos de qualidade de vida e sobretudo, desafetação que o usuário estará da infecção hospitalar, conforme ementa in verbis:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 573.747 - SP (2014/0201463-1)
RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA AGRAVANTE : AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA ADVOGADO : MARIA CAROLINA SULETRONI E OUTRO (S) AGRAVADO : DANIEL DE SOUZA OLIVEIRA ADVOGADO : ENZO ALEX VELASQUEZ FARIAS E OUTRO (S) DECISÃO Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu o recurso especial interposto por AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA. O apelo extremo, com fundamento no art. 105, III, alínea a, da Constituição Federal, insurge-se contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado: "Consumidor -Plano de saúde - 'Homne care' - Exclusão - Impossibilidade - A operadora não pode limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do paciente, sob pena de sujeitá-lo a risco de morte - Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da **boa-fé objetiva e função social**, tendo o objetivo precípua de assegurar ao consumidor o tratamento, a segurança e o amparo necessários contra os riscos o inerentes à sua saúde - Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do CDC, preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa do consumidor de não ficar desamparado de procedimento médico essencial à preservação de sua vida - Jurisprudência dominante no STJ - Sentença mantida - RITJSP, art. 252 - Recurso improvido" (e-STJ fl. 288). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fl. 310). No especial, a recorrente alega violação dos artigos 535, II, do Código de Processo Civil (CPC), 10, "caput", e VI, 12 e 35-G da Lei nº 9.656/1998 e 56, IV, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Aduz, preliminarmente, a nulidade do acórdão proferido em embargos declaratórios por negativa de prestação jurisdicional. Acrescenta que o Tribunal de origem deixou de se manifestar acerca de aspectos relevantes da demanda suscitados na petição recursal. Sustenta a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto. Afirma ser legítima a cláusula contratual que prevê a restrição de procedimentos, alegando que é necessário manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e que há previsão legal para a limitação de cobertura nos contratos de planos de saúde. Argui não ser abusiva a cláusula contratual redigida de forma clara, conforme a lei de regência e a vontade das partes. Após a apresentação de contrarrazões, o recurso foi inadmitido na origem. Daí o presente agravo, no qual se busca o processamento do apelo nobre. É o relatório. DECIDO. Ultrapassados os pressupostos de admissibilidade do agravo, passa-se ao exame do especial. O recurso não merece prosperar. No tocante à violação do art. 535 do CPC, verifica-se que o Tribunal de origem motivou adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese. Não há falar, portanto, em existência de

omissão apenas pelo fato de o julgado recorrido ter decidido em sentido contrário à pretensão da parte. A esse respeito, os seguintes precedentes: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. SEGURO, VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA Nº 211/STJ. AUSÊNCIA DE COBERTURA. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelos recorrentes, para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. A tese recursal vinculada aos artigos do código consumerista, apontados como violados, não foi analisada pelo Tribunal local, sequer de modo implícito, atraindo ao caso, portanto, o óbice da Súmula nº 211/STJ. 3. Não há impropriedade em afirmar a falta de prequestionamento e afastar a indicação de afronta ao artigo 535 do CPC, haja vista que o julgado pode estar devidamente fundamentado, sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos suscitados pelo recorrente, pois, como consabido, não está o julgador a tal obrigado. Precedentes. (...)" (AgRg no REsp nº 1.386.843/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 6/2/2014, DJe 24/2/2014). "PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL. DATA DA CIÊNCIA DA INVALIDEZ. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide. O fato de a decisão ser contrária aos interesses da parte recorrente não configura negativa de prestação jurisdicional. 2."O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral"(Súmula n. 278/STJ). 3. No julgamento do recurso especial, é inviável alterar as conclusões do Tribunal de origem quanto à data em que o segurado efetivamente tomou conhecimento da invalidez, ante o óbice da Súmula n. 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp nº 199.535/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 24/4/2013). De resto, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a abusividade das cláusulas contratuais de planos de saúde pode ser aferida à luz do Código de Defesa do Consumidor sem significar ofensa ao ato jurídico perfeito. A propósito: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM RAZÃO DA INDEVIDA NEGATIVA DE COBERTURA FINANCEIRA DE EXAME DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO SEGUIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. Aplicação da Lei 9.656/98 a contratos anteriores à sua vigência. Embora as disposições do aludido diploma legal, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, não retroajam para atingir contratos celebrados antes de sua vigência (quando não adaptados ao novel regime), a eventual abusividade das cláusulas pode ser aferida à luz do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque 'o contrato de seguro de saúde é obrigação de trato sucessivo, que se renova ao longo do tempo e, portanto, se submete às normas supervenientes, especialmente às de ordem pública, a exemplo do CDC, o que não significa ofensa ao ato jurídico perfeito'(AgRg no Ag 1.341.183/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 10.04.2012, DJe 20.04.2012). Precedentes. 2. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do tratamento médico do beneficiário. Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais

necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido, com a imposição de multa" (AgRg no REsp nº 1.450.673/PB, relator ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 7/8/2014, Dje 20/8/2014). Registre-se, ainda, que o entendimento adotado pelo Tribunal de origem está em harmonia com a jurisprudência desta Corte que considera abusiva a cláusula de exclusão de procedimentos, tratamentos e/ou medicamentos necessários à recuperação do paciente. Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 458, II, E 535 DO CPC. PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DATA DA RECUSA DO PAGAMENTO PELA SEGURADORA. SÚMULA 7/STJ. TRATAMENTO HOME CARE. RECUSA INDEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não há ofensa aos artigos 458, II, e 535 do CPC, se o Tribunal dirimiu as questões que lhe foram submetidas e apresentou os fundamentos nos quais suportou suas conclusões, e manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide. 2. Firmado no acórdão estadual que a Seguradora não se incumbiu de 'demonstrar as datas em que, inequivocamente, a seguradora teve seus pedidos de pagamentos de despesas negados', termo a partir do qual se iniciaria o lapso prescricional, o exame da irresignação recursal esbarra na Súmula 7 do STJ. 3. De acordo com a orientação jurisprudencial do STJ, o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, sendo abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde ou a vida do segurado. 4. Agravo regimental não provido"(AgRg no Ag nº 1.325.939/DF, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 3/4/2014, DJe 9/5/2014)."AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544, DO CPC)- DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU PARCIALMENTE DO RECLAMO E, NESSA EXTENSÃO, NEGOU-LHE PROVIMENTO. IRRESIGNAÇÃO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. 1. Aplicação da Lei 9.656/98 a contratos anteriores à sua vigência. Embora as disposições do aludido diploma legal, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, não retroajam para atingir contratos celebrados antes de sua vigência (quando não adaptados ao novel regime), a eventual abusividade das cláusulas pode ser aferida à luz do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque 'o contrato de seguro de saúde é obrigação de trato sucessivo, que se renova ao longo do tempo e, portanto, se submete às normas supervenientes, especialmente às de ordem pública, a exemplo do CDC, o que não significa ofensa ao ato jurídico perfeito' (AgRg no Ag 1.341.183/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 10.04.2012, DJe 20.04.2012). Precedentes. 2. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura do custeio de tratamento médico do beneficiário. Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusiva a cláusula do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp nº 300.954/SP, relator Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, Julgado em 28/5/2013, Dje 12/6/2013). Em vista do exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 10 de novembro de 2014. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA Relator(STJ - AREsp: 573747 SP 2014/0201463-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Publicação: DJ 26/11/2014) (BRASIL,2014, grifo nosso)

CONCLUSÃO

O anseio do usuário, em uma situação limítrofe entre a vida a morte, que se verifica na atuação do Judiciário, na busca da Justiça contratual, em que presidirá as relações contratuais com a vedação de cláusulas abusivas em que as operadoras de planos de saúde contundentemente reincidem, conforme arestos, ao limitar as internações hospitalares.

Não houve no presente trabalho a preocupação de atribuição da responsabilidade estatal à ANS por falta de fiscalização na saúde, já que a saúde é um dever do Estado.

Tampouco, tratar de outras proteções em termos de saúde, desrespeitadas pelas operadoras de planos de saúde, tais como: fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; fornecimento de próteses, órteses ligados ao ato cirúrgico; das doenças preexistentes.

De igual modo, verifica-se as hipóteses de reajustes de prestações descabidas que incidem sobre o usuário, que o tornam inadimplente perante ao Plano, de sorte que é solicitada a resolução contratual.

Atualmente, há propostas de reforma da lei em que é requerido o aumento na prestação de até 500% na faixa etária, acima de 60 anos, bem como a instituição de franquias ou coparticipação por procedimentos ou exames, onerando mais o usuário. No entanto, tais propostas também não foram abordadas no presente trabalho, restringindo-se unicamente as hipóteses de limitações de internações hospitalares.

Impõem-se como dirigismo estatal a aplicação por parte do Judiciário da aplicação do princípio implícito do solidarismo, na busca de relações justas e solidárias previstas tanto na eficácia interna da função social do contrato, como na função integrativa da boa-fé objetiva, na expectativa de um comportamento de padrão de correção e lealdade.

Com tal desiderato, a desigualdade de relações jurídicas como em contratos de adesão será buscada pelo Juiz com base nos dois princípios

contratuais (boa-fé objetiva e função social do contrato) de forma tolher tais abusividades dos planos de saúde, que é a limitação do tempo de internação hospitalar.

Ainda que, tais princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato sejam considerados como cláusula geral, de forma a conferir aos Juízes, um mandato para que, à vista dos casos concretos, complemente ou desenvolva normas jurídicas.

Não se nega, que a boa-fé e a justiça contratual se relacionam, tanto quanto, elas se relacionam com a autonomia privada, princípios, todos que aliados à função social, geram uma relação de complementação.

Assim, a desigualdade porventura existente em abusos por partes das operadoras de planos de saúde ao limitarem as internações hospitalares se verifica, influenciando precipuamente o princípio da dignidade humana, nitidamente através da autonomia privada.

A liberdade contratual do usuário abalada dentro da autonomia da vontade merece um justo comutativo ou compensatório e no campo da responsabilidade uma vedação ao enriquecimento ilícito.

Nesta sede de batalhas jurídicas que merecem proteção, em face da vulnerabilidade de consumidor forma-se uma tutela coletiva, no sentido de sua indeterminação, fato que justifica a adoção de medidas da justiça distributiva devido ao caráter de reconhecimento e combate a vulnerabilidade através de medidas jurídicas que restaurem a condição de autonomia do indivíduo.

Com o fito de pacificação social, o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores de que aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de Planos de Saúde e que é abusiva a cláusula contratual de Plano de Saúde que limite o tempo de internação hospitalar, traz no seu bojo com a uniformidade das decisões, segurança jurídica que novas contratações por parte de novos usuários possam ser realizadas.

Tais contratações estarão alicerçadas nos dois princípios — boa-fé objetiva e a função social do contrato — de modo a serem diretrizes nos Planos de Saúde a possíveis abusividades praticadas por operadoras de Planos de Saúde.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Agravo em *Recurso Especial*. AgInt no AResp: 1.122.995-SP. Quarta turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 7 de novembro de 2017. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78260230&num_registro=201701488106&data=20171114&tipo=5&formato=PDF > Acessado em 21 maio 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Resp: 158.728-RJ. Terceira turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 16 de março de 1999. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700905853&dt_publicacao=17-05-1999&cod_tipo_documento=1&formato=PDF > Acessado em 21 de maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Resp: 249.423-SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 19 de outubro de 2000. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=255323&num_registro=200000177890&data=20010305&formato=PDF > Acessado em 21 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Resp: 251.024-SP. Segunda Seção. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 27 de setembro de 2000. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=132342&num_registro=200000238287&data=20020204&formato=PDF > Acessado em 21 de maio 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Resp: 407.727-SP. Terceira turma. Relator: Ministro Castro Filho, 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1062776&num_registro=200101914095&data=20040202&tipo=5&formato=PDF > Acessado em 21 de maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Resp: 714.947-RS. Quarta turma. Relator: Ministro Cesar Astor Rocha. Brasília, 28 de março de 2006. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2250583&num_registro=200401827737&data=20060529&tipo=51&formato=PDF > Acessado em 21 de maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Resp: 735.750-SP. Quarta turma. Relator: Raul Araújo. Brasília, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20378575&num_registro=200500477142&data=20120216&tipo=5&formato=PDF > Acessado em 21 de maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 302*. Brasília, 21 de abril de 2004. Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia='DIREITO%20DO%20CONSUMIDOR'.mat>. >. Acessado em 21 de maio de 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 469*. Brasília, 6 de dezembro de 2010. Disponível em: <

[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20'469'\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20'469').sub). > Acessado em 21 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 608*. Brasília, 17 de abril de 2018. Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia='DIREITO%20DO%20CONSUMIDOR'.mat>. >. Acessado em 21 de maio de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação: APL 0007382-64.2017.8.07.0006*. Sétima Turma Cível. Relator: Leila Arlanch, 11 de abril de 2018. Disponível em: <

[https://tj-
df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569343934/73826420178070006-df-0007382-
6420178070006](https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569343934/73826420178070006-df-0007382-6420178070006) < Acessado em 21 maio 2018.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo. IN: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Ed. Civitas, 1986 (tradução nossa)

FICHTNER PEREIRA, Regis. *A responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Josiane Araújo. *Contratos de Planos de Saúde*. Leme: JH Mizuno, 2016.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano HEINECK. Visões sobre os Planos de saúde privada e Código de Defesa do Consumidor In: *Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*, Revista dos Tribunais, 2008: 71-158, p. 112.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

—. *O direito privado como um sistema em construção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. ed. 2. Coimbra: Almedina, 1984. v.1

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fe, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 11 ed. São Paulo,: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil - Contratos*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3

TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos*. 2 ed. São Paulo: Método, 2007. v. 2.

THEODORO, Humberto. *O contrato e a sua função social*. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014.