

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Gabriel De Antoni Gonçalves

A NEGATIVA INDEVIDA POR PARTE DO PLANO OU SEGURO DE SAÚDE
PRIVADO GERA DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL AO
CONSUMIDOR?

Porto Alegre

2019

GABRIEL DE ANTONI GONÇALVES

A NEGATIVA INDEVIDA POR PARTE DO PLANO OU SEGURO DE SAÚDE
PRIVADO GERA DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL AO
CONSUMIDOR?

Monografia de conclusão de curso apresentada na
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem

Porto Alegre

2019

GABRIEL DE ANTONI GONÇALVES

A NEGATIVA INDEVIDA POR PARTE DO PLANO OU SEGURO DE SAÚDE
PRIVADO GERA DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL AO
CONSUMIDOR?

Monografia de conclusão de curso apresentada na
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor(a) Membro da Banca

Professor(a) Membro da Banca

Professor(a) Membro da Banca

Agradeço à família, pelo apoio incondicional; aos amigos, por permanecerem comigo nos bons e maus momentos; aos professores, pelo constante aprendizado; e aos profissionais do Direito com quem estagiei, por expandirem meus horizontes.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar se a negativa indevida de cobertura de medicamento ou procedimento médico por parte do plano ou seguro de saúde privado gera direito à indenização por dano moral ao consumidor. Para atingir esse fim, inicialmente, realiza-se revisão bibliográfica acerca dos temas relevantes para a elucidação da questão, quais sejam: a proteção da esfera extrapatrimonial do consumidor, a responsabilidade civil contratual do fornecedor e os contratos de planos e seguros de saúde. Após esse estudo prévio, é realizada a análise qualitativa de jurisprudência, através de acórdãos coletados nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, assim como do Superior Tribunal de Justiça. Analisam-se os argumentos favoráveis e contrários à indenização por dano moral nos casos estudados, aplicando-se os conceitos vistos previamente na revisão bibliográfica. Busca-se, assim, ver se e quando as teses utilizadas pelos julgadores são adequadas pela ótica de proteção do consumidor e de responsabilização civil do fornecedor. A conclusão, em síntese, é de que a negativa indevida de cobertura possui grande risco de ofender os direitos fundamentais à vida e à saúde do consumidor, pois os planos e seguros de saúde estão intimamente relacionados com tais direitos. Entretanto, considera-se também que nem toda a negativa indevida implica em lesão à vida e à saúde do consumidor, mesmo que a conduta do fornecedor tenha sido abusiva. É necessário, portanto, que o julgador avalie se o consumidor, no momento da negativa indevida, está em estado de vulnerabilidade agravada por causa de eventual doença. Estando doente e necessitando de tratamento, o dano moral provavelmente restará configurado. De outro lado, estando saudável, a negativa indevida, via de regra, é incapaz de colocar em risco a vida e a saúde do consumidor, inexistindo, nesses casos, a pretensão indenizatória por danos extrapatrimoniais.

Palavras-chave: Plano de saúde. Seguro de saúde. Negativa indevida. Dano moral. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

The objective of this paper is to verify if the undue denial of coverage from health insurance companies causes moral damages to the consumer. To reach this end, initially, we do a literature review of relevant themes for this paper. They are: moral protection of the consumer, businesses' civil liability and health insurance properties. After this initial study, we make a qualitative jurisprudence analysis on cases seen in the Courts of Appeals from São Paulo, Rio de Janeiro and Rio Grande do Sul, as well as in the Superior Justice Court. We analyze the favorable and unfavorable positions for the concession of moral damages in the studied cases through the application of concepts and themes previously seen in the literature review. Therefore, we aim to see if and when the judge's arguments are in line with the properties of consumer's protection and businesses' civil liability. In brief words, we conclude that the undue denial of coverage offers great risk of violating a consumer's life and health, because the health insurance is closely related to those aspects. Nonetheless, we consider that not every undue denial of coverage is capable of actually damaging a consumer's life and health, even when the health insurance company denies it abusively. Considering that, it is necessary for the judge to evaluate if the consumer is in an aggravated vulnerability state because of a sickness. If the consumer is sick and in need of treatment, they probably have the right to moral damages. On the other hand, if the consumer is healthy, the undue denial of coverage is usually incapable of risking their life and health, meaning that in these cases there is no right to moral damages.

Keywords: Health insurance. Undue denial of coverage. Moral damages. Civil liability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A PROTEÇÃO DA ESFERA EXTRAPATRIMONIAL DO CONSUMIDOR.....	12
2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
2.2 OS DIREITOS À VIDA E À SAÚDE DO CONSUMIDOR.....	17
2.3 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR.....	19
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	23
3.1 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL.....	24
3.1.1 O contrato válido.....	24
3.1.2 A conduta ilícita: o descumprimento contratual.....	24
3.1.3 O nexo de causalidade.....	25
3.1.4 O dano.....	27
3.1.4.1 <i>O dano moral.....</i>	<i>27</i>
3.1.4.2 <i>As funções da indenização por dano moral.....</i>	<i>29</i>
3.1.4.3 <i>O dano moral por inadimplemento contratual.....</i>	<i>31</i>
3.2 A CONSAGRAÇÃO DA “TEORIA DO RISCO” NOS CONTRATOS DE CONSUMO.....	33
3.3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA PRÁTICAS E CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	34
4 OS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE.....	39
4.1 AS DIVERSAS MODALIDADES DE CONTRATOS DE PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE.....	40
4.2 A INTERPRETAÇÃO DOS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE CONFORME O CÓDIGO CIVIL, O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI Nº 9.656/98: O “DIÁLOGO DAS FONTES”.....	43
4.3 A NEGATIVA INDEVIDA DE COBERTURA: DEFINIÇÃO E HIPÓTESES CONSAGRADAS PELA JURISPRUDÊNCIA.....	46
5 OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NOS CASOS DE NEGATIVA INDEVIDA.....	50
5.1 A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	50
5.2 A OFENSA AOS DIREITOS À VIDA E À SAÚDE DO CONSUMIDOR.....	53
5.3 O ESTADO DE VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR.....	54

5.4 A CONDUTA ABUSIVA DO FORNECEDOR.....	56
6 OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NOS CASOS DE NEGATIVA INDEVIDA.....	59
6.1 A NEGATIVA COMO MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL.....	59
6.2 A AUSÊNCIA DA PROVA DO DANO.....	60
6.3 A CONDUTA TOMADA COM BASE EM CLÁUSULA CONTRATUAL.....	62
6.4 O INCENTIVO AO “DEMANDISMO” E A SITUAÇÃO ECONÔMICA DOS PLANOS DE SAÚDE.....	63
7 CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS.....	73
LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS.....	76

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde se trata de direito social básico insculpido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, sendo primariamente dever do Estado brasileiro. Não obstante, o constituinte também destacou, no artigo 199 da Carta Magna, a possibilidade de os serviços de assistência à saúde serem prestados pela iniciativa privada. Ou seja, a prestação desses serviços não é de prerrogativa exclusiva do Estado, tendo a iniciativa privada uma importante função no auxílio da promoção da saúde do cidadão brasileiro, através da manutenção do chamado “setor de saúde suplementar”.¹

Nesse contexto, as operadoras de planos e seguros de saúde se mostram agentes relevantes na manutenção desse setor. Segundo dados divulgados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em abril de 2019 contabilizou-se cerca de 47 milhões de beneficiários de planos de saúde,² o que significa que quase um quarto da população brasileira acessa serviços relacionados à saúde através da iniciativa privada.

Alia-se a esse grande número uma expressiva quantidade de ações judiciais dos usuários de planos e seguros contra suas respectivas operadoras. Um estudo publicado em 2018 sobre os litígios contra planos de saúde coletivos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) demonstrou que a maioria deles dispunha sobre negativa ou exclusão de cobertura. Nesse sentido, consignou que mais de 90% dos acórdãos analisados continham decisões favoráveis aos beneficiários, denotando uma tendência dos julgadores em determinar a cobertura do medicamento ou procedimento previamente negado. Os dados apontam, ainda, que a jurisprudência se firmou no sentido da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) às ações dos beneficiários contra as operadoras de seus planos, sendo o diploma protetivo mencionado na maioria das decisões analisadas.³

De fato, como será visto no decorrer desta monografia, a jurisprudência nacional consolidou algumas hipóteses de negativa indevida de cobertura por parte do plano ou seguro de saúde. O objetivo do trabalho ora desenvolvido, porém, é outro. Busca-se analisar os

¹ ZIROLDO, Rodrigo Romera; GIMENES, Rafaela Okano; CASTELO JÚNIOR, Clóvis. A importância da Saúde Suplementar na demanda da prestação dos serviços assistenciais no Brasil. **O Mundo da Saúde**, São Paulo, v. 37, n. 02, p. 216-221, abr. 2013.

² AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dados consolidados da saúde suplementar. **Dados consolidados da saúde suplementar.pptx**. Atualizado em 03/06/2019. 2019. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor#NO>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

³ TRETTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira; SCHEFFER, Mario César. Judicialização em planos de saúde coletivos: os efeitos da opção regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar nos conflitos entre consumidores e operadoras. **Revista de Direito Sanitário**, v. 19, n. 1, p. 166-187, jul. 2018.

argumentos utilizados para deferir ou indeferir um pedido que, com alguma frequência, acompanha os litígios envolvendo negativa de cobertura: a indenização por danos morais.

Apesar de não ter sido feito um levantamento quantitativo acerca do número de ações envolvendo tal pleito, pode-se dizer que este estudo nasceu da percepção da variedade de argumentos usados pelos julgadores ao se depararem com o tema. De um lado, há quem sustente que os contratos de planos e seguros de saúde envolvem os direitos à vida e à saúde do consumidor, e que tais negativas normalmente se dão de maneira abusiva em uma situação de vulnerabilidade agravada do paciente. De outro, há quem diga que, via de regra, a negativa indevida de cobertura se trata de simples inadimplemento contratual, e que o fato de o plano calcar sua conduta em cláusula expressa exclui a ilicitude do inadimplemento, ao menos em relação aos danos morais.

Dessa forma, procura-se averiguar se e quando esses argumentos podem ser invocados de maneira adequada, consoante os preceitos de proteção do consumidor e de responsabilização civil da operadora do plano ou seguro de saúde. Importa referir, aqui, que tal investigação será feita com base em teorias já consolidadas no meio jurídico sobre responsabilidade civil e Direito do Consumidor. Dito de outro modo, não serão estudadas teses inovadoras, como a do dano punitivo e do dano social, tampouco averiguar-se-á a compatibilidade das mesmas com o ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, porém, antes de poder analisar se o contexto em que os argumentos são utilizados é adequado, mostra-se necessária a realização de uma revisão bibliográfica sobre os temas comumente abordados nos julgados.

Em um primeiro momento, será estudado como o ordenamento jurídico brasileiro se ocupa em proteger a integralidade – leia-se: a esfera material e a esfera extrapatrimonial – da pessoa humana, tanto em geral, na condição de cidadã brasileira, quanto em específico, na situação de consumidora. Analisar-se-á, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais à vida e à saúde e o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor.

Após, será visto a questão da responsabilidade civil contratual do fornecedor nas relações de consumo. Nesse tópico, serão abordados o dano moral e as funções de sua indenização. Não obstante, se verá também os demais pressupostos que regem a responsabilização civil, como a conduta ilícita, o nexo de causalidade e a teoria do risco – essa última substituindo a análise da conduta subjetiva do agente nas relações de consumo. Será abordado, também, a regulação das cláusulas e práticas abusivas no mercado de

consumo, e por que elas podem servir de fundamento para a responsabilização civil do fornecedor.

Em seguida, os contratos de planos e seguros de saúde serão analisados com maior profundidade. Será visto não só a diferença entre planos e seguros, como também as diferentes modalidades de contratação disponíveis no mercado de consumo. Outrossim, será abordada como a interpretação de tais instrumentos deve ser feita. Por fim, encerrar-se-á o capítulo com a exposição de algumas hipóteses consolidadas pela jurisprudência acerca do que caracteriza a negativa indevida de cobertura.

Passado esse primeiro momento de revisão bibliográfica, passar-se-á à análise dos argumentos verificados na jurisprudência acerca da indenização por dano moral nos casos de negativa indevida, através de uma pesquisa qualitativa de acórdãos judiciais. Os julgados utilizados como base neste estudo foram coletados através da ferramenta de pesquisa de jurisprudência nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo (TJSP), Rio de Janeiro (TJRJ) e Rio Grande do Sul (TJRS), assim como do Superior Tribunal de Justiça (STJ), utilizando-se os conectores “negativa e indevida e dano e moral”. Um capítulo será dedicado aos argumentos favoráveis à indenização, e outro aos contrários.

Nesta senda, haverá a preocupação de se ver, em um primeiro momento, se tais argumentos são adequados de acordo com os preceitos vistos na revisão bibliográfica. Em seguida, caso sejam, mostrar-se-á necessário averiguar quando são adequados, pois, naturalmente, a fundamentação da indenização por dano moral depende da análise fática do caso concreto. Nesses casos, procurar-se-á estabelecer parâmetros mínimos aos quais os julgadores devem se atentar na análise do pedido indenizatório, tendo em vista não só a proteção do consumidor, mas também a natureza dos contratos de planos e seguros de saúde.

Somente após realizada a revisão bibliográfica e a análise dos argumentos coletados é que se poderá responder de maneira satisfatória à pergunta que integra o título do presente trabalho. Isso será, portanto, feito na conclusão, juntamente com a retomada dos principais pontos dos capítulos desenvolvidos.

2 A PROTEÇÃO DA ESFERA EXTRAPATRIMONIAL DO CONSUMIDOR

A preocupação em proteger o patrimônio imaterial das pessoas é fenômeno relativamente recente. De fato, da Modernidade até meados do século XX, os ordenamentos jurídicos de diversos países viam os indivíduos como entes abstratos, iguais entre si, sem levar em consideração as circunstâncias em que estavam inseridos, tampouco seus sentimentos e suas carências. Nesse contexto, o Direito ocupava-se principalmente em proteger as liberdades econômicas e o patrimônio material das pessoas, sem se importar muito com a humanidade dos cidadãos em si.¹

Esse cenário passou a mudar com o advento da Segunda Grande Guerra Mundial, período em que foram cometidas diversas atrocidades, como o holocausto. Visando evitar que situações semelhantes se repetissem, muitos países da Europa passaram por uma fase de “humanização” de suas ordens jurídicas e, também sensibilizados pelos movimentos sociais que marcaram o século XIX, ocuparam-se em proteger a integralidade de seus cidadãos.² Essa nova proteção veio ancorada na ideia do indivíduo concreto, o qual, além de possuir patrimônio material, também estaria imerso em relações sociais e possuiria necessidades, anseios e sentimentos – superando a abstração até então predominante.³

Com essa nova concepção de indivíduo, diversos países positivaram a dignidade humana como princípio em seus ordenamentos jurídicos, sendo esse um novo marco do Direito.⁴ Isso não significa, de maneira alguma, que antes disso não se discutia sobre a dignidade do ser humano. Porém, essa discussão até então limitava-se aos campos da filosofia, da sociologia e da religião, enquanto no Direito a dignidade humana apenas obteve destaque com a transformação desse valor em princípio jurídico.⁵

O Brasil não ficou alheio a essa tendência mundial. A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana logo em seu artigo 1º, inciso III, elencando-o como fundamento do próprio Estado brasileiro.⁶ Nessa esteira, é curioso notar que a Carta Magna dispôs sobre as proteções e os direitos fundamentais dos indivíduos antes

¹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 43-45.

² *Ibid.*, p. 54-55.

³ *Ibid.*, p. 48-51.

⁴ *Ibid.*, p. 58.

⁵ *Ibid.*, p. 52.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 244.

da organização estatal – o que sedimenta a importância dos primeiros na ordem jurídica brasileira.⁷

Naturalmente, no Brasil, a posição de destaque do princípio da dignidade da pessoa humana trouxe consigo uma série de proteções que irradiaram para todo o ordenamento jurídico, incluindo o Código de Defesa do Consumidor, publicado em 1990.⁸ O artigo 4º desse código, inclusive, prevê que um dos objetivos da política nacional das relações de consumo é justamente o respeito à dignidade do consumidor, não deixando nenhuma dúvida acerca da eficácia desse princípio no Direito do Consumidor.⁹

2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil. Apesar de ser um dos fundamentos principais da República Federativa do Brasil, consoante o já mencionado inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, o conteúdo do princípio é impreciso. Afinal, a palavra “dignidade” pode ser interpretada de diversas formas, dependendo do contexto em que está inserida e do grupo social que a utiliza.

Nesse sentido, mostra-se oportuna a observação de Daniel Sarmento sobre a variedade interpretativa da dignidade humana:

Essa maleabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana gera um efeito paradoxal. Por um lado, como o princípio comporta as mais divergentes leituras, praticamente todas as forças políticas e sociais podem endossá-lo, sem comprometer o seu ideário: libertários, favoráveis ao Estado mínimo, e socialistas, defensores da apropriação coletiva dos meios de produção; religiosos, que se batem pela proteção absoluta da vida do nascituro, e feministas, que pugnam pela ampla legalização do aborto. Todos se apresentam como defensores da dignidade da pessoa humana, desde que – é claro – interpretada sob a sua ótica.¹⁰

O autor destaca que certa maleabilidade do sentido do princípio é até desejável, pois permite que ele proteja a integralidade da pessoa contra riscos nem sempre previsíveis. Não obstante, alguma limitação faz-se necessária, principalmente por sentidos práticos, dando

⁷ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 72.

⁸ Importa referir que a própria proteção do consumidor possui fundamento constitucional, previsto no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, sendo matéria de ordem pública, em que pese regulamentar relações privadas. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 56.

⁹ *Ibid.*, p. 67-68.

¹⁰ SARMENTO, *op. cit.*, p. 16.

previsibilidade, por exemplo, à sua invocação em decisões judiciais.¹¹ Antes, entretanto, mostra-se pertinente realizar um brevíssimo apanhado histórico da noção de dignidade humana.

Na Antiguidade, a ideia de dignidade era atrelada fortemente ao *status* social, ou seja, a pessoa era considerada mais ou menos digna com base em sua classe social, seu gênero, sua família, entre outros atributos.¹² Na Grécia Antiga, esse entendimento explicava o tratamento desigual conferido às pessoas, justificando, por exemplo, a escravidão, assim como a superioridade do homem sobre a mulher.¹³

A dignidade como sinônimo de *status* perdurou até o fim da Idade Média, de forma que o conceito só começou a assumir um tom mais “universal” com o advento do iluminismo. Destaca-se, por exemplo, os discursos das revoluções francesa e norte-americana, que puseram a igualdade, ao menos formal, como valor central.¹⁴

Entretanto, talvez a maior contribuição ao entendimento moderno de dignidade tenha sido feita por Immanuel Kant. O filósofo aduziu que todo o ser humano seria dotado de moralidade e, sendo assim, deveria reconhecer a moralidade no outro, entendendo-o como um fim em si próprio, e não como um simples meio a ser utilizado para a satisfação de interesses de terceiros.¹⁵ Seu famoso imperativo categórico, aplicável a todas as pessoas, independentemente de raça, gênero, nacionalidade ou classe social, assim dispunha: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio”.¹⁶

Naturalmente, o conceito de dignidade da pessoa humana presente na Constituição Federal do Brasil deve ser lida de acordo com sua interpretação universalista e igualitária, aplicável a todos, e não a discriminatória, aplicável a somente alguns, vigente na pré-Modernidade. Tendo isso em mente, é pertinente trazer as tentativas de alguns autores em definir, ou ao menos delimitar um pouco, o conteúdo do princípio segundo essa interpretação.

Ingo Wolfgang Sarlet relacionou o princípio ao valor intrínseco da pessoa, ou seja, o reconhecimento de que o indivíduo seria merecedor de respeito pelo Estado e pelos demais indivíduos pelo simples fato de pertencer à espécie humana. Dessa forma, o princípio

¹¹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 89-90.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13.

¹³ SARMENTO, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴ *Ibid.*, p. 34.

¹⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 71-72.

¹⁶ SARMENTO, *op. cit.*, p. 35-36.

justificaria a criação de uma série de direitos que garantiriam padrões mínimos para uma vida saudável, além de reprimir qualquer conduta capaz de colocar o ser humano em condições degradantes.¹⁷

Luís Roberto Barroso buscou formular um “conteúdo mínimo” da dignidade humana, que incluiria a ideia de valor intrínseco – tal como Sarlet – e também as noções de autonomia e valor comunitário.¹⁸ A autonomia, para Barroso, seria tanto a liberdade do indivíduo para tomar decisões acerca de sua vida privada, como também o direito de participação nas deliberações democráticas.¹⁹ Já o valor comunitário seria um “contrapeso” à autonomia, justificando a restrição da liberdade nos casos em que se mostraria necessário proteger direitos de terceiros, conforme os valores morais vigentes na sociedade.²⁰

Daniel Sarmiento, por sua vez, também procurou deduzir o conteúdo essencial do princípio da dignidade humana, sustentando que ele é composto não só do valor intrínseco do ser humano e da autonomia, mas também dos direitos ao mínimo existencial e ao reconhecimento.²¹ O direito ao mínimo existencial seria, em linhas gerais, o direito a condições materiais básicas para uma vida digna.²² Já o direito ao reconhecimento seria a prerrogativa da pessoa em ter sua identidade e seu modo de ser reconhecidos e respeitados pela comunidade.²³

Existem, claro, muitas outras teorias sobre o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, mas listá-las aqui, além de não ser o objetivo deste trabalho, se mostraria quase impossível. Em linhas gerais, entretanto, nota-se a existência de um elemento comum do princípio: o valor intrínseco, sendo a ideia de que o todo o ser humano deve ser respeitado como sendo um fim em si próprio, possuindo a prerrogativa de gerenciar sua própria vida, e não visto como simples meio ou objeto.

Delimitado, ao menos um pouco, o conteúdo do princípio, resta esclarecer qual seria a sua função no ordenamento jurídico brasileiro – questão consideravelmente mais fácil. Sendo um princípio jurídico, ele é utilizado para suprir lacunas no direito positivado e para orientar a atividade interpretativa do juiz. Possui, também, força normativa, orientando a atuação do

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 72.

¹⁹ *Ibid.*, p. 82.

²⁰ *Ibid.*, p. 87-88.

²¹ SARMIENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 93.

²² *Ibid.*, p. 211.

²³ *Ibid.*, p. 257.

legislador e reconhecendo a fundamentalidade dos direitos previstos na Constituição Federal,²⁴ como os direitos à vida, à saúde, à integridade física e à igualdade.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana confere unidade de sentido e legitimidade a uma ordem constitucional, de forma que todos os direitos e garantias nela previstos possuem relação, em maior ou menor grau, com esse princípio.²⁵ Por essa lógica, é seguro concluir que os direitos fundamentais relacionam-se fortemente com o princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse escopo, os direitos fundamentais, na concepção do referido autor, seriam direitos não só assegurados (expressa ou implicitamente) pela ordem constitucional, mas também considerados materialmente fundamentais pelo constituinte. Em outras palavras, o que confere fundamentalidade a determinados direitos não é o simples fato de estarem positivados (ou mesmo implícitos) na Constituição Federal, mas sim o fato de o constituinte os ter considerado essenciais em razão de seus sentidos materiais.²⁶ Possuem, assim, grande força na ordem jurídica brasileira.

A doutrina costuma dividir os direitos fundamentais em gerações. A 1ª geração veio na transição do Estado Absolutista ao Estado de Direito, momento em que houve a preocupação de se proteger as liberdades individuais contra a arbitrariedade do Estado. São os chamados direitos civis e políticos.²⁷ A 2ª geração, por sua vez, veio no contexto dos movimentos sociais do final do século XIX, demandando melhores condições de vida e de trabalho. São os direitos sociais, conhecidos por imporem ao Estado deveres de cunho material.²⁸ Já os direitos de 3ª geração são os direitos transindividuais, ou seja, que transcendem a esfera individual e visam a proteção da humanidade, como o direito à paz e ao meio-ambiente saudável.²⁹

Paulo Bonavides defende, ainda, a existência de direitos fundamentais de 4ª e 5ª geração. Os de 4ª geração estariam inseridos no contexto da globalização e dos avanços tecnológicos, traduzindo-se no direito ao pluralismo, à democracia e à informação.³⁰ Os de 5ª

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 66.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 85.

²⁶ *Id.*. O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 fev. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 581.

²⁸ *Ibid.*, p. 582-583.

²⁹ *Ibid.*, p. 587-588.

³⁰ *Ibid.*, p. 589-591.

geração, ainda, na visão desse autor, seria o tratamento autônomo do direito à paz, que seria o fundamento supremo da humanidade.³¹

Enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais estão no centro do ordenamento jurídico brasileiro, possuindo alto valor normativo quando comparado com outros princípios e direitos. Visam, assim, proteger a integralidade do cidadão brasileiro, sobretudo em seu aspecto extrapatrimonial. Para os fins deste trabalho, dois direitos fundamentais merecem especial atenção: os direitos à vida e à saúde.

2.2 OS DIREITOS À VIDA E À SAÚDE DO CONSUMIDOR

Os direitos à vida e à saúde de todos os cidadãos brasileiros estão expressamente elencados, respectivamente, nos *caputs* dos artigos 5º e 6º da Constituição Federal.³² Trata-se, portanto, de direitos fundamentais que devem ser protegidos e promovidos pelo Estado brasileiro.

Neste escopo, importa ressaltar que, apesar desses direitos se traduzirem, primariamente, em deveres ao Poder Público, seu caráter fundamental permite com que sejam aplicáveis às relações privadas – guardadas, claro, as devidas proporções.³³ Ademais, não obstante estarem previstos na Constituição Federal, tanto o direito à vida quanto o direito à saúde são elencados no artigo 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor,³⁴ efetivamente consagrando a eficácia desses direitos fundamentais no microssistema consumerista. Não há, portanto, dúvidas acerca do dever dos fornecedores em respeitar (e, como será visto no caso específico dos planos de saúde, promover) tais direitos. Destaca-se, entretanto, que o rol do artigo 6º do CDC não é exaustivo, visto que a proteção do consumidor, matéria de ordem pública em razão de sua previsão no artigo 5º, inciso XXXII, da Carta Magna, resulta no entendimento de que a integralidade da pessoa do consumidor deve ser protegida e respeitada.³⁵

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 598-600.

³² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2019.

³³ Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que a doutrina brasileira se assentou no sentido de reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que levou à chamada “constitucionalização do direito privado”, embora ainda haja discussões acerca dos limites e efeitos desse fenômeno. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 323-327.

³⁴ BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

³⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 221.

O direito à vida, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “consiste no direito de todos os seres humanos de viverem, abarcando a existência corporal no sentido da existência biológica e fisiológica do ser humano”.³⁶ Referido autor ressalta que se trata do direito à existência física do ser humano, sem fazer distinção de vida “digna” e “indigna”, levando à conclusão de que toda a vida há de ser protegida e respeitada,³⁷ leitura compatível com a ideia de valor intrínseco do ser humano.

No Código de Defesa do Consumidor, o direito à vida, de acordo com Bruno Miragem, possui duas dimensões: a individual e a coletiva. A dimensão individual seria a proteção da integridade física do consumidor nas relações de consumo que faz parte. A coletiva, por outro lado, se traduziria na proteção da coletividade dos consumidores em relação a produtos que possam trazer risco de danos à saúde e ao meio ambiente.³⁸

Sendo um dos direitos básicos do consumidor, o direito à vida há de ser respeitado por todos os fornecedores em todas as relações de consumo – ou seja, é inadmissível que um fornecedor coloque em risco a integridade física dos consumidores por meio de seus produtos e serviços. Não obstante, o direito à vida possui eficácia especial quando envolve a venda de produtos ou o fornecimento de serviços relacionados à saúde, como os planos de saúde privados, que trazem a natural expectativa aos consumidores de terem sua qualidade de vida protegida e melhorada.³⁹

De outro lado, existe também o próprio direito à saúde, o qual, tanto na Carta Maior quanto no Código de Defesa do Consumidor, é intimamente relacionado ao direito à vida. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a proteção da existência física pode levar ao reconhecimento de algumas obrigações do Estado em relação à saúde de seus cidadãos. O autor cita um exemplo do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em que a Corte sustentou que o Estado deveria regulamentar a atividade dos hospitais, a fim de evitar a ocorrência de más práticas médicas e, assim, proteger a vida dos pacientes.⁴⁰

Dito isso, o direito à saúde envolve uma proteção muito mais ampla e específica da saúde e, nas constituições em que é consagrado, como a brasileira, frequentemente leva ao

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 352.

³⁷ SARLET, *loc. cit.*

³⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 221

³⁹ *Ibid.*, p. 221-222.

⁴⁰ SARLET, *op. cit.*, p. 355.

entendimento de que a promoção da saúde é dever do Estado, através de um sistema público.⁴¹

A eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, entretanto, leva a crer que o direito à saúde não é oponível apenas em face do Estado, mas também, quando cabível, à particulares. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor também consagra o direito à saúde. De acordo com Bruno Miragem, nesse microsistema o direito à saúde deve ser lido como a garantia ao consumidor de que todos os produtos e serviços dispostos no mercado de consumo respeitarão sua integridade física e psíquica.⁴²

Pode-se ver, assim, que ao contrário do direito à vida, que guarda aproximadamente o mesmo significado tanto na Constituição Federal quanto no CDC, o direito à saúde possui sentidos distintos. Na Carta Magna, o direito à saúde traduz-se em um dever positivo do Estado em promover a saúde e o bem-estar de seus cidadãos. No sistema consumerista, por outro lado, o direito à saúde traduz-se geralmente em uma obrigação de não-fazer aos fornecedores, estipulando que seus produtos e serviços devam seguir requisitos mínimos para assegurar que não violem a integridade física e psíquica dos consumidores. É seguro dizer, assim, que o direito à saúde no CDC se trata de desdobramento da esfera individual do direito à vida.

Percebe-se, portanto, que a proteção da esfera extrapatrimonial dos consumidores, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, existe e é fortalecida não só pelo elenco de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, mas também pelo reforço dos mesmos no Código de Defesa do Consumidor. Sedimenta-se, assim, a tendência do direito contemporâneo em proteger não só o patrimônio material do indivíduo, mas também outros aspectos de sua existência “que não tem preço”, como sua vida e sua saúde.

2.3 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Outro aspecto relevante da proteção da integralidade da pessoa do consumidor diz respeito ao reconhecimento de sua vulnerabilidade. Com efeito, a relação de consumo é integrada por dois sujeitos de direito: o consumidor e o fornecedor, cujas definições encontram-se, respectivamente, nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor:

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 577.

⁴² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 222.

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

.....
 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.⁴³

As definições contidas em lei aparentam ser simples, mas em realidade já foram e ainda são objeto de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial. Um conhecido exemplo seriam as correntes de pensamento sobre a definição de consumidor finalista, finalista aprofundada e maximalista.⁴⁴ Tais discussões, entretanto, não são objeto deste trabalho, de forma que as definições legais – consumidor como destinatário final dos produtos e serviços postos no mercado, e fornecedor como quem fornece, com regularidade, tais produtos e serviços – já se mostram suficientes.

Relembra-se, outrossim, que a proteção do consumidor possui fundamento constitucional. Pode-se dizer, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a importância de proteger um dos polos da relação de consumo: o polo do consumidor, o que se justifica pelo reconhecimento de sua vulnerabilidade.⁴⁵ Nesse sentido, importa trazer a definição de Cláudia Lima Marques sobre a vulnerabilidade:

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação.⁴⁶

Na concepção da referida autora, existem quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional.⁴⁷ Mostra-se relevante, assim, uma breve exposição sobre essas diferentes modalidades de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade técnica ocorre quando o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre a produção do produto ou a realização do serviço.⁴⁸ A vulnerabilidade jurídica, por sua vez, ocorre quando o consumidor não possui plena ciência de seus direitos,

⁴³ BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁴⁴ Cf. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 93 *et seq.*

⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 136.

⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 323.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 323-324.

⁴⁸ MARQUES, *loc. cit.*

ou dos deveres impostos aos fornecedores. Inclui, também a ausência de conhecimentos específicos sobre contabilidade e economia.⁴⁹

Já a vulnerabilidade fática ocorre quando o fornecedor, em razão de seu poderio econômico, ou em razão da essencialidade do produto ou serviço que disponibiliza, possui mais “poder” na relação de consumo, efetivamente direcionando-a, ao passo em que o consumidor apenas a integra passivamente.⁵⁰ Na concepção de Bruno Miragem, ainda, a vulnerabilidade fática pode ser agravada dependendo das características específicas de certas classes de consumidores, como as crianças, idosos, analfabetos e enfermos, também chamados de “hipervulneráveis” por parte da doutrina.⁵¹ Por fim, a vulnerabilidade informacional seria subespécie da vulnerabilidade fática, ao reconhecer que, no fim, quem possui o monopólio das informações dos produtos e serviços é o fornecedor, enquanto o consumidor apenas recebe as informações passadas pelo fornecedor de forma passiva, muitas vezes sem poder atestar sua veracidade.⁵²

A vulnerabilidade é presumida no caso do consumidor pessoa física e não profissional,⁵³ ou seja, do consumidor que adquire produto ou contrata serviço para fins puramente pessoais, não o utilizando para exercer atividade lucrativa.⁵⁴ Isso não significa dizer que todos os consumidores são igualmente vulneráveis em todas as situações – sobretudo quando se envolve a vulnerabilidade fática, que depende da análise de circunstâncias concretas,⁵⁵ como as características socioeconômicas do consumidor e do fornecedor.

Importa ressaltar, aqui, que vulnerabilidade não é sinônimo de hipossuficiência, embora os conceitos estejam relacionados. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques leciona que a hipossuficiência é a “visão processual” da vulnerabilidade fática, ou seja, é o reconhecimento da vulnerabilidade no plano do processo judicial. Isso leva a alguns efeitos práticos, como a consideração de abusividade de cláusulas que restrinjam o acesso do

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 327-329.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 330-331.

⁵¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 138-139.

⁵² MARQUES, *op. cit.*, p. 335-336.

⁵³ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 97.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 115-116.

⁵⁵ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 139.

consumidor à Justiça, como as cláusulas de eleição do foro,⁵⁶ assim como a prerrogativa da inversão do ônus da prova quando a tese do consumidor se mostrar verossimilhante.⁵⁷

Em conclusão, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é importante elemento de sua proteção integral, ou seja, de sua esfera material e extrapatrimonial, pois é o fundamento que justifica sua proteção. Ademais, condições que agravam a vulnerabilidade do consumidor o deixam mais propenso a ter seu patrimônio imaterial violado pelo fornecedor, o que será abordado mais adiante neste trabalho.

⁵⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 332.

⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 136.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

A ideia de responsabilidade remete à necessidade de reprimir os atos contrários ao ordenamento jurídico, bem como o de reparar os danos por eles causados.¹ No campo do Direito Civil, é conhecida a clássica divisão entre responsabilidade civil contratual e aquiliana. Como os nomes implicam, a divisão se dava pela origem do dever jurídico violado – quando o agente violasse dever previsto contratualmente, a responsabilidade seria contratual; quando violasse dever previsto diretamente na lei, seria aquiliana.²

Entretanto, segundo Carlos Roberto Gonçalves, existe uma teoria – a teoria monista ou unitária – que sustenta a unificação dos dois tipos de responsabilidade, uma vez que a distinção pela origem do dever jurídico violado estaria se tornando cada vez mais insignificante, principalmente ao se considerar que os pressupostos de responsabilização civil nas duas modalidades – ato ilícito, nexo de causalidade, dano e, quando cabível, culpa – seriam os mesmos.³ De fato, conforme aduzido por Sergio Cavalieri Filho, o próprio Código de Defesa do Consumidor inovou nesse aspecto, ao dispor sobre a responsabilidade civil não sob o enfoque da origem do dever jurídico violado, mas pelo fato ou vício do produto ou serviço.⁴ Essa nova distinção fez bastante sentido no subsistema consumerista, principalmente ao se considerar que, no fim, as relações de consumo se dão majoritariamente por meio de contratos,⁵ de modo que a distinção entre responsabilidade por fato e responsabilidade por vício se mostra mais adequada para melhor proteger os interesses dos consumidores.

Não obstante, Cavalieri ressalta que a divisão entre a responsabilidade aquiliana e contratual, ao menos no direito brasileiro, ainda possui um sentido prático importante⁶ (definindo, por exemplo, o termo inicial de contagem dos juros de mora), e isso se aplica também ao CDC. Afinal, em sede de contratos de consumo, a proteção do consumidor seria inócua se apenas se admitisse a responsabilidade do fornecedor pela prestação defeituosa dos serviços, e não pelo seu inadimplemento. Dessa forma, o estudo dos pressupostos da

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 13.

² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 446.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 46.

⁴ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 605-606.

⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.. Apresentação à 1ª Edição. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 09-14. p. 10.

⁶ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 383.

responsabilidade contratual clássica ainda se revela pertinente no campo Direito do Consumidor.

3.1 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

Como referido, seja o dever jurídico violado previsto em contrato ou em lei, os pressupostos da responsabilidade civil – ato ilícito, nexo de causalidade e dano – são os mesmos. Assim, torna-se recomendável, para os fins desse estudo, analisar tais elementos sob a ótica contratual.

3.1.1 O contrato válido

Para haver responsabilidade contratual, é necessário que as partes estejam vinculadas por um contrato. O contrato, como ressabido, gera obrigações para as partes, as quais, se inadimplidas, podem gerar direito de indenização à outra.⁷

Entretanto, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, “o contrato [...] não produzirá esses efeitos se for nulo, isto é, se padecer de algum vício de origem a afetar-lhe a validade, tal como a incapacidade absoluta de qualquer das partes [...]”.⁸

Conclui-se, assim, que apenas o contrato válido é capaz de gerar obrigações para as partes, de forma que não haverá de se falar em responsabilidade pela violação de dever jurídico previsto em contrato nulo.

3.1.2 A conduta ilícita: o descumprimento contratual

Flávio Tartuce, ao analisar os elementos da responsabilidade civil mais comumente citados pela doutrina, concluiu que o primeiro deles seria a conduta. A conduta, entendida como toda a ação ou omissão juridicamente relevante.⁹

Nesse tópico, mostra-se relevante trazer a distinção de Sergio Cavalieri Filho acerca da ação e da omissão. A ação seria o comportamento comissivo do agente; um ato capaz de causar uma transformação no mundo, enquanto a omissão seria a ausência desse agir. O autor ressalta, porém, que a omissão só tem relevância no Direito quando a ordem jurídica

⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 383.

⁸ *Ibid.*, p. 386.

⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 465.

determina que algum ato seja praticado, mas o agente não o faz.¹⁰ Conclui-se, assim, que se no caso concreto não se impunha o dever de praticar determinada conduta, a omissão do agente é incapaz de responsabilizá-lo civilmente.

Logicamente, em se tratando de responsabilidade contratual, a ação ou omissão ilícita se dá por violação de dever previsto contratualmente. Em outras palavras, o agente fez algo que, por força do contrato, não devia; ou, mais comumente, deixou de praticar a obrigação a qual se comprometeu.

Nesse último caso, se houve um simples atraso no cumprimento da obrigação, fala-se que o contratante entrou em inadimplência relativa, também chamada de mora. Entretanto, se a inexecução do contrato tornar impossível o cumprimento da obrigação, ou, ainda que possível, fizer ela se tornar inútil ao credor, fala-se que o contratante entrou em inadimplência total ou absoluta.¹¹

Nesta senda, Aguiar Dias destacou que a inexecução do contrato, no tempo determinado, faz nascer uma obrigação nova: a de reparar o prejuízo causado por tal inexecução. Essa nova obrigação substitui, total (no caso do inadimplemento) ou parcialmente (no caso da mora), a obrigação originalmente prevista no contrato.¹²

Em suma, pode-se dizer que a conduta ilícita no contrato é qualquer ação ou omissão do agente que resulte em descumprimento contratual.

3.1.3 O nexo de causalidade

O nexo de causalidade é importante elemento da responsabilidade civil, pois, logicamente, o agente só será obrigado a indenizar os danos que efetivamente causou.¹³ Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves assim conceituou o nexo causal:

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. [...] Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.¹⁴

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 41.

¹¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 412.

¹² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 149.

¹³ TARTUCE, *op. cit.*, p. 475.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 54.

De maneira complementar, Sergio Cavalieri Filho conceituou o nexo de causalidade não apenas como sendo o elo naturalístico entre a conduta e o dano – ou seja, a relação entre causa e efeito mencionada por Gonçalves – mas também o elo jurídico, que seria a ligação estabelecida pelo ordenamento jurídico entre a conduta e o dano. No entendimento do autor, o elo jurídico ajudaria a apontar quais causas efetivamente contribuem para a consumação do dano, uma vez que a simples relação de causa e efeito não seria suficiente para resolver todos os casos concretos; sobretudo nos mais complexos, em que várias causas concorrem para o dano.¹⁵

Nesse escopo, existem algumas teorias que buscaram determinar quais causas deveriam ser juridicamente relevantes no âmbito da responsabilidade civil. A teoria da equivalência dos antecedentes dita que todos os atos que concorrem para causar o dano, ainda que superficialmente, responsabilizam o agente.¹⁶ A teoria da causalidade adequada, por sua vez, aponta que não basta que a conduta tenha relação com o dano, e sim que, nas circunstâncias fáticas do caso concreto, ela tenha sido adequada para causá-lo. Em outras palavras, se a conduta apenas causou o dano em razão de circunstâncias acidentais, ela não foi adequada, sendo, portanto, incapaz de responsabilizar o agente.¹⁷ Por fim, a teoria do dano direto e imediato aponta que o agente só é responsabilizável pelos danos direta e imediatamente causados por sua conduta ilícita.¹⁸ Ou seja, se a causa determinante do dano for perpetrada por terceiro, ou até pela própria vítima, o agente não será obrigado a indenizar, mesmo que tenha agido ilicitamente.¹⁹

Não há unanimidade na doutrina e na jurisprudência sobre a teoria do nexo de causalidade a ser aplicada no Direito Civil brasileiro. De toda maneira, o artigo 403 Código Civil dispõe que as perdas e danos só incluem os prejuízos direta e imediatamente causados pela inexecução da obrigação, o que leva muitos autores a concluírem que a teoria adotada no Direito Civil brasileiro é a do dano direto e imediato.²⁰

Nota-se que a ideia da responsabilização por dano direto e imediato está presente também no Código de Defesa do Consumidor, pois o inciso III do parágrafo 3º do artigo 12 desse diploma dispõe que o fornecedor não será responsabilizado pelo defeito no produto ou serviço em caso de “culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Em que pese utilizar o

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 66.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 361.

¹⁷ *Ibid.*, p. 362.

¹⁸ GONÇALVES, *loc. cit.*

¹⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 476.

²⁰ TARTUCE, *loc. cit.*

termo “culpa”, a doutrina sustenta que o artigo deve ser lido como a quebra denexo causal entre o defeito e o dano, nos casos em que a conduta que causou o prejuízo foi tomada exclusivamente pelo consumidor ou por terceiro.²¹

De todo o exposto pode-se concluir, assim, que o agente apenas é obrigado a indenizar os danos diretamente causados pelo seu descumprimento contratual. Em outras palavras, se a causa determinante do prejuízo se der por conduta imputável a terceiro, ou ao próprio credor, o devedor não é obrigado a indenizar, mesmo se tiver descumprido o contrato.

3.1.4 O dano

O dano, na conceituação de Sergio Cavalieri Filho, se trata de “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima”.²² Nesse escopo, Flávio Tartuce observou que, classicamente, a doutrina dividiu os danos entre os de natureza material e os de natureza moral. Entretanto, a jurisprudência tem entendido que a vida moderna traria uma série de “novos tipos de dano”, como os danos estéticos e os danos pela perda de uma chance.²³

Não obstante, nota-se que os “novos danos” se tratam, no fim, de subespécies de danos patrimoniais ou morais,²⁴ de forma que o estudo da divisão clássica ainda se mostra pertinente. Importa ressaltar, aqui, que o foco deste trabalho serão os danos morais, que afetam o indivíduo como ser humano,²⁵ de forma que não se aprofundará o estudo das lesões aos bens materiais da vítima.

3.1.4.1 O dano moral

Segundo Flávio Tartuce, a reparabilidade do dano moral tornou-se pacífica com o advento da Constituição Federal de 1988, através de previsão expressa em seu artigo 5º,

²¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 437.

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 104.

²³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 482.

²⁴ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, P. 105.

²⁵ Como posto por Carlos Roberto Gonçalves, “[o dano] moral é o que só ofende o devedor como ser humano”. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 369.

inciso X.²⁶ Logo, não se discute a compatibilidade da indenização por danos extrapatrimoniais com o ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, há de se questionar o que constitui, de fato, o chamado dano à moral.

Maria Helena Diniz, por exemplo, definiu o dano moral como sendo “a lesão de interesses não patrimoniais da pessoa física ou jurídica”.²⁷ Wilson Melo da Silva foi outro autor que utilizou critério similar para classificar essa modalidade de dano.²⁸

De outro lado, houve, na doutrina, quem efetivamente tentasse definir, ou ao menos delimitar, quais seriam esses “interesses não patrimoniais” do indivíduo, a fim de dar um pouco mais de segurança ao conceito. Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar aduziu que “danos morais são aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e, como tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico”.²⁹ Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, assim definiu o dano moral: “é lesão do bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc”.³⁰

Já Sergio Cavalieri Filho distinguiu o dano moral em duas facetas: o sentido estrito e o sentido amplo. Em sentido estrito, seria o dano à própria dignidade humana.³¹ Em sentido amplo, seria a violação de algum direito da personalidade, como os direitos à imagem, ao bom nome e às relações afetivas.³²

Nota-se, portanto, a tendência da doutrina em conceituar o dano moral como sendo a ofensa a algum atributo da personalidade do indivíduo. Entretanto, como pontuado por Cavalieri, o dano moral também pode ser entendido como uma ofensa direta à própria dignidade humana.

Considerando que, como visto, o princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger a integralidade da pessoa – seu valor intrínseco – pode-se entender por dano moral também como sendo ofensa a esse valor. Em outras palavras, qualquer ato que trate o ser humano como “coisa”, colocando-o em situação degradante, gera dano moral. Isso permite que se reconheça a possibilidade de lesão a outros atributos da personalidade além daqueles

²⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 485.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro, volume 7**: responsabilidade civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90.

²⁸ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 01.

²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 43-44.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 388.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 118.

³² *Ibid.*, p. 120.

previstos em lei,³³ bem como se reconheça o prejuízo moral nos casos de dano ou tentativa de dano a algum direito fundamental, como os direitos à vida e à saúde.

De qualquer forma, vê-se que o dano moral deve ser causado por uma efetiva agressão à dignidade ou à personalidade do indivíduo. Naturalmente, isso leva à conclusão de que nem toda conduta ilícita – por mais que coloque a vítima em um estado de aborrecimento profundo – é capaz de gerar dano moral. Essa é a conclusão de Sergio Cavalieri Filho, ao afirmar que o mero dissabor e irritação não implicam necessariamente em lesão à esfera extrapatrimonial do indivíduo. O autor ressalta a importância de se analisar a causa do dano moral, ou seja, se a conduta ilícita é efetivamente adequada para lesionar a personalidade ou a dignidade da vítima, e não sua consequência, qual seja, a alteração anímica sofrida pela pessoa.³⁴

Pode-se concluir, do exposto, que o dano moral é uma ofensa tanto aos atributos da personalidade do indivíduo – como a intimidade, a honra e o bom nome – quanto à dignidade humana em geral. Além disso, como o princípio da dignidade da pessoa humana visa a proteção integral da pessoa, pode-se dizer que a violação de direitos fundamentais também constitui violação à moral. Por fim, o dano moral é constatado a partir do aspecto imaterial violado da pessoa, e não pela reação da mesma, uma vez que a vida em sociedade acarreta situações que, apesar de colocarem os indivíduos em estado de frustração, vexame e mágoa, não necessariamente são violadoras da personalidade ou da dignidade e, portanto, não são passíveis de indenização por dano moral.

3.1.4.2 As funções da indenização por dano moral

Identificada a existência de conduta ilícita que efetivamente cause danos à dignidade humana ou a atributos da personalidade da vítima, faz-se necessário o estabelecimento de critérios para a sua indenização – afinal, entende-se ser incompatível a tarifação dessa modalidade de dano no ordenamento jurídico brasileiro.³⁵ Nesse sentido, Héctor Valverde Santana, ao discorrer sobre o arbitramento da indenização por dano moral, identificou três

³³ Nesse sentido, Luiz Edson Fachin sustenta que o princípio da dignidade humana tutela, por si só, a integralidade do indivíduo. O autor critica a opção do legislador brasileiro em positivar os direitos da personalidade da maneira que o fez no Código Civil, aduzindo que teria sido mais interessante a utilização de uma cláusula geral que forçasse o intérprete a analisar esses direitos à luz da Constituição Federal. In: FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.362, p. 43-60, dez. 2007.

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 123.

³⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 498.

funções importantes comumente citadas na doutrina a serem observadas pelo juiz: a função compensatória, a função punitiva e a função preventiva.³⁶

A função compensatória, nas palavras de Yussef Said Cahali, busca trazer à vítima uma compensação por ter tido sua moral abalada. Com efeito, esse autor ressalta que a indenização pecuniária, nos casos de dano moral, não visa restituir a vítima ao estado anterior da lesão, e sim amenizar seus efeitos, trazendo-lhe uma satisfação.³⁷ Trata-se de diferença básica entre o dano patrimonial e o dano extrapatrimonial. O primeiro costuma ser facilmente quantificado (ou ao menos quantificável): basta ver o quanto do patrimônio material do indivíduo foi subtraído pela conduta ilícita, sendo relativamente fácil determinar o *quantum* indenizatório para retornar a vítima no *status quo ante*.³⁸ Já o segundo não possui a mesma simplicidade, principalmente porque atributos da personalidade como a honra, a intimidade e o bom nome não possuem expressão pecuniária direta.³⁹ Dessa forma, o ressarcimento da moral abalada trata-se de pretensão impossível, devendo-se buscar, em seu lugar, a compensação.

A função punitiva, como se infere pelo nome, se trataria da punição do infrator por ter ofendido direito extrapatrimonial da vítima.⁴⁰ Pode-se dizer que essa é uma função controversa do dano moral, pois parte da doutrina sustenta ser inadmissível a aplicação de “pena” em Direito Privado. Segundo essa corrente, a função principal da responsabilidade civil seria a indenização da vítima, e não a punição do ofensor, pois a aplicação de pena seria prerrogativa exclusiva do Estado.⁴¹ Em todo o caso, aceitando-se ou não o caráter punitivo da indenização, mostra-se oportuna a observação de Sergio Cavaliere Filho de que a indenização deve ser arbitrada moderadamente, visando principalmente a satisfação da vítima, sem transformar o dano em meio de lucro.⁴²

Tratando-se da função punitiva do dano moral, a jurisprudência nacional sustenta que o dano deve estar presente, ainda que em grau mínimo, não se admitindo a indenização meramente punitiva do ofensor no ordenamento jurídico brasileiro.⁴³ Entende-se, pois, que a

³⁶ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 161-163.

³⁷ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 37-38.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 105.

³⁹ *Ibid.*, p. 120.

⁴⁰ SANTANA, *op. cit.*, p. 166.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 138

⁴² *Ibid.*, p. 136-137

⁴³ É interessante notar que o artigo 45 do projeto original do CDC previa a instituição de uma “multa civil” a ser aplicada aos fornecedores que descumprissem o disposto no capítulo sobre as práticas comerciais, o que se aproximava bastante da ideia de danos punitivos. Entretanto, o dispositivo não entrou em vigor em razão do

função punitiva da indenização é acessória, e deve sempre estar acompanhada da função principal, que é a compensatória.⁴⁴

Por fim, há a função preventiva, a qual, segundo Héctor Valverde Santana, se dirigiria não só ao ofensor do caso concreto, mas também à sociedade em geral. O autor argumenta que o ordenamento jurídico deve se voltar, primariamente, à prevenção dos atos ilícitos, de forma que a finalidade preventiva da indenização por dano moral seria um meio de reduzir atentados contra os direitos da personalidade e a dignidade humana das pessoas.⁴⁵

Enfim, importa ressaltar que as finalidades da indenização auxiliam o juiz a arbitrar o *quantum* indenizatório no caso concreto, mas estão longe de serem um “critério matemático” capaz de estipular, objetivamente, qual é o valor de indenização mais apropriado em cada ação judicial. Restará ao julgador seguir seu prudente arbítrio, sempre tendo em mente a gravidade da lesão à moral, a capacidade econômica do ofensor e a repercussão social do evento danoso, devendo evitar tanto a indenização meramente simbólica quanto o enriquecimento ilícito da vítima.⁴⁶

3.1.4.3 O dano moral por inadimplemento contratual

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o mero inadimplemento contratual não gera, por si só, direito de indenização por dano moral.⁴⁷ Com efeito, quando uma das partes descumpre o contrato, ou ativamente deixa de realizar a sua obrigação conforme disposta no instrumento contratual, é esperada a ocorrência de algum prejuízo econômico à outra. No entanto, o inadimplemento – embora frustre a expectativa do outro contratante – não implica, por si só, em lesão a direitos da personalidade ou à dignidade humana, aptos a gerar dano moral.⁴⁸

veto presidencial. In: MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 839.

⁴⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 497.

⁴⁵ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 169-171

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. O problema da liquidação do dano moral e o dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório. In: _____ (Org.). **Atualidades jurídicas 2**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 248-267.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 1320884/PR. Agravante: Celio Ricardo Ferreira dos Santos. Agravado: Confiança Companhia de Seguros em Liquidação Extrajudicial. Relator: Raúl Araújo. Brasília, 02 abr. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181107&num_registro=201801642533&data=20190415&formato=PDF>. Acesso em: 18 abr. 2019.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 123

Isso ocorre mesmo nos contratos de consumo. Por exemplo, uma pessoa compra um produto durável que apresenta vício de fabricação. Ao comparecer à sede do fornecedor para tentativa de reparo, tem a garantia indevidamente negada pelo mesmo, vendo-se obrigada a pagar pelo conserto. Mesmo que o fornecedor tenha descumprido o termo de garantia (e o próprio Código de Defesa do Consumidor), a situação, embora desagradável, não abala os direitos da personalidade ou a dignidade do consumidor, tendo o dano ocorrido se limitado à esfera patrimonial.

Dito isso, seria falacioso afirmar que o inadimplemento contratual é totalmente incapaz de gerar dano moral, em qualquer caso. A própria jurisprudência do STJ entende existirem casos em que a inexecução do contrato pode irradiar efeitos na esfera extrapatrimonial do indivíduo – sobretudo quando o contrato versa sobre um direito fundamental. Toma-se como exemplo o seguinte julgado da corte superior, em que se entendeu que, excepcionalmente, a rescisão de um contrato de compra e venda havia violado o próprio direito fundamental à moradia do autor da ação, caracterizando o dano moral.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESCISÃO CONTRATUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ART. 40, § 2º, DA LEI N. 4.591/1964. NÃO INCIDÊNCIA. PARTICULARIDADE DO CASO CONCRETO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. PARCELAS PAGAS. DEVOLUÇÃO INTEGRAL. DANO MORAL. CABIMENTO. EXCEPCIONALIDADE.

[...]

4. Muito embora seja sólida a jurisprudência segundo a qual o mero inadimplemento contratual não gera dano moral indenizável, reconhece-se excepcionalmente a possibilidade da condenação, notadamente quando estão em discussão bens jurídicos de especial grandeza, como é o direito a moradia. Precedentes.

5. No caso em exame, o contrato foi firmado no ano de 1994, com ajuste de novo termo de compromisso em 1999, mas até a data do ajuizamento da ação - 2005 -, o inadimplemento persistia e o imóvel não havia sido entregue, circunstância que revela bem mais que mero dissabor e autoriza, de fato, a condenação por dano moral.

6. Agravo regimental não provido.⁴⁹

Dessa forma, o entendimento de que o inadimplemento contratual não gera dano moral deve ser aplicado com cautela, devendo o julgador verificar se, no caso concreto, a inexecução do contrato não feriu nenhum direito da personalidade ou a dignidade humana do indivíduo.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 168.231/RJ. Agravante: Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções. Agravado: Adriano Brilhante Kury e Outro. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 05 ago. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1334132&num_registro=201200803211&data=20140812&formato=PDF>. Acesso em: 18 abr. 2019.

3.2 A CONSAGRAÇÃO DA “TEORIA DO RISCO” NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Na teoria clássica da responsabilidade civil, a culpa era elemento indispensável para a responsabilização do agente. Esse elemento, por sua vez, devia ser compreendido em seu sentido amplo, conforme aduzido por Carlos Roberto Gonçalves:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.⁵⁰

Assim, a regra na teoria clássica da responsabilidade civil era a da responsabilização subjetiva, pois o agente apenas poderia responder pelos danos causados caso agisse com o intuito de lesar (dolo), ou tivesse sido imprudente, negligente ou imperito (culpa em sentido estrito).⁵¹

Esse cenário passou a mudar com a industrialização ocorrida em vários países da Europa no século XIX. A introdução de novas máquinas nas fábricas aumentou, também, os acidentes sofridos pelos trabalhadores. Notou-se, rapidamente, ser demasiadamente difícil a responsabilização dos donos das fábricas nessas condições, pois a prova da culpa não era facilmente produzida pelas vítimas.⁵²

Entendendo ser necessária a melhor proteção das vítimas, as legislações europeias, em um primeiro momento, consagraram a presunção de negligência contra o causador do dano.⁵³ Sergio Cavalieri Filho classificou esse momento como um “meio termo” entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, pois apesar de haver presunção de culpa, ainda havia espaço para discuti-la.⁵⁴

Durante o século XX, a introdução de novas tecnologias, o fenômeno da massificação dos contratos e o crescimento do mercado de consumo, entre outros efeitos,⁵⁵ fez com que se entendesse que a vida moderna se tornara demasiadamente complexa para a discussão da

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 326

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 31

⁵² *Ibid.*, p. 226.

⁵³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 600.

⁵⁴ CAVALIERI, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁵ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 159 *et seq.*

culpa. Consagrou-se, assim, a teoria do risco, pela qual todo aquele que exerce alguma atividade assume os riscos por ela criada, independentemente da culpa ou dolo.⁵⁶

Segundo Bruno Miragem, a teoria do risco passou por grande evolução, sobretudo na classificação dos diversos tipos de risco da vida moderna, entre os quais destacou o risco-proveito, o risco-criado, o risco profissional, o risco excepcional e o risco integral. O autor destaca que, em sede de Direito do Consumidor, o tipo de risco que costuma fundamentar a responsabilidade objetiva do fornecedor nas relações de consumo é o risco-proveito – ou seja, o agente responde, sem culpa, pelos danos causados pelo exercício de sua atividade empresarial, uma vez que dela auferir benefícios econômicos.⁵⁷

Isso não significa dizer que a responsabilidade subjetiva tenha caído em desuso – de fato, a própria cláusula geral de responsabilização civil, prevista no artigo 186 do Código Civil, prevê a responsabilização do agente “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, que são elementos da culpa.⁵⁸ Até mesmo no Código de Defesa do Consumidor se admite uma hipótese de responsabilização subjetiva, que é o caso de danos causados por profissionais liberais, conforme o artigo 14, parágrafo 4º, do diploma consumerista.⁵⁹

Conclui-se, assim, que de maneira geral o fornecedor deve responder objetivamente pelos danos causados em razão dos riscos criados pela sua atividade econômica. Dessa forma, o regime de responsabilização civil do fornecedor, salvo exceções expressamente previstas em lei, não admite a discussão acerca da existência ou não de culpa.

3.3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA PRÁTICAS E CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como já visto, nas relações de consumo o fornecedor possui maior poderio econômico e, por consequência, maior controle sobre essas relações, decidindo suas condições e, com frequência, as cláusulas inseridas nos contratos, que são então simplesmente aderidas pelo consumidor.⁶⁰

Segundo Bruno Miragem, um dos direitos básicos do consumidor é o direito ao equilíbrio contratual. Esse direito, aliado ao princípio da intervenção do Estado nas relações

⁵⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 601.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 601-602.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 39-40.

⁵⁹ BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁶⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 76-77.

de consumo,⁶¹ permite concluir que o Poder Público deve estabelecer padrões mínimos a serem seguidos pelos fornecedores nos contratos de consumo, a fim de equilibrar, ao menos um pouco, as forças dessa relação.⁶²

Uma das maneiras que o ordenamento jurídico encontrou para atingir esse equilíbrio foi a vedação das práticas abusivas, bem como o controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo.⁶³ Conclui-se, portanto, que o livre arbítrio do fornecedor deve se dar dentro dos limites estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, assim como os demais princípios da nova teoria contratual.⁶⁴ Dito isso, há de se questionar o que são, de fato, as práticas e cláusulas abusivas.

Práticas abusivas, na concepção de Antônio Herman Benjamin, seriam “uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim como de sua situação de inferioridade econômica ou técnica”.⁶⁵ Bruno Miragem, por sua vez, considera que o fornecedor comete prática abusiva quando “exerce sua posição de modo a impor ao consumidor condições negociais desfavoráveis, em vista da violação da boa-fé ou dos usos e costumes”.⁶⁶

Pode-se dizer, então, que práticas abusivas são todas as práticas comerciais dos fornecedores que, ao buscar alguma vantagem, lesem os direitos dos consumidores, ou, ainda, sejam contrários à boa-fé. Ressalta-se que a boa-fé utilizada na interpretação dos contratos, especialmente os de consumo, diz respeito não às boas intenções dos contratantes – a boa-fé subjetiva⁶⁷ – e sim às condutas tomadas pelas partes e a expectativa gerada por elas – ou seja, a boa-fé objetiva.⁶⁸ Um dos principais efeitos da boa-fé objetiva sobre os contratos é o reconhecimento de uma série de deveres anexos à prestação principal, e que não precisam

⁶¹ Cf. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 160-161.

⁶² *Ibid.*, p. 228-229.

⁶³ *Ibid.*, p. 227.

⁶⁴ Cláudia Lima Marques esclarece que a nova concepção do contrato supera a supremacia da autonomia da vontade a fim de buscar o equilíbrio contratual. Para isso, os efeitos dos contratos na sociedade são levados em conta, assim como a exigência da boa-fé dos contratantes e o respeito às suas expectativas legítimas. A lei, nesse contexto, é tanto legitimadora quanto limitadora da autonomia da vontade. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 210 *et seq.*

⁶⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005. p. 361.

⁶⁶ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 317.

⁶⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 579.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 580.

estarem expressamente previstas no instrumento contratual para serem eficazes, como os deveres de cuidado, de colaboração e de informação.⁶⁹

O artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor elenca algumas práticas abusivas, entre as quais se incluem o condicionamento da venda de um produto à venda de outro produto, a execução de serviços sem a elaboração de prévio orçamento aprovado pelo consumidor e a entrega ao consumidor de produto sem sua prévia solicitação. Ressalta-se, entretanto, que o rol de práticas previstas no artigo supramencionado é aberto, podendo outras práticas abusivas serem reconhecidas no caso concreto.⁷⁰ Não obstante, pode-se concluir que todas as práticas previstas possuem em comum o fato de que o fornecedor se prevalece de sua posição de poder para impor desvantagens ao consumidor, devendo esse ser um critério norteador para o reconhecimento de outras práticas abusivas.⁷¹

Por não haver menção expressa no CDC sobre qual seria a sanção imposta aos fornecedores pela realização de práticas abusivas, entende-se, majoritariamente, que o simples fato de o Código enunciar as condutas como proibidas caracterizam-nas como ilícitas. Assim sendo, essas práticas podem responsabilizar civilmente o fornecedor, desde que os demais elementos da responsabilidade civil nas relações de consumo – dano e nexo de causalidade – se façam presentes. Não obstante, ainda quando não causem danos diretos aos consumidores, as práticas abusivas podem (e devem) ser punidas pelos órgãos administrativos, como o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), sancionando-se os fornecedores que ajam em desacordo com os preceitos do CDC.⁷²

De outro lado, além de buscar inibir as práticas abusivas, o ordenamento jurídico também se ocupou de regular a redação do contrato de consumo, vedando a inclusão de cláusulas abusivas. Nessa esteira, cabe trazer a definição de Jean Calais-Auloy: “é abusiva a cláusula que, pré-redigida pela parte mais forte, cria um desequilíbrio significativo em detrimento da parte mais fraca”.⁷³ Tal como nas práticas abusivas, também se verifica, aqui, o fornecedor utilizando indevidamente sua posição de poder, buscando auferir vantagens em detrimento dos consumidores.

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor possui um rol exemplificativo de cláusulas abusivas. Elas possuem o elemento comum da desproporção das forças ou das

⁶⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 214 *et seq.*

⁷⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 278.

⁷¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 318.

⁷² *Ibid.*, p. 322-323.

⁷³ CALAIS-AULOY *apud* MIRAGEM, p. 385.

obrigações das partes, como é o caso da cláusula que permite ao fornecedor alterar unilateralmente o preço, ou deem a ele a opção de não concluir o contrato, embora ainda obrigando o consumidor. Com esse elemento em mente, o inciso IV desse artigo é uma espécie de “cláusula aberta”, permitindo que o julgador identifique cláusulas abusivas não tipificadas no Código.⁷⁴

Assim como nas práticas abusivas, a inclusão de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, por serem proibidas pelo ordenamento jurídico, constitui-se ato ilícito apto a gerar responsabilização civil do fornecedor, caso elas lesionem a esfera material ou moral dos consumidores.⁷⁵ Não obstante, causem dano ou não, a principal sanção da inclusão de tais cláusulas é a sua nulidade, evitando a produção de seus efeitos.⁷⁶

A nulidade da cláusula, como ressabido, implica em sua total rejeição, sem possibilidade de convalidação.⁷⁷ Trata-se, naturalmente, de forte reação do ordenamento jurídico, e no âmbito do direito do consumidor ocorre em razão da proteção do consumidor ser fundamento da ordem pública e prevista constitucionalmente.⁷⁸

Normalmente, a nulidade de pleno direito diz respeito ao não preenchimento de requisitos essenciais para a existência válida do contrato; ou seja, havendo nulidade, o contrato não produz efeitos jurídicos.⁷⁹ Porém, há de se lembrar que o consumo, no mundo moderno, se apresenta cada vez mais não como um luxo, mas como necessidade, de forma que a manutenção do contrato é, muitas vezes, de interesse do consumidor.⁸⁰ Por essa razão o artigo 51, parágrafo 2º, do CDC, previu expressamente que “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.⁸¹ Assim, como apontado por Cláudia Lima Marques, o artigo 6º, inciso V, do CDC permite que o Poder Judiciário modifique as cláusulas constantes nos contratos de consumo, a fim de buscar o reequilíbrio da relação, ao invés de extingui-la.⁸²

⁷⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 368-369.

⁷⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 397.

⁷⁶ BENJAMIN, *op. cit.*, p. 369-370.

⁷⁷ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 394.

⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 943.

⁷⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 257.

⁸⁰ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 233-234.

⁸¹ BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁸² MARQUES, *op. cit.*, p. 948-949.

De toda sorte, tanto as práticas como as cláusulas abusivas se apresentam como relevantes no estudo da responsabilidade contratual do fornecedor, pois são consideradas ilícitas e, portanto, capazes de responsabilizá-lo civilmente. Não obstante, seu caráter abusivo traz consequências que vão além da responsabilidade civil, como é o caso da possibilidade de os fornecedores serem sancionados pelos órgãos administrativos.

Não se pode olvidar, assim, que o sistema de responsabilização civil é apenas uma entre tantas maneiras de se proteger os consumidores da atuação abusiva dos fornecedores. As sanções administrativas e a nulidade de pleno direito das cláusulas que desequilibram as relações contratuais revelam-se importantes medidas na regulação do mercado de consumo, ao passo em que obrigam o fornecedor a agir nos ditames da ordem jurídica, mesmo quando seu agir – embora ilícito – não cause nenhum dano concreto.

4 OS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE

Apesar de o direito à saúde ser considerado um direito social fundamental pela Constituição Federal, sabe-se que o sistema de saúde pública brasileiro ainda enfrenta diversos obstáculos. Dos hospitais superlotados até a falta de médicos e de equipamentos adequados, nota-se que o Estado ainda possui dificuldade em consagrar esse direito básico do cidadão. Nesse contexto, os planos e seguros de saúde surgem como alternativa para parte da população que pode pagar pelos seus serviços.¹

Esses contratos integram o chamado “setor de saúde suplementar”, e são regulados por lei própria: a Lei nº 9.656/98,² que definiu em seu artigo 1º, inciso I, os tipos de contratos a que se aplica:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001):

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001);³

De maneira geral, os contratos previstos na referida lei têm por objetivo custear as despesas médicas, hospitalares e emergenciais de seus usuários, mediante o pagamento de mensalidade. Bruno Miragem, ao discorrer sobre os mesmos, destacou sua importância econômica e social, uma vez que os serviços prestados se vinculam aos direitos fundamentais à vida e à saúde, além de costumarem serem executados em um contexto de vulnerabilidade agravada do consumidor, em razão da enfermidade que o acomete.⁴

Os planos e seguros de saúde possuem natureza peculiar. São contratos aleatórios, nos termos do artigo 458 do Código Civil, na medida em que seu usuário não sabe quando irá

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 567.

² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 483.

³ BRASIL. Lei n. 9656, de 3 de junho de 1998. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 22 mai. 2019.

⁴ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 482.

precisar utilizar seus serviços.⁵ Também são de trato sucessivo, ou seja, a relação contratual se estende ao longo do tempo.⁶ Possuem, outrossim, lei que regula de maneira mais específica seu objeto: a Lei nº 9.656/98. Por outro lado, são oferecidos no mercado de consumo, de forma que seus usuários também estão protegidos pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor.⁷ No caso específico dos seguros, ainda, vê-se que os mesmos são regulados de maneira generalizada no Código Civil, em seus artigos 757 e seguintes.⁸

Mostra-se, assim, pertinente estudar não somente as diferentes modalidades de planos e seguros de saúde, mas também a maneira como devem ser interpretados, bem como a natureza de seu inadimplemento: a negativa de cobertura.

4.1 AS DIVERSAS MODALIDADES DE CONTRATOS DE PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE

Coloquialmente, utiliza-se as expressões “planos de saúde” e “seguros de saúde” como se fossem sinônimas, referindo-se a todo e qualquer contrato que tenha por objeto custear assistência médica e hospitalar.⁹ Entretanto, apesar de similares em diversos aspectos, os planos e os seguros de saúde não se confundem.

Sobre o seguro, mostra-se relevante trazer a definição dada por Sergio Cavaliere Filho: “seguro é contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagar-lhe uma determinada indenização, prevista no contrato, caso o risco a que está sujeito se materialize em um sinistro”.¹⁰ Em se tratando de seguro de saúde, logicamente, o risco objeto do contrato é o risco de o segurado ser acometido por enfermidade, ou necessitar de serviços de emergência médica.¹¹

Como se vê, a principal característica do seguro é o reembolso das despesas do segurado caso o risco assumido pelo segurador venha a se concretizar em um sinistro, nos limites da apólice, daí se entendendo que, nos seguros de saúde, o regime geral é o de livre

⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 518.

⁶ *Ibid.*, p. 517.

⁷ *Ibid.*, p. 514.

⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 mai. 2019.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 567.

¹⁰ *Ibid.*, p. 556.

¹¹ MARQUES, *op. cit.*, p. 505.

escolha¹² dos médicos e hospitais pelo segurado.¹³ O plano de saúde propriamente dito, por sua vez, caracteriza-se pela organização de rede própria de médicos e hospitais para a prestação de serviços de assistência à saúde. Assim, o usuário, mediante o pagamento de mensalidade, pode fazer uso dessa rede.¹⁴

Resta evidente, então a principal diferença entre os seguros e os planos: enquanto nos primeiros o segurado pode escolher livremente os serviços médicos que vai usufruir, possuindo direito de reembolso em face da seguradora nos limites da apólice, nos últimos há a utilização de uma rede específica para o atendimento dos usuários. Ou seja, nos planos de saúde não há o regime da livre escolha, podendo o anuente usufruir tão somente da rede oferecida.¹⁵

Enquanto não existem grandes distinções entre os seguros de saúde, Maria Stella Gregori destacou que, de outro lado, os planos de saúde se diferenciam entre si através das entidades que a gerenciam: empresas de medicina de grupo ou cooperativas de serviços médicos. A autora distinguiu, ainda, a existência dos planos de saúde de autogestão.¹⁶

Como destacado por Sergio Cavalieri Filho, as empresas de medicina de grupo são pessoas jurídicas de direito privado que organizam rede de atendimento médico, hospitalar e ambulatorial para seus usuários. Já as cooperativas de serviços médicos tratam-se de associações de médicos que se organizam para prestar serviços relacionados à saúde. O autor destaca que tanto uma quanto a outra podem organizar sua rede de atendimento mediante o emprego de recursos materiais e humanos próprios, ou mediante a utilização de recursos de terceiros.¹⁷ Além disso, ambas oferecem seus serviços para o mercado em geral, motivo pelo qual se entende que seus usuários são protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, os planos de saúde podem ser individuais ou coletivos. Conforme definição no sítio eletrônico da Agência Nacional de Saúde Suplementar, os planos individuais são aqueles contratados pelo consumidor diretamente junto à própria operadora, ou através de corretor por ela autorizado.¹⁸ Já os planos coletivos são os contratados por

¹² Não obstante, Bruno Miragem destaca ser lícito uma seguradora trabalhar somente com uma determinada rede referenciada de prestação de serviços de saúde, sendo apenas vedado manter rede própria. Trata-se de característica que, como se verá, inequivocamente aproxima os planos dos seguros de saúde. In: MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 483.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 567.

¹⁴ MIRAGEM, *loc. cit.*

¹⁵ CAVALIERI, *loc. cit.*

¹⁶ GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica de proteção do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 160.

¹⁷ CAVALIERI, *loc. cit.*

¹⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Plano de saúde individual/familiar - ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e>

empresas, sindicatos, associações ou outras entidades em benefício das pessoas com elas vinculadas.¹⁹ Segundo os dados da agência, a maioria dos beneficiários dos planos de saúde no Brasil usufrui da modalidade coletiva. Em abril de 2019, contabilizavam-se cerca de 37,9 milhões de beneficiários em planos coletivos, em contraposição aos 9,1 milhões de beneficiários de planos individuais.²⁰

Importa excepcionar, aqui, os planos de saúde de autogestão. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entende-se por autogestão todos os planos oferecidos por empresas, sindicatos ou outras entidades exclusivamente aos seus empregados e associados, sendo a assistência à saúde organizada pelas próprias.²¹ Ou seja, não são oferecidos no mercado de consumo, tendo um escopo menor, sem visar lucro, ocupando-se apenas de manter uma estrutura mínima para o atendimento dos associados. Esses foram os motivos que levaram a 2ª Turma do STJ a entender que os planos de saúde de autogestão não estão abarcados no âmbito de proteção do CDC.²² Isso culminou na edição da Súmula nº 608 do STJ, que, substituindo a Súmula nº 469, dispôs o seguinte: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”.²³

Não obstante as diferenças, tanto os seguros oferecidos por seguradoras, quanto os planos de saúde oferecidos por empresas de medicina de grupo e cooperativas, ou operantes por autogestão, destinam-se a assegurar e a promover a assistência à saúde de seus usuários.²⁴ Por essa razão, todos se submetem à Lei nº 9.656/98, como se denota do artigo 1º, parágrafos

troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/14-planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/470-planos-individuais-e-familiares>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Planos coletivos - ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/14-planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/467-planos-coletivos>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

²⁰ *Id.*. Dados consolidados da saúde suplementar. **Dados consolidados da saúde suplementar.pptx**. Atualizado em 03/06/2019. 2019. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor#N0>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.285.483/PB. Recorrente: Natan da Costa Lima e Outros. Recorrido: Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 22 jun. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1522628&num_registro=201102395952&data=20160816&formato=PDF>. Acesso em: 25 ago. 2018.

²² BRASIL, *loc. cit.*

²³ BRASIL. Súmula n. 608. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000001086%27>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

²⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 505.

1º e 2º desse diploma, e são regulados pela ANS.²⁵ Destarte, apesar de o foco deste trabalho estar nos planos e seguros de saúde oferecidos no mercado de consumo, se verá que muitos dos princípios básicos da interpretação desses se aplicam também aos planos de autogestão.

4.2 A INTERPRETAÇÃO DOS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE CONFORME O CÓDIGO CIVIL, O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI Nº 9.656/98: O “DIÁLOGO DAS FONTES”

Como já dito, os planos e seguros de saúde possuem lei especialmente dedicada a regulamentá-los. Ademais, os usuários dos planos e seguros oferecidos no mercado de consumo gozam da proteção especial do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, os seguros são regulamentados de maneira generalizada no Código Civil. Nesta senda, importa ressaltar que as próprias características dos planos de saúde – contratos aleatórios e de trato sucessivo, em que a operadora custeia os serviços de saúde utilizados em sua rede, conforme a necessidade do usuário – os aproximam substancialmente dos seguros.²⁶ Nota-se, portanto, a existência de nada menos que três fontes legislativas distintas que podem ser utilizadas para resolver as questões atinentes a esses contratos. Diante dessa diversidade de fontes, há de se questionar como eles devem ser interpretados.

Deve-se utilizar o critério da especialidade, ou cronológico? A Lei nº 9.656/98, por tratar especificamente dos serviços prestados no setor de saúde suplementar, é hierarquicamente superior ao CDC? Ou, tendo a proteção do consumidor fundamento constitucional, prevaleceria o CDC sobre a Lei nº 9.656/98? E nesse ínterim, qual o papel do Código Civil?

Para responder esses questionamentos, faz-se necessário ressaltar, primeiro, que tanto o CDC quanto a Lei nº 9.656/98 estão imbuídos do mesmo “espírito”. O CDC objetiva a proteção do consumidor em geral. Já a Lei nº 9.656/98 complementa essa proteção especificamente no que tange aos usuários de planos e seguros de saúde privados,²⁷ estabelecendo, por exemplo, a cobertura mínima dos contratos em seu artigo 12. O Código Civil, por sua vez, consagra princípios gerais na interpretação dos contratos, como o da boa-fé

²⁵ Bruno Miragem critica o “excesso de confiança” do legislador no poder de regulação da agência, apontando que o órgão tem uma atuação pouco convincente na proteção dos consumidores. In: MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 485.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 568.

²⁷ SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima *et al.* (coord.). **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71-158.

objetiva e o da função social; preocupando-se com os efeitos das relações privadas na coletividade, em contraposição com a visão majoritariamente individualista do Código Civil de 1916.²⁸

Nesse contexto, em que várias normas jurídicas poderiam ser aplicadas ao mesmo fato, a teoria do “diálogo das fontes”, aduzida por Erik Jayme na Alemanha, surge como alternativa aos critérios clássicos utilizados para resolver conflitos de normas jurídicas. A premissa principal dessa teoria é a de que as normas jurídicas não se excluem ou se sobrepõem, mas se comunicam e se influenciam.²⁹ Cláudia Lima Marques defende a aplicação dessa teoria em relação ao Código de Defesa do Consumidor com o Código Civil de 2002, principalmente no regime dos contratos, uma vez que tanto um diploma quanto outro se baseiam em premissas similares, como a exigência da boa-fé dos contratantes e o combate ao abuso e à onerosidade excessiva.³⁰

A maior parte da doutrina entende pela aplicabilidade do diálogo das fontes na interpretação dos contratos de plano de saúde.³¹ O Código de Defesa do Consumidor trata-se de lei fortemente principiológica, estabelecendo parâmetros gerais a serem seguidos por todos os fornecedores.³² Assim, a aplicação dos dispositivos da Lei nº 9.656/98 deve se dar de maneira compatível com os parâmetros do CDC – esse último, ressalta-se, de fundamento constitucional e de ordem pública – nunca de maneira a restringir os direitos dos consumidores.³³

Por exemplo, o artigo 16 da Lei nº 9.656/98 elenca informações que devem ser prestadas ao consumidor no momento da contratação. Esse artigo, pela técnica do diálogo das fontes, deve ser lido conforme o artigo 6º, inciso III, do diploma consumerista, que estabelece o direito básico do consumidor à informação clara e adequada. Ou seja, não basta que o fornecedor liste, de qualquer maneira, as informações que lhes são exigidas; impõe-se que tais informações sejam claras, acessíveis e facilmente entendidas pelo consumidor médio.³⁴ Trata-

²⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 715.

²⁹ *Ibid.*, p. 694-696.

³⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 125-130.

³¹ SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima *et al.* (coord.). **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71-158.

³² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 324.

³³ MARQUES, *op. cit.*, p. 728-729.

³⁴ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 225.

se do chamado “diálogo sistemático de coerência”, pelo qual a Lei nº 9.656/98 deve ser interpretada de maneira coerente com os parâmetros gerais estabelecidos no CDC.³⁵

O Código Civil, por sua vez, integra o diálogo das fontes de maneira a reforçar as proteções constantes nas outras leis, através do chamado “diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais”, pelo qual uma lei complementa a aplicação da outra.³⁶ Por exemplo, sendo um contrato de consumo, a interpretação do contrato deve se dar de maneira mais favorável ao consumidor, nos termos do artigo 47 do CDC. Além disso, se for contrato de adesão (como normalmente é), a interpretação das cláusulas dúbias deve se dar de maneira mais favorável ao aderente, conforme o artigo 423 do CC. Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que a proteção do CDC é mais ampla que a do CC, e por isso a sobreporia. Porém, pelo diálogo das fontes, as proteções se complementam, isto é, o fato de os planos e seguros de saúde serem contratos de consumo e de adesão confere uma “dupla proteção” ao usuário, mais forte do que seria se fosse apenas contrato de consumo, ou apenas contrato de adesão.

No mais, como os planos de saúde guardam características similares aos contratos de seguro, muitas disposições gerais dos últimos se aplicam aos primeiros, como a exigência da mais estrita boa-fé dos contratantes prevista no artigo 765 do CC.³⁷ Nota-se, outrossim, que o diálogo direto entre o Código Civil e a Lei nº 9.656/98 se dará de maneira mais intensa nos seguros de saúde e nos planos de autogestão. Os primeiros, por se tratarem de seguros, se submetem com mais intensidade ao regime generalizado do Código Civil, e os segundos, por não serem considerados contratos de consumo, não se aplicando o CDC.

Por todo o exposto, é possível entender as críticas que a doutrina faz ao artigo 35-G da Lei nº 9.656/98, que dispõe que o CDC se aplicaria de maneira subsidiária aos contratos ali regulados. Tendo a proteção do consumidor fundamento constitucional, não se poderia pretender limitar tal proteção por lei ordinária. Entende-se, assim, que a interpretação dos planos e seguros de saúde deve se dar de maneira conjunta e coerente ao CDC, e não somente quando a lei não dispõe sobre determinada situação.³⁸

³⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 719.

³⁶ *Ibid.*, p. 719-720.

³⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 mai. 2019.

³⁸ SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima *et al.* (coord.). **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71-158.

Em conclusão, os planos de saúde se submetem às disposições do Código Civil, da Lei nº 9.656/98 e do Código de Defesa do Consumidor (excluídos desse último os planos de autogestão). Assim sendo, a interpretação desses contratos deve ser feita de maneira sistemática entre os três diplomas, sempre tendo em vista a ampla proteção do consumidor.

4.3 A NEGATIVA INDEVIDA DE COBERTURA: DEFINIÇÃO E HIPÓTESES CONSAGRADAS PELA JURISPRUDÊNCIA

Tanto o plano quanto o seguro de saúde, quando acionados, possuem a prerrogativa de negar a cobertura requerida pelo usuário, se entenderem que ela não está abarcada no contrato. A negativa, entretanto, será indevida se o plano ou seguro tinha o dever contratual de cobrir a despesa, mas não o fez, colocando-o em mora ou inadimplência. Assim, há de se ressaltar que, como o objeto desses contratos é a proteção e promoção da saúde de seus usuários, a negativa de cobertura não pode ser feita de maneira leviana e irresponsável, sob risco de ferir os direitos básicos à vida e à saúde do consumidor.

Em um primeiro momento, relembra-se que os planos e seguros de saúde assumem, contratualmente, o risco de seus usuários serem acometidos por enfermidade, ou necessitarem de serviços emergenciais. Se, de um lado, a limitação desses riscos – ou, mais especificamente, a exclusão de certos eventos ou doenças da cobertura – é lícita,³⁹ a leitura desses contratos pela técnica do diálogo das fontes impõe a conclusão de que tais limitações não poderão se dar à revelia da cobertura mínima prevista no artigo 12 da Lei nº 9.656/98, sob pena de tornar inócua a finalidade dos mesmos.⁴⁰ Em todo o caso, as cláusulas limitativas devem ser redigidas de forma clara e destacada, assegurando o pleno entendimento do consumidor sobre quando poderá e quando não poderá acionar o plano ou seguro.⁴¹

Conforme aduzido por Sergio Cavalieri Filho, ao discorrer sobre os contratos de seguro, a cláusula limitativa só será abusiva quando ela buscar limitar as consequências jurídicas do risco assumido contratualmente pela operadora.⁴² Esse entendimento, aplicável também aos planos de saúde, se trata de clássica hipótese de cláusula abusiva nesses contratos. Quando o plano ou seguro cobre determinada doença, mas, em outra cláusula

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 572.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 486-487.

⁴¹ *Ibid.*, p. 403-404.

⁴² CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 575.

contratual, impõe obstáculos ao seu tratamento, entende-se que tal cláusula é abusiva, pois, no fim, esvazia o próprio objeto do contrato.⁴³

Nesse sentido, uma hipótese bastante ilustrativa de negativa indevida, e que aparece com certa frequência na jurisprudência nacional, é o caso em que o plano de saúde nega a cobertura de determinado tratamento, regularmente prescrito por médico, por considerá-lo experimental com base em alguma literatura médica. Entende-se que, tendo o plano coberto a doença, não pode deixar de custear o tratamento recomendado pelo médico que atende o paciente, pois presume-se que o profissional que o acompanha sabe qual o melhor tratamento a ser utilizado:

1. Na hipótese dos autos, não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada, manifestando-se de forma clara de que é abusiva a previsão legal ou contratual que exclui a cobertura do tratamento por ser experimental.
2. O entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do STJ de que não é possível a exclusão de tratamento considerado apropriado para resguardar a saúde e a vida do paciente.⁴⁴

Outra hipótese já consolidada na jurisprudência é a cláusula que limita o tempo de internação hospitalar do usuário do plano ou seguro de saúde, considerada abusiva nos termos da Súmula nº 302 do STJ.⁴⁵ A lógica é a mesma da cláusula que limita os tratamentos experimentais: tendo o plano coberto a doença, não pode pretender limitar o tempo de internação – até porque esse tempo depende de diversos fatores, nem sempre previsíveis pela equipe médica, muito menos pelo paciente.

Muitos outros julgados reconheceram a abusividade de cláusulas por motivos similares, como o caso da cláusula que exclui a cobertura de prótese cirúrgica fundamental para a realização de cirurgia, ou que não cobre a utilização de materiais importados em cirurgia quando inexistente similar de procedência nacional.⁴⁶

Outrossim, existem também os casos que envolvem o prazo de carência do plano de saúde. Com efeito, o prazo de carência é um período que o usuário do plano deve esperar, após a contratação, para poder começar a usufruí-lo. Nesse sentido, o STJ possui

⁴³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 493.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 877.822/RJ. Agravante: Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico. Agravado: Vera Lucia Pereira. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 29 mai. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=72799567&num_registro=201600580816&data=20170602>. Acesso em: 25 ago. 2018.

⁴⁵ MIRAGEM, *op. cit.*, p. 494-495.

⁴⁶ MIRAGEM, *loc. cit.*

jurisprudência no sentido de que a estipulação do prazo de carência é lícita, mas não deve obstaculizar o atendimento do paciente em situações emergenciais.⁴⁷

O órgão também considera abusiva a cláusula que prevê a suspensão imediata do plano, em caso de mora do consumidor, quando esse se encontra em meio a tratamento, sendo a abusividade mais grave quando se prevê a renovação do período de carência pelo mesmo período em que o consumidor ficou inadimplente. Entende-se que tais cláusulas obstaculizam demasiadamente a promoção do fim do contrato, que é a assistência médica do paciente:

A suspensão do atendimento do plano de saúde, sem qualquer notificação prévia e em razão do simples atraso da prestação mensal, ainda que restabelecido o pagamento, com os respectivos acréscimos, configura-se, por si só, ato abusivo, conforme já decidido por esta Corte. [...]

Todavia, agrava-se a abusividade no caso concreto, pois a empresa ré impõe, para o restabelecimento da cobertura, o cumprimento de novo prazo de carência, equivalente ao período em que o consumidor restou inadimplente, conforme se verifica da simples leitura da cláusula impugnada.

Destarte, em respeito à natureza ou ao fim primordial do contrato de assistência médica (fl. 31), ora em discussão, somado à necessidade de se garantir maior efetividade ao direito à cobertura dos riscos à saúde, conclui-se pela invalidade da cláusula referida, haja vista a aplicação do art. 51, IV, e § 1º, I e II, do Código de Defesa do Consumidor [...].⁴⁸

Enfim, diante da variedade de casos que chegam aos tribunais, seria impossível esgotar todas as possibilidades de cláusulas e práticas abusivas que podem ser cometidas pelas operadoras dos planos e seguros de saúde. No entanto, importa ressaltar que o que caracteriza a ilicitude da negativa é o simples fato de o fornecedor não cobrir o risco que assumiu, o que não necessariamente se dá por cláusula ou prática abusiva. Pode ocorrer, por exemplo, por interpretação do contrato de maneira desfavorável ao consumidor, em contrariedade ao artigo 47 do CDC,⁴⁹ ou ainda por mero inadimplemento contratual. Em todo o caso, a conduta é ilícita, e capaz de responsabilizar civilmente a operadora do plano ou seguro.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 872.156/CE. Agravante: Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda. Agravado: Francieda de Sousa Jota - Espólio. Relator: Raúl Araújo. Brasília, 07 mar. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575994&num_registro=201600485187&data=20170320&formato=PDF>. Acesso em: 25 ago. 2018.

⁴⁸ *Id.*. Recurso Especial n. 285.618/SP. Recorrente: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda.; Custódio Oliveira Filho. Recorrido: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda.; Custódio Oliveira Filho. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 18 dez. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=849008&num_registro=200001122525&data=20090226&formato=PDF>. Acesso em: 25 ago. 2018.

⁴⁹ Cf. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 427-431.

De todo o exposto, pode-se concluir que a negativa indevida ocorre quando a operadora do plano ou do seguro de saúde deixa de cobrir determinado risco a que se obrigou, seja com base em cláusula ou prática abusiva, seja por interpretação contratual contrária ao CDC, ou, ainda, por simples inadimplemento. De qualquer forma, a negativa indevida obstaculiza a promoção do principal fim desses contratos, que é a proteção da vida e da saúde do consumidor.

5 OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NOS CASOS DE NEGATIVA INDEVIDA

Chega-se, enfim, ao principal objetivo deste trabalho. Com base em todo o exposto até o momento, averiguar-se-á se e quando a negativa indevida de cobertura por parte do plano ou seguro de saúde é capaz de gerar dano moral ao consumidor.

Para isso, coletou-se alguns argumentos comumente invocados pela jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, assim como do Superior Tribunal de Justiça, para conceder ou negar a indenização. Importa referir que em todos os casos analisados a negativa de cobertura foi considerada indevida pelos julgadores, de modo que a controvérsia se limita apenas ao escopo do dano extrapatrimonial.

Este capítulo terá como foco os argumentos utilizados para se deferir a indenização por dano moral. São eles: a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, a ofensa aos direitos à vida e à saúde do consumidor, o estado de vulnerabilidade do consumidor no momento da negativa e a abusividade da conduta do plano ou seguro.

Há de se notar que nada impede que tais argumentos sejam invocados em conjunto em um mesmo julgado, a fim de fortalecer a fundamentação da decisão. Não obstante, para os fins deste trabalho, os mesmos serão analisados separadamente, averiguando como eles se inserem no contexto do funcionamento dos planos e seguros de saúde.

5.1. A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O primeiro argumento a ser analisado sustenta que a negativa indevida de cobertura viola o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Como exemplo, tem-se a fundamentação do seguinte recurso de apelação cível proveniente do TJRJ:

Ao contrário do sustentado pelo plano de saúde, ora apelante, entendo que os danos morais restaram configurados, diante da frustração da legítima expectativa da parte autora, que celebrou o contrato de seguro saúde no intuito de se resguardar contra os riscos à sua saúde e à sua vida, entretanto, justamente no momento em que mais precisava dos serviços de assistência médica, seu direito foi negado de forma abusiva pela apelante, violando-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna vigente.¹

¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0069691-11.2014.8.19.0001. Apelante: Unimed Rio - Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda. Apelado: Sonia Mejdalani. Relator: Antonio Carlos Arrábida Paes. Rio de Janeiro, 07 out. 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FE93CA50F3BD4399776EC7E4ED570918C50431412056>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

Em um primeiro momento, a invocação do princípio parece ser apropriada. Viu-se, afinal, que o dano moral pode ser causado por ofensa direta à dignidade humana, uma vez que esse princípio busca justamente proteger a integralidade da pessoa. Além disso, como o princípio reconhece a fundamentalidade de certos direitos² – como os direitos à vida e à saúde, que são objeto dos contratos estudados – poder-se-ia afirmar que, em última análise, a negativa pode acarretar, de fato, em violação à dignidade humana. Entretanto, há de se questionar se a invocação do princípio foi metodologicamente correta no caso analisado.

Daniel Sarmiento ocupou-se de estabelecer alguns parâmetros para a utilização desse princípio em decisões judiciais. O autor criticou a invocação do mesmo de maneira “solta”, com o intuito de “embelezar” a decisão, alertando que, ao fazê-lo, o julgador acabaria por apequená-lo:

No Brasil, o fenômeno é agravado pela tendência atual ao recurso pouco fundamentado a princípios constitucionais abertos, impregnados de forte conteúdo moral – verdadeira perversão do neoconstitucionalismo. É o uso do “princípio como preguiça”: o princípio serve de fórmula mágica meio vazia, que mascara a falta de critério da decisão e substitui o ônus do julgador de elaborar uma fundamentação mais consistente. Na “carnavalização” dos princípios que vivenciamos, a dignidade da pessoa humana tem certamente um lugar de destaque.³

O autor defende, dessa forma, que a invocação do princípio impõe ao julgador maior rigor em sua fundamentação, explicando como o caso concreto se relaciona com a dignidade humana.⁴ Pode-se concluir que, em se tratando de indenização por dano moral, o julgador teria de explicar qual faceta da dignidade estaria sendo violada pelo ato ilícito.

Porém, não foi isso que ocorreu no caso analisado, em que o julgador afirmou que a negativa indevida violou os direitos do consumidor em um momento de necessidade, e que isso feriu a dignidade humana. Como se vê, se trata de invocação sem nenhum rigor técnico, que usa a vagueza do significado do princípio para deixar a decisão mais bela. A falta de rigor, entretanto, traz consigo o indesejável problema da insegurança jurídica.⁵

² BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 66.

³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 301.

⁴ *Ibid.*, p. 309.

⁵ De acordo com Daniel Sarmiento, aplicar a dignidade humana sem critério nas decisões judiciais faz com que a interpretação do ordenamento jurídico fique imprevisível. A imprevisibilidade, por sua vez, impede o sujeito de se autodeterminar, o que, segundo a teoria do autor, constitui uma violação ao próprio princípio. In: *Ibid.*, p. 301.

Isso não significa dizer que não haveria como o julgador utilizar o princípio da dignidade da pessoa humana para fortalecer a decisão. Como visto, diversos autores buscaram delimitar um conteúdo mínimo da dignidade humana, existindo várias teorias que podem ser utilizadas pelos julgadores. Nesse sentido, a violação ao valor intrínseco do ser humano se trata de elemento comumente invocado na doutrina, de forma que o julgador poderia explicar a violação da dignidade com base nisso.

No caso analisado, por exemplo, poder-se-ia dizer que o plano de saúde, ao negar indevidamente a cobertura, estaria ferindo o valor intrínseco do consumidor, pois desconsideraria o fato de que ele se encontrava em estado de saúde fragilizado, necessitando de cobertura. Ao deixar de se atentar às circunstâncias em que o consumidor está inserido no momento da negativa, estaria tratando-o como um ente abstrato, impassível de sofrimento, e não como ser humano real e fragilizado por conta de sua condição física.

Apesar disso, tal solução não possui o pragmatismo necessário diante da situação atual dos tribunais pátrios, em que cada juiz precisa julgar quase uma dezena de processos por dia.⁶ Nesse contexto, exigir que o julgador estude com profundidade o conteúdo do princípio da dignidade humana para fundamentar uma decisão sobre a existência de danos morais demandaria um esforço argumentativo incompatível com a celeridade exigida nos julgamentos dos processos. Impõe-se, assim, a busca de alternativas para a fundamentação dessas decisões que sejam mais diretamente conectadas aos planos de saúde, sem necessitar da erudição necessária para a invocação adequada da dignidade humana.

Em conclusão, apesar de a violação à dignidade humana ser um possível fundamento para se deferir a indenização por dano moral, sua utilização não deve se dar de maneira vaga, mas rigorosa, sob pena de esvaziar seu conteúdo. Porém, o esforço necessário para se invocar a dignidade humana como fundamento dessas decisões torna preferível que se busquem outras alternativas para a fundamentação, tendo em vista o alto número de processos que devem ser julgados todos os dias pelos tribunais.

⁶ Segundo o relatório “Justiça em Números” de 2018 – estudo promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre o funcionamento do Poder Judiciário – em 2017 cada juiz julgou em média 7,2 casos por dia útil. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018: Sumário Executivo. da64a36ddee693ddf735b9ec03319e84.pdf*. 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

5.2 A OFENSA AOS DIREITOS À VIDA E À SAÚDE DO CONSUMIDOR

O próximo argumento a ser analisado fundamenta a indenização por dano moral no caso de negativa indevida com base na ofensa aos direitos à vida e à saúde do consumidor. Nesse sentido, destaca-se um excerto do seguinte recurso de apelação cível proveniente do TJSP: “o dano moral existe *in re ipsa*. Dada a natureza especial do contrato - que envolve direito personalíssimo da vítima (vida, saúde) - o inadimplemento acarreta consequências ensejadoras de dano moral”.⁷

Como já visto, os planos e seguros de saúde estão intimamente relacionados aos direitos à vida e à saúde do consumidor. São contratos que buscam protegê-los e promovê-los.⁸ É consequência lógica o fato de que a negativa indevida de cobertura possui grande probabilidade de violá-los.

Já foi dito que o dano moral pode ser verificado através da violação de direitos fundamentais, uma vez que esses possuem relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana.⁹ Nesse sentido, Daniel Sarmiento destaca que todas as decisões que invocam direitos fundamentais têm como pano de fundo a dignidade humana, sendo desnecessário mencionar essa última expressamente na fundamentação da decisão. O autor diz que, apesar de os direitos fundamentais também possuírem conteúdo indeterminado, são menos vagos que o princípio da dignidade humana, de forma que sua invocação é preferível, quando possível.¹⁰

Outrossim, não se pode olvidar que os direitos à vida e à saúde, além de constitucionalmente previstos, também são reforçados no Código de Defesa do Consumidor. Lembra-se ser inadmissível o fornecedor colocar a saúde do consumidor em risco; e isso se torna mais grave quando quem faz isso é a operadora de plano ou seguro de saúde – a qual, em tese, deveria promover, e não violar, esse direito. Ademais, nos casos de enfermidades mais graves, que colocam a vida do paciente em risco, vê-se que, além da saúde, o próprio direito à vida do consumidor estaria sendo violado.

⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1018557-59.2015.8.26.0562. Apelante: Yasuda Marítima Seguros Saúde S/A; Isaias Cassitas de Moraes Junior. Apelado: Yasuda Marítima Seguros Saúde S/A; Isaias Cassitas de Moraes Junior. Relator: Enéas Costa Garcia. São Paulo, 11 mai. 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11444864&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_a0bbe7acd95b499e93c2ef106e80ded1&vlCaptcha=uadx&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 482.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 85.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 305-306.

Conclui-se, portanto, que a violação aos direitos à vida e à saúde do consumidor constitui fundamento adequado para se deferir a indenização por dano moral nos casos de negativa indevida, uma vez que os mesmos são intimamente relacionados com a finalidade dos planos e seguros de saúde. Tais direitos são naturalmente relacionados à própria dignidade humana, mas possuem conteúdo mais facilmente determinável, de forma que sua invocação é mais prática e precisa.

5.3 O ESTADO DE VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR

Seria falacioso afirmar que o consumidor apenas utiliza os serviços do plano ou do seguro de saúde quando está doente e necessitando tratamento, e, portanto, que todas as negativas indevidas se dão nesse contexto. Essa pode até ser a situação mais comum, mas ainda assim é necessário reconhecer que pode ser negada a cobertura tanto de um simples exame de rotina quanto o de um tratamento para uma doença grave, como o câncer.

Diante disso, como pode o juiz equacionar o que é mero dissabor e o que é dano moral? Ou, tendo em vista que esses contratos envolvem, invariavelmente, os direitos à vida e à saúde do consumidor, seria correto dizer que o simples ato da negativa indevida gera o dano moral? Para responder essas questões, é necessária a análise de um importante elemento que frequentemente se faz presente nas ações judiciais envolvendo planos e seguros de saúde: o estado de vulnerabilidade agravada do consumidor.

Já foi dito que o reconhecimento da necessidade de proteção do consumidor na relação jurídica tem como fundamento o reconhecimento da disparidade de forças entre o consumidor e o fornecedor. Em outras palavras, o ordenamento jurídico presume a vulnerabilidade do consumidor, sendo esse o principal fundamento de sua proteção.¹¹ Nesse escopo, Cláudia Lima Marques aduziu a existência de quatro tipos diferentes de vulnerabilidade: a vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade jurídica, a vulnerabilidade fática e a vulnerabilidade informacional.¹²

Nos casos de negativa indevida de cobertura, o tipo de vulnerabilidade que costuma se destacar é a vulnerabilidade fática, na modalidade de “hipervulnerabilidade”, uma vez que o inadimplemento do plano ou seguro de saúde tem grandes chances de se dar em um contexto

¹¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 136.

¹² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 323-324.

em que o consumidor está acometido por enfermidade e necessitando de tratamento.¹³ As doenças – sobretudo as mais graves – fragilizam o ser humano, colocando-o em situação de debilidade não só física, mas também psicológica, na medida em que põem sua saúde e até sua vida sob risco.

Héctor Valverde Santana refere que, ao averiguar ato ilícito possivelmente causador de dano moral, o juiz deve analisar a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima.¹⁴ Nos casos de negativa indevida de cobertura, a intensidade da violação à vida e à saúde do consumidor pode ser verificada levando em conta seu estado de vulnerabilidade no momento da negativa.

Retome-se o exemplo dado no início deste subcapítulo. A negativa de cobertura de um simples exame de rotina gera dano moral? Levando-se em conta que, ao fazer exames rotineiros, o consumidor normalmente se encontra saudável, ele não está em estado de vulnerabilidade agravada, pois sua vida e sua saúde não se encontram em risco. Logo, a negativa indevida de cobertura não ultrapassa a esfera do mero dissabor, pois incapaz de lesionar esses atributos.¹⁵

Caso diverso ocorre quando a negativa indevida se dá quando a pessoa está acometida por uma doença grave, como câncer, e tem seu tratamento negado pelo plano de saúde. Ao contrário do consumidor saudável realizando exames de rotina, trata-se de hipótese em que a própria vida e a saúde do consumidor estão em risco. A negativa indevida de cobertura, nesse contexto, coloca diretamente em risco direitos que, pelo objeto contratual, o fornecedor deveria proteger, configurando o dano moral.¹⁶

¹³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 482.

¹⁴ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 194.

¹⁵ Quando a negativa indevida se dá em um contexto em que a vida e a saúde do consumidor não estão em risco, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se consolidado no sentido de que não há dano moral. Como exemplo: “Na hipótese, o procedimento cirúrgico foi realizado sem qualquer empecilho por parte da operadora de plano de saúde, sendo que o autor somente tomou conhecimento da negativa de cobertura dos stents utilizados quando teve alta hospitalar, ao argumento de que o referido material possuía natureza de prótese, não estando, portanto, coberto pelo respectivo contrato. Dessa forma, embora tenha sido reconhecido pelas instâncias ordinárias que a conduta da operadora de negar a cobertura dos stents foi abusiva, esse fato não comprometeu a saúde do recorrente, tampouco acarretou atrasos ou embaraços em seu tratamento, o que afasta a ocorrência de dano moral.”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.800.758/SP. Recorrente: Nicolau Balbino Filho. Recorrido: Bradesco Seguros S/A. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 07 mai. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1821101&num_registro=201900669759&data=20190510&formato=PDF>. Acesso em: 20 mai. 2019.

¹⁶ Tal como no seguinte julgamento, também do STJ: “Afigura-se a ocorrência de dano moral na hipótese de a parte, já internada e prestes a ser operada - naturalmente abalada pela notícia de que estava acometida de câncer -, ser surpreendida pela notícia de que a prótese a ser utilizada na cirurgia não seria custeada pelo plano de saúde no qual depositava confiança há quase 20 anos, sendo obrigada a emitir cheque desprovido de

De outro lado, a questão da duração da negativa indevida deverá ser verificada nos casos em que o plano de saúde revê seu posicionamento e concede a cobertura espontaneamente. Dependendo da gravidade da doença e da urgência de tratamento, pode ser que, ainda que o plano se retrate no mesmo dia da negativa, o abalo à moral do consumidor já esteja configurado. De qualquer forma, trata-se de elemento que, quando presente, no mínimo auxiliará o juiz na quantificação do valor indenizatório.

De todo o exposto, pode-se concluir que, ao se deparar com um pedido de indenização por dano moral em face de negativa indevida de cobertura, o juiz deve se atentar aos seguintes pontos: o estado de saúde do consumidor quando houve a negativa (incluindo a gravidade da enfermidade, se for o caso), a urgência do tratamento ou procedimento negado pelo plano ou seguro e, enfim, se e quando a operadora se retratou de maneira espontânea após a negativa. Destaca-se que o simples fato de o consumidor estar doente no momento em que se depara com a negativa já se traduz em potencial lesão à sua saúde, configurando o dano moral, mas ainda é importante que o julgador leve em consideração os demais elementos, conforme o caso concreto.

Em suma, a vulnerabilidade agravada do consumidor, nos casos de negativa indevida, não é elemento que sempre está presente, em todas as hipóteses, devendo ser analisado circunstancialmente. Quando está, entretanto, é muito mais que simples argumento para se deferir a indenização; funcionando também como baliza para se verificar quão grave foi a violação à saúde e à vida do consumidor.

5.4 A CONDUTA ABUSIVA DO FORNECEDOR

Como visto, muitas hipóteses de negativa indevida consagradas na jurisprudência se dão em razão de cláusulas e práticas abusivas das operadoras de plano ou seguro de saúde. Assim sendo, a abusividade da conduta da mesma por vezes é invocada na fundamentação do deferimento da indenização por dano moral. A título exemplificativo, tem-se o seguinte recurso de apelação cível, proveniente do TJSP:

fundos para garantir a realização da intervenção médica. A toda a carga emocional que antecede uma operação somou-se a angústia decorrente não apenas da incerteza quanto à própria realização da cirurgia mas também acerca dos seus desdobramentos, em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva.” In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.190.880/RS. Recorrente: Sara Slomka. Recorrido: Bradesco Saúde e Assistência S/A. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 19 mai. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1030322&num_registro=201000717117&data=20110620&formato=PDF>. Acesso em: 13 mai. 2018.

No que diz respeito à indenização por dano moral, objeto único do recurso, a sentença deve ser modificada, para que se reconheça o dever de indenizar da seguradora de saúde corré, Bradesco Saúde, à autora. [...]

Na hipótese versada nos autos, o defeito na prestação de serviço que enseja o dano moral acabou por se estabelecer na negativa abusiva de cobertura contratual, em postura de deslealdade perante a figura do consumidor. [...]

A resistência manifestada pela operadora do plano de cumprir com a integralidade do custeio das despesas médicas prolongou de modo imerecido a percepção da paciente de que o seu tratamento estava completo, também gerando desconfiança sobre se o tratamento prosseguiria em sua forma integral, desconsiderando a necessidade de imediata recuperação da paciente, diagnosticada com uma moléstia de inequívoca gravidade, pondo-a em situação de vulnerabilidade. [...]

A conduta da ré ultrapassou o mero aborrecimento do dia-a-dia, atingindo o estado emocional da requerente, causando demasiado sofrimento e sobrestamento da sequência natural do tratamento.¹⁷

É interessante notar que tal argumento opera em uma lógica diferente dos demais vistos até o momento neste trabalho. O foco das análises sobre a dignidade humana, os direitos à vida e à saúde e o estado de vulnerabilidade está nos efeitos da negativa indevida na esfera extrapatrimonial do consumidor. De outro lado, a abusividade da negativa tem outro foco, que é a própria ilicitude da conduta da operadora do plano ou seguro de saúde.

Assim como a vulnerabilidade do consumidor, a abusividade se trata de argumento circunstancial, que precisa ser verificado caso a caso. Já se referiu, anteriormente, que o que caracteriza a negativa indevida é o descumprimento contratual por parte do fornecedor – o que pode ocorrer não só por conduta abusiva, mas por simples inadimplemento.

Dito isso, importa consignar que a abusividade da conduta, por si só, não é fundamento suficiente para se deferir a indenização por dano extrapatrimonial. É preciso que a conduta efetivamente lese os direitos à vida e à saúde do consumidor, pois, relembra-se, a indenização meramente punitiva não é compatível com o atual sistema de responsabilização civil brasileiro.¹⁸

É possível sustentar, porém, que a reiteração da negativa abusiva do plano ou seguro de saúde em face do mesmo consumidor, ainda que ele não esteja em situação de risco, pode gerar dano moral. O fundamento, porém, deixa de ser a lesão à vida e à saúde, passando a ser a instabilidade causada pelo fornecedor em relação contratual que envolve, invariavelmente, direitos fundamentais. E, nesses casos, a instabilidade mostra-se especialmente grave, pois

¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1028184-05.2017.8.26.0405. Apelante: Celina de Oliveira Santos. Apelado: Bradesco Saúde S/A. Interessado: Hospital Alemão Oswaldo Cruz. Relator: Piva Rodrigues. São Paulo, 08 mai. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11445732&cdForo=0>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. P. 497.

gera medo e incerteza no consumidor, que deixa de confiar que poderá acionar seu plano ou seguro quando precisar urgentemente de cobertura.

De outro lado, se de fato existir uma função punitiva da indenização por dano moral, pode-se concluir que a lesão a atributos extrapatrimoniais do consumidor em razão de cláusula ou conduta abusiva justificaria o arbitramento de um *quantum* indenizatório maior do que o dano causado por simples inadimplemento. Nesses casos, porém, o julgador deve ter especial atenção na quantificação da indenização, pois, de qualquer forma, ela não pode servir como fonte de enriquecimento ilícito da vítima.¹⁹ No fim, a principal função da indenização por dano moral é a compensatória – ou seja, o juiz deve primariamente observar a intensidade da violação dos direitos extrapatrimoniais da vítima quando for arbitrar o *quantum* indenizatório.²⁰

Não obstante, ressalta-se que a conduta abusiva da operadora do plano ou seguro de saúde pode ser sancionada administrativamente, em razão do descumprimento dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, especialmente através da aplicação de multa pecuniária.²¹ Ou seja, o mero ato de inserir cláusula abusiva no contrato pode ser sancionado pelos órgãos administrativos de proteção do consumidor, independentemente se tais cláusulas concretamente causarem dano ou não, pois o fundamento da multa seria a própria violação aos direitos do consumidor. Isso pode ser feito sobretudo nos casos em que as operadoras insistirem na inserção de cláusulas contratuais já consagradas como abusivas pela jurisprudência.

Em conclusão, a abusividade da conduta do fornecedor de plano ou seguro de saúde pode ser fundamento a ser considerado no arbitramento do *quantum* indenizatório, mas não justifica, por si só, a responsabilização civil, que depende da efetiva ocorrência de dano ao consumidor.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. P. 136-137.

²⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015. P. 497.

²¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 902-904.

6 OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NOS CASOS DE NEGATIVA INDEVIDA

De outro lado, a jurisprudência também consolidou algumas teses para negar o pedido de indenização por dano moral nos casos em que se reconheceu a negativa do plano ou seguro de saúde como sendo indevida. São eles: a negativa indevida caracterizada como mero inadimplemento contratual, a ausência de prova do dano moral, o fato de a operadora do plano ou seguro calcar sua conduta em previsão contratual, a necessidade de se inibir a litigância irresponsável e, por fim, a crítica situação econômica dos planos de saúde. Neste capítulo, esses argumentos serão analisados, verificando-se se e quando eles são aplicáveis, tendo por base o já visto sobre a natureza dos contratos de plano e seguro de saúde e a responsabilidade civil contratual do fornecedor.

6.1 A NEGATIVA COMO MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

Como já referido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que, via de regra, o simples inadimplemento contratual não gera dano moral.¹ Tal tese vem sendo aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tomando-se como exemplo o seguinte recurso de apelação cível:

Havendo obrigatoriedade pelo plano de saúde na disponibilização do procedimento “tratamento ocular quimioterápico com antiangiogênico”, nos termos do Anexo I da RN nº 387 de 2015 (fl. 211) e estando o medicamento Lucentis aprovado pela ANS, não há justificativa da ré na negativa da cobertura, considerando a indicação da medicação para a doença que acomete o autor pelo seu médico assistente.

Restando incontroversa a existência da doença e o requerimento do médico assistente do autor, não é caso de modificar a decisão de primeiro grau.

Todavia, entendo que a negativa do custeio do medicamento postulado não gerou qualquer ato causador de dano moral, sendo apenas um descumprimento contratual.²

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 1320884/PR. Agravante: Celio Ricardo Ferreira dos Santos. Agravado: Confiança Companhia de Seguros em Liquidação Extrajudicial. Relator: Raúl Araújo. Brasília, 02 abr. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181107&num_registro=201801642533&data=20190415&formato=PDF>. Acesso em: 18 abr. 2019.

² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0307170-47.2017.8.21.7000. Apelante: Unimed Porto Alegre - Soc Coop Trabalho Médico Ltda. Apelado: Vilmar Jorge de Melo. Relator: Elisa Carpim Corrêa. Porto Alegre, 22 fev. 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075430553%26num_processo%3D70075430553%26codE>

Concluiu-se, no capítulo anterior, que o estado de vulnerabilidade do consumidor no momento da negativa é importante elemento para auferir se a conduta ilícita do fornecedor causou mero dissabor ou gerou, efetivamente, o dano moral. Dessa forma, quando a negativa se der em um contexto em que o consumidor não está com sua saúde debilitada ou em risco, pode-se dizer que, via de regra, a conduta ilícita do plano ou seguro de saúde é incapaz de ferir direitos extrapatrimoniais do consumidor. Essa tese, portanto, é aplicável mesmo aos casos de negativa indevida.

Entretanto, assim como o uso “preguiçoso” do princípio da dignidade da pessoa humana enfraquece as decisões judiciais, a utilização não criteriosa da tese do mero inadimplemento contratual também pode ocasionar em julgados injustos para os consumidores. Da análise da parte do acórdão acima exposto, vê-se que é precisamente esse o caso, em que o autor apresentava mácula em seu olho e necessitava de tratamento quimioterápico.

Nota-se que a fundamentação para negar o dano moral foi simples e direta, não levando em consideração o estado de vulnerabilidade do consumidor no momento da negativa. Trata-se de caso em que houve lesão à saúde do consumidor, de modo que havia restado configurado o dano moral.

O que se depreende desta situação é que a tese do mero inadimplemento contratual é aplicável aos casos de negativa indevida, especialmente quando o consumidor não se encontra em estado de vulnerabilidade agravada. Não pode ocorrer, porém, sua generalização e aplicação indiscriminada a todos os casos, sem analisar as circunstâncias em que a negativa indevida ocorreu. Portanto, para ser invocada, especialmente nos casos envolvendo planos ou seguros de saúde, que envolvem, naturalmente, a proteção da vida e da saúde do consumidor, faz-se necessária uma cuidadosa análise dos fatos do caso concreto.

6.2 A AUSÊNCIA DA PROVA DO DANO

O próximo argumento verificado para indeferir a indenização por dano moral nos casos de negativa indevida sustenta que o dano moral deve ser comprovado pela vítima. Nesse sentido, remete-se ao seguinte recurso de apelação cível do TJRS:

menta%3D7636274++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075430553&comarca=Comarca%20de%20Santa%20Cruz%20do%20Sul&dtJulg=22/02/2018&relator=Elisa%20Carpim%20Corr%C3%AAa&aba=juris>. Acesso em: 13 mai. 2018.

Entendo que o plano de saúde não pode se recusar a custear fármaco prescrito pelo médico, pois cabe a este profissional definir qual é o melhor tratamento para o segurado, especialmente se para assegurar efetividade de combate a moléstia grave.

Além disso, o que importa é a existência de cobertura do contrato para a doença apresentada pela parte autora, não importando a forma como o tratamento será ministrado. [...]

Relativamente ao pleito de indenização por danos morais, na linha da sentença, entendo que a demandante não produziu prova concreta a respeito. Não se tratando de dano *in re ipsa*, cabia-lhe demonstrar o dano alegado, na forma do art. 373, I, do CPC/15, obrigação da qual não se desincumbiu.

Ademais, não se nega o transtorno decorrente da negativa de cobertura, mas a demandada, de certa forma, calcava-se em previsão contratual afastando a ilicitude da conduta.³

Como visto, porém, o dano moral se caracteriza por ofensa à personalidade e à dignidade da vítima. Se trata de ofensa à esfera extrapatrimonial, que está no íntimo do ser humano, de forma que grande parcela da doutrina entende que essa modalidade de dano muitas vezes não é comprovável pelos meios tradicionais de prova, como a documental, a pericial e a testemunhal.

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar sustenta que “com respeito à constatação do dano, a responsabilização do agente deriva, quanto aos morais, do simples fato da violação (ex facto), tornando-se, portanto, desnecessária a prova de reflexo no âmbito do lesado, ademais, nem sempre realizável”.⁴ Sérgio Cavalieri Filho, por sua vez, conclui que “provado o fato lesivo [...], o dano estará ínsito na própria ofensa, decorrerá da gravidade do ilícito em si”.⁵ Já Héctor Valverde Santana afirma que “o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, é uma consequência jurídica que se opera independentemente de prova do prejuízo”.⁶

Conclui-se, portanto, que o dano moral deve ser constatado a partir do próprio evento danoso. Assim, no caso das negativas indevidas, caberá ao julgador analisar o contexto em

³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0019939-29.2018.8.21.7000. Apelante: Unimed Porto Alegre - Coop Médica Ltda.; Suzana Silveira Ramos. Apelado: Unimed Porto Alegre - Coop Médica Ltda.; Suzana Silveira Ramos. Relator: Isabel Dias Almeida. Porto Alegre, 28 mar. 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076547272%26num_processo%3D70076547272%26codEmenta%3D7683565++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076547272&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=28/03/2018&relator=Isabel%20Dias%20Almeida&aba=juris>. Acesso em: 13 mai. 2018.

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 211.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 127.

⁶ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 213.

que a negativa ocorreu, averiguando o estado de vulnerabilidade agravada do consumidor e concluindo se o ato ilícito foi ou não capaz de ferir os direitos à vida e à saúde do consumidor. Em todo o caso, é descabida a exigência de prova da vítima, pois a comprovação de ofensa a direitos extrapatrimoniais costuma ser impossível, em razão de seu caráter eminentemente imaterial.

6.3 A CONDUTA TOMADA COM BASE EM CLÁUSULA CONTRATUAL

Sob outro enfoque, o julgado referido no subcapítulo anterior também afastou o direito à indenização com base no fato que a operadora do plano de saúde teria pautado sua negativa em previsão contratual, de forma que a conduta não seria ilícita. Tal argumento, inclusive, possui variante no Superior Tribunal de Justiça, onde se considerou que, se a interpretação do contrato e das normas do setor de saúde suplementar, à época da negativa de cobertura, fora “razoável”, ainda que a corte posteriormente viesse a declará-la como indevida, haveria exclusão da ilicitude da conduta:

11. Em regra, a recusa indevida pela operadora de plano de saúde de cobertura médico-assistencial gera dano moral, porquanto agrava o sofrimento psíquico do usuário, já combatido pelas condições precárias de saúde, não constituindo, portanto, mero dissabor, ínsito às hipóteses correntes de inadimplemento contratual.

12. Há situações em que existe dúvida jurídica razoável na interpretação de cláusula contratual, não podendo ser reputada ilegítima ou injusta, violadora de direitos imateriais, a conduta de operadora que optar pela restrição de cobertura sem ofender, em contrapartida, os deveres anexos do contrato, tal qual a boa-fé, o que afasta a pretensão de compensação por danos morais.

13. Não há falar em dano moral indenizável quando a operadora de plano de saúde se pautar conforme as normas do setor. No caso, não havia consenso acerca da exegese a ser dada ao art. 10, incisos I e V, da Lei nº 9.656/1998.⁷

Todavia, percebe-se facilmente que tal tese afronta preceito básico da responsabilização civil do fornecedor nas relações de consumo, que é a responsabilização sem a verificação da culpa, em razão da teoria do risco.⁸ Ou seja, se a operadora do plano de saúde negou a cobertura de um medicamento ou procedimento, invariavelmente assumiu o risco de

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.632.752/PR. Recorrente: Nossa Saúde Operadora de Planos Privados de Assistência à Saúde Ltda. Recorrido: Maria Clara Mattioli. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 22 ago. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1628322&num_registro=201602738136&data=20170829&formato=PDF>. Acesso em: 13 mai. 2018.

⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 601.

responder pelos danos causados por essa negativa se ela for considerada indevida. Não há, nesse contexto, espaço para discutir a razoabilidade da interpretação do contrato, ou mesmo da lei, por parte da operadora, uma vez que isso se aproximaria bastante do regime de responsabilização subjetiva, inaplicável às relações de consumo, excetuado o caso dos profissionais liberais.

Além disso, não se pode olvidar que as negativas indevidas frequentemente ocorrem com base na inserção de cláusulas abusivas no contrato. Essas cláusulas, além de serem nulas de pleno direito, são consideradas proibidas pelo ordenamento jurídico, de forma que o fornecedor responde civilmente pelos danos causados por sua inserção.⁹ Porém, afirmar que a previsão contratual exime a responsabilidade da operadora de plano de saúde poderia levar à conclusão contrária: que, mesmo abusiva, a cláusula seria incapaz de responsabilizar o fornecedor pelo simples fato de ter constado no contrato.

Reitera-se que, via de regra, o fornecedor possui maior controle do que o consumidor sobre a relação contratual, escolhendo as cláusulas que farão parte do contrato,¹⁰ e o caso dos planos e seguros de saúde não é diferente. Portanto, o fato de a operadora ter pautado sua negativa em previsão contratual não constitui fundamento válido para afastar sua responsabilização civil – sobretudo quando a negativa tem potencial de ferir os direitos à vida e à saúde dos consumidores. A responsabilidade civil nas relações de consumo independe, pois, da análise subjetiva da conduta do fornecedor.

6.4 O INCENTIVO AO “DEMANDISMO” E A SITUAÇÃO ECONÔMICA DOS PLANOS DE SAÚDE

O último argumento contrário à indenização por danos morais nos casos de negativa indevida a ser analisado não versa sobre ofensa à esfera extrapatrimonial dos consumidores, tampouco sobre a responsabilidade das operadoras de planos e seguros de saúde. Trata-se, em realidade, de argumento de cunho econômico; uma visão sobre as ações indenizatórias por dano moral em trâmite no Poder Judiciário, assim como a situação econômica dos planos de saúde. Importa trazer, assim, parte do acórdão do seguinte recurso de apelação cível proveniente do TJRS:

⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 397.

¹⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 76-77.

Nesse aspecto, em que pese a ocorrência de situação desagradável sofrida pela parte autora, não houve qualquer repercussão na esfera moral do consumidor, tratando-se apenas de mero transtorno involuntário que não alcançou o limiar necessário a justificar reparação pecuniária.

No caso concreto de que ora se cuida, de fato não houve dano moral, restringindo-se à esfera da legítima discussão de cláusula contratual, do que não houve maiores seqüelas ou prejuízos para o autor. Também com o máximo respeito aos ínclitos Ministros do STJ que, no momento presente, estão consolidando posicionamento majoritário que orienta a jurisprudência no Brasil no sentido de se tratar de dano moral presumido, não posso concordar com esse entendimento.

Aliás, isso serve até mesmo para incentivar o demandismo, a judicialização, uma vez que a solução do conflito na esfera da mediação ou da conciliação não lograria acrescentar esse benefício secundário da indenização, limitando-se à cobertura de tratamento recusada. [...] ¹¹

Uma vez que não versa diretamente sobre a ocorrência do dano ou sobre a responsabilidade do fornecedor, o argumento do incentivo ao “demandismo”, por si só, não se mostraria fundamento idôneo para se indeferir a indenização; tanto que o julgador refere que a situação se tratou de mero dissabor. Dito isso, é inegável que, no caso, a questão do “demandismo” foi um motivo determinante para o indeferimento da indenização, pois toma grande parte da fundamentação. Mostra-se pertinente, então, analisá-la.

Uma parcela significativa da jurisprudência brasileira tem sustentado a existência de uma “indústria do dano moral”, caracterizada por um grande número de ações indenizatórias por dano moral sem verdadeiro fundamento. Essas ações buscariam “transformar” em danos morais situações que, embora desagradáveis, seriam corriqueiras e cotidianas, especialmente no âmbito das relações de consumo.¹² Seriam, ao fim, ações com mera pretensão de enriquecimento ilícito.

Essa ideia, compartilhada por muitos julgadores, não é aceita sem críticas. Cláudia Lima Marques refere que as indenizações por dano moral nos casos envolvendo relações de consumo, de maneira geral, são arbitradas em patamares baixos pelos tribunais brasileiros.

¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0037444-33.2018.8.21.7000. Apelante: Unimed Vales Taquari e Rio Pardo - Coop Serv Saúde Vales Taquari e. Apelado: Associação Educadora São Carlos - Hospital Mãe de Deus. Interessado: Ricardo Luis Rigoni. Relator: Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre, 29 mar. 2018. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076722321%26num_processo%3D70076722321%26codEmenta%3D7700929++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076722321&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=29/03/2018&relator=Ney%20Wiedemann%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 13 mai. 2018.

¹² JUSTIÇA faz esforço para não alimentar indústria do dano moral. **Consultor Jurídico**, 8 fev. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-08/justica-faz-esforco-nao-alimentar-industria-dano-moral>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

Isso acabaria por estimular os fornecedores que agem abusivamente a manter suas práticas abusivas, pois o lucro obtido por meio delas seria muito maior que os valores pagos com as indenizações.¹³

Em efeitos práticos, a dita “indústria do dano moral” criou um ciclo vicioso no Poder Judiciário. Práticas comerciais abusivas são cometidas em massa por fornecedores, o que gera um grande número de ações indenizatórias por dano moral. Os juízes, na ânsia de julgar rapidamente os processos, deixam de analisar a pretensão indenizatória com atenção, enquadrando a maioria dos casos na esfera do mero dissabor, ou, como dito por Marques, arbitrando indenizações de baixo valor, sem atender o caráter pedagógico e preventivo da medida. Torna-se vantajoso manter as práticas abusivas, de modo que os fornecedores continuam a cometê-las, e o ciclo se repete.

Já foi referido, neste trabalho, que nem toda a prática ou cláusula abusiva lesa a personalidade ou a dignidade da pessoa humana. Entretanto, isso não escusa o Poder Judiciário de efetivamente analisar as pretensões indenizatórias que são levadas ao seu conhecimento, sobretudo quando se trata de prática recorrente, que deve servir de alerta aos julgadores. Nos casos específicos envolvendo os planos de saúde, não se pode olvidar, ainda, que as práticas e cláusulas abusivas têm a possibilidade real e concreta de ferir frontalmente os direitos à vida e à saúde do consumidor, sendo ainda mais importante a análise das possíveis consequências das negativas indevidas.

De toda forma, a crença na existência de uma “indústria do dano moral” não justifica a fundamentação inadequada das decisões judiciais, tal como no caso analisado. A crítica ao “demandismo” pouco contribui à análise do objeto contratual e da responsabilidade das operadoras dos planos e seguros de saúde, além de implicitamente pressupor que a consumidora, ao pedir a indenização, estaria maliciosamente buscando enriquecer ilícitamente, e não simplesmente pedindo algo que entendia ser seu direito.

Ademais, o entendimento de que o pleito indenizatório estaria inviabilizando métodos autocompositivos de resolução de litígios, como a mediação e a conciliação, desconsidera que, ao ingressar com a ação judicial, o consumidor muitas vezes já buscou resolver a questão administrativamente, sem êxito. A baixa taxa de sucesso desses métodos nos casos envolvendo relações de consumo – os quais, de fato, poderiam ser úteis para acelerar a resolução das ações – em realidade pode ser atribuída à própria falta de vontade dos

¹³ MARQUES, Claudia Lima. Apresentação. In: SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 13-23.

fornecedores em resolver espontaneamente os problemas dos consumidores e evitar, assim, a judicialização.¹⁴

De outro lado, o julgador suprarreferido também aborda outra questão: a situação econômica dos planos de saúde e os efeitos perversos da indenização indiscriminada por dano moral à coletividade. Nesse sentido, se destaca o seguinte trecho do acórdão:

A viabilidade econômico-financeira dos planos de saúde está submetida a rigorosos cálculos atuarias [sic] que procuram manter o equilíbrio entre receitas e despesas, em benefício da mutualidade. [...]

E quando há o desequilíbrio atuarial, pode acontecer até mesmo o encerramento da operação, com o fechamento do plano de saúde pela ANS, por sua inviabilidade econômico-financeira que atender [sic] aos clientes da carteira. [...]

Tudo indica que um dos motivos pelos quais os planos de saúde individuais estão rareando no mercado seja este. Está havendo concentração no mercado, diminuindo o número de operadoras e aumentando a concentração em planos de saúde em grupo, em prejuízo daqueles que não tem como neles ingressar, por não serem membros de alguma organização específica para esse propósito.

Não há dúvida que é a mutualidade quem ao final pagará a conta desse tipo de indenização por dano moral, acarretando desequilíbrio atuarial ao plano e diminuição de recursos para o atendimento de legítimas demandas dos clientes, na cobertura efetiva de tratamentos médicos e/ou odontológicos.¹⁵

Nesse aspecto, a preocupação do julgador não é infundada. Desde 2015, o setor de saúde suplementar, em especial no campo dos planos de saúde, vem enfrentando problemas para manter o equilíbrio de suas finanças, agravada diante da brusca redução do número de usuários.¹⁶

Como referido pelo julgador, o desequilíbrio nas contas do plano de saúde leva ao seu encarecimento e, dependendo da gravidade, até ao encerramento da carteira, prejudicando

¹⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 760-761.

¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0037444-33.2018.8.21.7000. Apelante: Unimed Vales Taquari e Rio Pardo - Coop Serv Saúde Vales Taquari e. Apelado: Associação Educadora São Carlos - Hospital Mãe de Deus. Interessado: Ricardo Luis Rigoni. Relator: Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre, 29 mar. 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076722321%26num_processo%3D70076722321%26codEmenta%3D7700929++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076722321&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=29/03/2018&relator=Ney%20Wiedemann%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 13 mai. 2018.

¹⁶ GAVRAS, Douglas; BRANDÃO, Raquel. Após perda de 3 milhões de clientes, cem planos de saúde fecham as portas. **Estadão - Portal do Estado de S. Paulo**, São Paulo, 05 ago. 2018. Disponível em <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,apos-perda-de-3-milhoes-de-clientes-cem-planos-de-saude-fecham-as-portas,70002430740>>. Acesso em: 12 set. 2018.

todos os seus usuários, o que certamente é indesejável. Levanta-se, portanto, a seguinte questão: o reconhecimento do dano moral nos casos de negativa indevida, aparentemente benéfica aos consumidores no curto prazo, não estaria contribuindo para o encerramento dos planos de saúde, prejudicando a coletividade de consumidores no longo prazo?

Para responder essa pergunta, há de se questionar as principais causas que contribuem para o desequilíbrio econômico dos planos de saúde. De início, há, naturalmente, o constante aumento dos custos dos medicamentos e tratamentos, cumulado com o maior número de exames e terapias que vêm sendo prescritas por médicos brasileiros, os quais devem ser cobertos pelos planos. Existe também o fato de que o sistema de saúde público brasileiro não tem dado conta de sua finalidade, o que também acaba por sobrecarregar o setor de saúde suplementar.¹⁷

Gilberto Alonso Júnior, em artigo publicado no sítio eletrônico da Revista Exame, debruçou-se sobre o tema, elencando outras condições agravantes: o financiamento de pesquisas por parte da indústria farmacêutica que buscam fomentar, nem sempre com razão, a efetividade de tratamentos experimentais e caros; a falta de cuidado e critério por um número de médicos, que estariam prescrevendo tratamentos caros e com chances dúbias de sucesso, enquanto existem alternativas mais baratas, seguras e efetivas; e o uso de critério político, e não técnico, no preenchimento de cargos da ANS, o que contribuiria para a edição de regulamentos erráticos e voláteis, que mudariam conforme o partido político que chefia o Poder Executivo, criando insegurança jurídica para os planos de saúde. Referido autor critica também a interpretação que o Poder Judiciário tem dado aos contratos de planos e seguros de saúde, considerando-a demasiadamente extensiva, fazendo com que o setor de saúde suplementar tenha de arcar com riscos não contabilizados.¹⁸

De qualquer forma, não se pretende aqui discutir as possíveis soluções para a situação econômica do setor, pois isso fugiria do escopo do presente trabalho. O que há de se reter é que a questão é complexa, e envolve problemas não só jurídicos, mas também econômicos, de ética médica e até de administração pública.

Assim, apesar de a consciência do julgador sobre as dificuldades financeiras dos planos de saúde ser importante, apontar como causa relevante dessa equação as indenizações

¹⁷ GOITIA, Vladimir. Custo de plano de saúde empresarial deve subir 4 vezes mais que inflação. **Uol**, São Paulo, 22 mai. 2019. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/05/22/aumento-planos-de-saude-corporativos.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

¹⁸ ALONSO JÚNIOR, Gilberto. Os custos da saúde, os reajustes dos planos e a culpa de todos nós. **Exame**, São Paulo, 27 nov. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/economia/os-custos-da-saude-e-a-culpa-de-todos-nos/>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

por danos morais seria simplificar demasiadamente um problema complexo. Assim, respondendo à pergunta feita acima: não há indícios que demonstrem que as indenizações sejam relevantes para o desequilíbrio atuarial dos planos de saúde, especialmente quando se denota tantas outras causas para isso.

Não obstante, o fato ainda é o mesmo: o próprio objeto desses contratos e as circunstâncias em que comumente são executados aumenta consideravelmente as chances de lesões a atributos extrapatrimoniais da pessoa humana. A negativa de cobertura – sobretudo quando apoiada em cláusulas já consideradas abusivas pela jurisprudência – traz consigo o risco natural de a operadora do plano de saúde ter de indenizar o consumidor por danos extrapatrimoniais.

O que não se pode admitir é a utilização da situação econômico-financeira dos planos de saúde como “carta branca” para os mesmos continuarem negando a cobertura indevidamente, com base em práticas e cláusulas abusivas, sem ter de se responsabilizar civilmente pelas lesões à vida e à saúde dos consumidores. Entendimento contrário redundaria na conclusão de que os consumidores, ao lidarem com fornecedores em dificuldades financeiras, seriam obrigados a suportar lesões injustas a direitos seus, sem poder reclamar a posterior compensação por isso na Justiça.

Em conclusão, o argumento de que a indenização por danos morais estaria incentivando o “demandismo” e contribuindo para o desequilíbrio atuarial dos planos de saúde não constitui fundamento idôneo para se indeferir o pedido. Tal afirmação coloca a análise da lesão à vida e à saúde do consumidor, assim como seu estado de vulnerabilidade, em segundo plano, além de se basear na equivocada premissa de que as indenizações seriam a causa da má situação financeira do setor de saúde suplementar. Ademais, desconsidera que o consumidor que teve seus direitos à vida e à saúde violados possui a pretensão de ser compensado, e que a operadora do plano responde objetivamente pelo prejuízo extrapatrimonial causado.

7 CONCLUSÃO

Quando o julgador analisa o pedido de indenização por danos morais, é necessário que ele se atente aos fatos do caso concreto. Assim, pretender afirmar que tal fato genérico gera o direito à indenização não é algo que se possa fazer com absoluta certeza independentemente de outras circunstâncias, pois as situações que se apresentam no cotidiano com frequência fogem da previsibilidade.

Contudo, ainda é possível apontar quais elementos o julgador deve analisar, e foi isso que se pretendeu realizar neste trabalho em relação ao pedido indenizatório nos casos de negativa indevida de cobertura de plano ou seguro de saúde. Analisou-se, assim, os argumentos utilizados na jurisprudência, averiguando se e quando sua utilização foi adequada, tendo por base os conceitos vistos previamente na revisão bibliográfica.

No segundo capítulo, viu-se como o ordenamento jurídico brasileiro se ocupa em proteger a esfera extrapatrimonial do consumidor. Nesse sentido, constatou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana possui um papel central nesse objetivo, protegendo o valor intrínseco do cidadão brasileiro e reconhecendo a fundamentalidade de certos direitos.

Destacou-se, assim, dois direitos fundamentais relacionados à dignidade humana: os direitos à vida e à saúde. Notou-se, em linhas gerais, que esses direitos – positivados tanto na Constituição Federal quanto no CDC – se traduzem em deveres aos fornecedores de não violar a integridade física dos consumidores quando colocam seus produtos e serviços no mercado de consumo.

Ademais, viu-se que a própria proteção do consumidor, fundamento de ordem pública e expressamente prevista na Carta Magna, acontece em razão de sua vulnerabilidade. Concluiu-se, assim, que as normas protetivas do CDC buscam proteger a integralidade das pessoas dos consumidores em face de eventuais condutas ilícitas e abusivas dos fornecedores.

No terceiro capítulo, estudou-se os pressupostos da responsabilidade civil contratual dos fornecedores, uma vez que as relações de consumo ocorrem, de maneira geral, por meio de contratos. Verificou-se que, para configurar a responsabilização civil e o dever de indenizar, devem estar presentes os seguintes elementos: contrato válido, descumprimento contratual, nexos de causalidade e dano. Ademais, viu-se que nas relações de consumo a teoria do risco substitui, na maioria dos casos, a averiguação da culpa do fornecedor, pois se entende que ele deve responder pelos riscos causados pela atividade econômica lucrativa que exerce. Estudou-se, também, o regime de proteção do consumidor contra a atuação abusiva –

entendida como as práticas e cláusulas abusivas – do fornecedor, e como ela também pode ser fundamento para a responsabilização civil do último.

Especificamente em relação ao dano moral, notou-se a tendência da doutrina em classificá-lo como o dano contra a personalidade e a dignidade do indivíduo, causado por conduta apropriadamente apta a violá-las. Viu-se as três funções da indenização por dano extrapatrimonial: compensatória, punitiva e preventiva – a segunda sendo controversa na doutrina. Averiguou-se que a jurisprudência se consolidou na teoria de que a função punitiva é secundária à compensatória, uma vez que a principal função da indenização seria a satisfação da vítima por ter direito extrapatrimonial violado, sem promover seu enriquecimento ilícito. Consignou-se, também, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que o inadimplemento contratual não gera dano moral, mas que tal entendimento poderia ser excepcionado nos casos de contratos que envolvam direitos fundamentais.

No quarto capítulo, estudou-se os planos e seguros de saúde. Constatou-se que ambos têm por objetivo custear as despesas médicas e hospitalares de seus beneficiários, permitindo seu acesso ao “setor de saúde suplementar”, relacionando-se intimamente com os direitos à vida e à saúde dos consumidores. Viu-se que, além dos seguros mantidos por seguradoras, os planos de saúde podem ser mantidos tanto por empresas de medicina de grupo quanto por cooperativas de serviços médicos, ou, ainda, funcionar em um modelo de autogestão. Sustentou-se, ainda, que a interpretação dos planos e seguros oferecidos no mercado de consumo deve se dar de maneira sistemática entre a Lei nº 9.656/98, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, através da técnica do “diálogo das fontes”, sempre tendo em vista a ampla proteção do usuário do plano ou seguro. Revisou-se, enfim, a natureza do inadimplemento por parte das fornecedoras desses contratos – a negativa indevida de cobertura – bem como alguns exemplos na jurisprudência sobre o que o caracteriza.

No quinto capítulo, analisou-se argumentos utilizados pela jurisprudência para se deferir a indenização por danos morais nos casos de negativa indevida de cobertura do plano ou seguro de saúde. Viu-se que fundamentar a concessão do pleito pela violação da dignidade da pessoa humana, apesar de possível, demanda que o julgador empenhe um esforço argumentativo maior. De outro lado, o fundamento de que a negativa indevida afronta os direitos à vida e à saúde do consumidor se mostrou mais adequado, uma vez que se tratam de direitos intimamente relacionados com os contratos estudados, e possuem conteúdos mais precisos que o princípio da dignidade da pessoa humana.

Reconheceu-se, entretanto, que nem toda a negativa indevida é capaz de ferir os direitos à vida e à saúde do consumidor. Viu-se que a violação a esses atributos depende do estado de vulnerabilidade agravada do consumidor no momento da negativa. Resumidamente, concluiu-se que a negativa indevida viola a vida e a saúde do consumidor quando ela ocorre quando o consumidor está enfermo e necessitando de tratamento.

Constatou-se, enfim, que o fato de a negativa indevida ter ocorrido por conduta abusiva da operadora do plano ou seguro não constitui fundamento, por si só, para deferir a indenização por danos morais, pois essa depende da efetiva lesão à esfera extrapatrimonial do consumidor, como sua vida e sua saúde. Não obstante, verificou-se que a operadora pode ser sancionada administrativamente por sua conduta abusiva, ainda que a mesma não cause danos concretos aos consumidores.

Por último, no sexto capítulo, analisou-se os argumentos contrários à indenização. De início, viu-se que a tese de que o inadimplemento contratual não gera dano moral, apesar de poder ser aplicada nos casos estudados, deve ser feita com extrema cautela, uma vez que o inadimplemento por parte da operadora do plano ou seguro de saúde possui grande risco de lesionar os direitos à vida e à saúde do consumidor.

Outrossim, sustentou-se ser descabida a exigência de prova do dano moral ao consumidor, pois ela deve ser averiguada a partir da análise do próprio evento danoso. Também se mostrou inapropriado o argumento de exclusão de ilicitude da operadora do plano ou seguro pelo fato de ter pautado sua conduta em cláusula contratual expressa, ou em interpretação da lei, uma vez que a responsabilização civil nas relações de consumo independe da análise da conduta subjetiva ou da motivação do fornecedor, em razão da teoria do risco.

Por fim, apontou-se que o argumento de que a indenização por danos morais nos casos estudados estaria incentivando a litigância irresponsável pouco contribui à discussão acerca do estado de vulnerabilidade do consumidor e da responsabilidade civil do fornecedor. Do mesmo modo, também não se verificou indícios de que a indenização por danos morais seja causa relevante para o desequilíbrio econômico dos planos de saúde. Sustentou-se, assim, que o consumidor lesionado em sua esfera extrapatrimonial pela operadora de seu plano ou seguro possui a pretensão de ser compensado, não podendo ser obrigado a suportar a lesão injusta pelo fato de a operadora estar passando por dificuldades econômico-financeiras.

Essas foram, resumidamente, as principais conclusões de cada capítulo desta monografia. Chega-se, enfim, ao momento de responder a pergunta que motivou a escrita do

trabalho: a negativa indevida por parte do plano ou seguro de saúde privado gera direito à indenização por dano moral ao consumidor?

Pode-se afirmar que a negativa indevida de cobertura tem probabilidade de causar dano moral ao consumidor. Como visto, os planos e seguros de saúde relacionam-se intimamente com a proteção da vida e da saúde de seus usuários, de forma que o inadimplemento por parte da operadora possui grande risco de importar em violação a esses atributos, sobretudo quando o paciente está doente e necessitando de tratamento. Nesse ínterim, não se pode olvidar o regime de responsabilização sem culpa da operadora do plano ou seguro de saúde, bem como o fato de que descabe a produção de prova acerca do prejuízo extrapatrimonial pelo consumidor. A efetiva ocorrência do dano deve ser averiguada pelo juiz, levando em conta se o paciente está em estado de vulnerabilidade agravada no momento da negativa.

A correta aplicação dos preceitos da responsabilização civil das operadoras dos planos e seguros de saúde, assim como a correta verificação de quando a negativa indevida gera dano moral, se trata de importante ferramenta para a proteção dos beneficiários desses contratos. Com efeito, não se pode admitir que as operadoras lesem a vida e a saúde de seus clientes, sem que tenham de pagar a respectiva indenização.

Dito isso, importa referir que a prevenção dos danos é, talvez, mais importante que sua reparação. Nesse sentido, apesar de a responsabilização civil por danos morais ter papel relevante – não se pode esquecer que uma das funções da indenização é a preventiva – existem também outros meios para garantir que a conduta das operadoras de planos e seguros de saúde se dê nos ditames da legislação vigente. A atuação da ANS, através de seus regulamentos, e de outros órgãos de defesa do consumidor, é importante não só para sancionar as operadoras que agem de maneira contrária ao CDC, mas também para prevenir que atos ilícitos contra os consumidores ocorram. Se, na prática, a atuação desses órgãos se mostra pouco convincente, imperioso se revela o estudo de maneiras sobre como aprimorá-los.

Quando a integralidade do sistema de proteção do consumidor funcionar corretamente, poderão os usuários de planos e seguros de saúde ter a certeza de que suas operadoras não agirão de maneira abusiva, e de que seus contratos serão cumpridos, garantindo seu acesso adequado e seguro aos serviços do setor de saúde suplementar.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dados consolidados da saúde suplementar. **Dados consolidados da saúde suplementar.pptx**. Atualizado em 03/06/2019. 2019. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor#N0>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. **Plano de saúde individual/familiar - ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/14-planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/470-planos-individuais-e-familiares>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. **Planos coletivos - ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/14-planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/467-planos-coletivos>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

ALONSO JÚNIOR, Gilberto. Os custos da saúde, os reajustes dos planos e a culpa de todos nós. **Exame**, São Paulo, 27 nov. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/economia/os-custos-da-saude-e-a-culpa-de-todos-nos/>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BENJAMIN, Antonio Herman V. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

_____. Apresentação à 1ª Edição. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 09-14.

_____; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: Sumário Executivo. **da64a36ddee693ddf735b9ec03319e84.pdf**. 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DINIZ, Maria Helena. O problema da liquidação do dano moral e o dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório. In: _____ (Org.). **Atualidades jurídicas 2**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 248-267.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.362, p. 43-60, dez. 2007.

GAVRAS, Douglas; BRANDÃO, Raquel. Após perda de 3 milhões de clientes, cem planos de saúde fecham as portas. **Estadão - Portal do Estado de S. Paulo**, São Paulo, 05 ago. 2018. Disponível em <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,apos-perda-de-3-milhoes-de-clientes-cem-planos-de-saude-fecham-as-portas,70002430740>>. Acesso em: 12 set. 2018.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica de proteção do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOITIA, Vladimir. Custo de plano de saúde empresarial deve subir 4 vezes mais que inflação. **Uol**, São Paulo, 22 mai. 2019. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/05/22/aumento-planos-de-saude-corporativos.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTIÇA faz esforço para não alimentar indústria do dano moral. **Consultor Jurídico**, 8 fev. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-08/justica-faz-esforco-nao-alimentar-industria-dano-moral>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Apresentação. In: SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 13-23.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 fev. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima *et al.* (coord.). **Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71-158.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

TRETTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira; SCHEFFER, Mario César. Judicialização em planos de saúde coletivos: os efeitos da opção regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar nos conflitos entre consumidores e operadoras. **Revista de Direito Sanitário**, v. 19, n. 1, p. 166-187, jul. 2018.

ZIROLDO, Rodrigo Romera; GIMENES, Rafaela Okano; CASTELO JÚNIOR, Clóvis. A importância da Saúde Suplementar na demanda da prestação dos serviços assistenciais no Brasil. **O Mundo da Saúde**, São Paulo, v. 37, n. 02, p. 216-221, abr. 2013.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. Lei n. 9656, de 3 de junho de 1998. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 22 mai. 2019.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 mai. 2019.

_____. Súmula n. 608. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000001086%27>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 1320884/PR. Agravante: Celio Ricardo Ferreira dos Santos. Agravado: Confiança Companhia de Seguros em Liquidação Extrajudicial. Relator: Raúl Araújo. Brasília, 02 abr. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181107&num_registro=201801642533&data=20190415&formato=PDF>. Acesso em: 18 abr. 2019.

_____. _____. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 168.231/RJ. Agravante: Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções. Agravado: Adriano Brilhante Kury e Outro. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 05 ago. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1334132&num_registro=201200803211&data=20140812&formato=PDF>. Acesso em: 18 abr. 2019.

_____. _____. Recurso Especial n. 1.285.483/PB. Recorrente: Natan da Costa Lima e Outros. Recorrido: Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 22 jun. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1522628&num_registro=201102395952&data=20160816&formato=PDF>. Acesso em: 25 ago. 2018.

_____. _____. Agravo em Recurso Especial n. 877.822/RJ. Agravante: Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico. Agravado: Vera Lucia Pereira. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 29 mai. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=72799567&num_registro=201600580816&data=20170602>. Acesso em: 25 ago. 2018.

_____. _____. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 872.156/CE. Agravante: Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda. Agravado: Francieda de Sousa Jota -

Espólio. Relator: Raúl Araújo. Brasília, 07 mar. 2017. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1575994&num_registro=201600485187&data=20170320&formato=PDF>. Acesso em: 25 ago. 2018.

_____. _____. Recurso Especial n. 285.618/SP. Recorrente: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda.; Custódio Oliveira Filho. Recorrido: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda.; Custódio Oliveira Filho. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 18 dez. 2008. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=849008&num_registro=200001122525&data=20090226&formato=PDF>. Acesso em: 25 ago. 2018.

_____. _____. Recurso Especial n. 1.800.758/SP. Recorrente: Nicolau Balbino Filho. Recorrido: Bradesco Seguros S/A. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 07 mai. 2019. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1821101&num_registro=201900669759&data=20190510&formato=PDF>. Acesso em: 20 mai. 2019.

_____. _____. Recurso Especial n. 1.190.880/RS. Recorrente: Sara Slomka. Recorrido: Bradesco Saúde e Assistência S/A. Relator: Nancy Andrichi. Brasília, 19 mai. 2011. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1030322&num_registro=201000717117&data=20110620&formato=PDF>. Acesso em: 13 mai. 2018.

_____. _____. Recurso Especial n. 1.632.752/PR. Recorrente: Nossa Saúde Operadora de Planos Privados de Assistência à Saúde Ltda. Recorrido: Maria Clara Mattioli. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 22 ago. 2017. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1628322&num_registro=201602738136&data=20170829&formato=PDF>. Acesso em: 13 mai. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0069691-11.2014.8.19.0001. Apelante: Unimed Rio - Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda. Apelado: Sonia Mejdalani. Relator: Antonio Carlos Arrábida Paes. Rio de Janeiro, 07 out. 2015. Disponível em:
<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FE93CA50F3BD4399776EC7E4ED570918C50431412056>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0307170-47.2017.8.21.7000. Apelante: Unimed Porto Alegre - Soc Coop Trabalho Médico Ltda. Apelado: Vilmar Jorge de Melo. Relator: Elisa Carpim Corrêa. Porto Alegre, 22 fev. 2018. Disponível em:
<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075430553%26num_processo%3D70075430553%26codEmenta%3D7636274++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075430553&comarca=Comarca%20de%20Santa%20Cruz%20do%20Sul>

&dtJulg=22/02/2018&relator=Elisa%20Carpim%20Corr%C3%AAa&aba=juris>. Acesso em: 13 mai. 2018.

_____. _____. Apelação Cível n. 0019939-29.2018.8.21.7000. Apelante: Unimed Porto Alegre - Coop Médica Ltda.; Suzana Silveira Ramos. Apelado: Unimed Porto Alegre - Coop Médica Ltda.; Suzana Silveira Ramos. Relator: Isabel Dias Almeida. Porto Alegre, 28 mar. 2018. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076547272%26num_processo%3D70076547272%26codEmenta%3D7683565+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076547272&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=28/03/2018&relator=Isabel%20Dias%20Almeida&aba=juris>. Acesso em: 13 mai. 2018.

_____. _____. Apelação Cível n. 0037444-33.2018.8.21.7000. Apelante: Unimed Vales Taquari e Rio Pardo - Coop Serv Saúde Vales Taquari e. Apelado: Associação Educadora São Carlos - Hospital Mãe de Deus. Interessado: Ricardo Luis Rigoni. Relator: Ney Wiedemann Neto. Porto Alegre, 29 mar. 2018. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076722321%26num_processo%3D70076722321%26codEmenta%3D7700929+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70076722321&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=29/03/2018&relator=Ney%20Wiedemann%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 13 mai. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1018557-59.2015.8.26.0562. Apelante: Yasuda Marítima Seguros Saúde S/A; Isaias Cassitas de Moraes Junior. Apelado: Yasuda Marítima Seguros Saúde S/A; Isaias Cassitas de Moraes Junior. Relator: Enéas Costa Garcia. São Paulo, 11 mai. 2018. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11444864&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_a0bbe7acd95b499e93c2ef106e80ded1&vlCaptcha=uadx&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

_____. _____. Apelação Cível n. 1028184-05.2017.8.26.0405. Apelante: Celina de Oliveira Santos. Apelado: Bradesco Saúde S/A. Interessado: Hospital Alemão Oswaldo Cruz. Relator: Piva Rodrigues. São Paulo, 08 mai. 2018. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11445732&cdForo=0>>. Acesso em: 13 mai. 2018.