



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

EVELISE VERONESE DOS SANTOS

DEVERES COLATERAIS:
DESDOBRAMENTO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO CONTRATO
DE SAÚDE

EVELISE VERONESE DOS SANTOS

DEVERES COLATERAIS:
**DESDOBRAMENTO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO CONTRATO
DE SAÚDE**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina, Estado do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi

Londrina
2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Santos, Evelise Veronese dos .

Deveres colaterais : desdobramento da boa-fé objetiva no contrato de saúde / Evelise Veronese dos Santos. - Londrina, 2015.
149 f. : il.

Orientador: Roberto Wagner Marquesi.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Contratos - Tese. 2. Boa-fé - Tese. 3. Seguro-saúde - Tese. I. Marquesi, Roberto Wagner . II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

EVELISE VERONESE DOS SANTOS

DEVERES COLATERAIS:
DESDOBRAMENTO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO CONTRATO DE
SAÚDE

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina, Estado do Paraná.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa
Espolador
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof. Dr. Alberto Paulo Neto
Pontifícia Universidade Católica do Paraná –
PUC

Londrina, 01 de julho de 2016

*Lá num canto do mundo eu te dei a mão, eu te chamei
lá dos confins da terra. Eu te disse: "Tu és o meu servo.
Eu te escolhi e não te deixei". Não tenhas medo, que eu
estou contigo. Não te assustes, que sou o teu Deus. Eu
te dou coragem, sim, eu te ajudo. Sim, eu te seguro com
a minha mão vitoriosa.*

Isaías,

40:9-10

AGRADECIMENTOS

À Deus, meu alicerce, presença constante e razão da minha existência, por ser meu sustentáculo em todos os momentos da vida.

À minha família, meus grandes amores, presentes em todas as horas. O pouco que sou hoje devo a vocês e todos os agradecimentos seriam ínfimos perto do que verdadeiramente merecem. Por todas as horas suprimidas, incentivo ininterrupto e por confiarem em mim, essa vitória também é de vocês.

Ao Rudá, por me enxergar melhor do que sou, pelas valorosas contribuições para esse trabalho, por toda paciência, carinho e apoio, bem como por me fazer sorrir e suportar ao meu lado todas as dificuldades que surgiram. Seu cuidado, compreensão e estímulo fazem parte dessa conquista.

Sou muito grata ao meu orientador Dr. Roberto Wagner Marquesi, que com grande generosidade, foi paciente nas minhas ansiedades, auxiliando-me a desenvolver esse trabalho. Sempre dedicado e preocupado tornou-se além de orientador, um amigo.

Agradeço à Prof^a Dra. Rita de Cássia Tarifa Espolador, pelas valiosas contribuições feitas no decorrer dessa pesquisa. Sempre disposta a tirar minhas dúvidas, contribuindo positivamente com o trabalho e por todo o carinho demonstrado nos dois anos de estudo.

Sou também grata ao Prof^o. Dr. Alberto Paulo Neto pela disponibilidade e atenção despendida na leitura e por integrar a banca examinadora deste trabalho. Sem dúvida suas contribuições terão grande valia nesta etapa.

Agradeço ao Mestrado em Direito Negocial da UEL, a todos os professores, funcionários e àqueles que colaboram para a sua existência. O ingresso no Programa provou-me que ainda era capaz de ganhar quando acreditava não ter mais qualquer tipo de chance.

Aos amigos do mestrado, turma muito especial, que colaboraram e incentivaram nas pesquisas e trouxeram às horas de estudo mais alegria. Que a amizade permaneça.

A todos aqueles que incentivaram, acreditaram e compreenderam a ausência durante esse período. O apoio de vocês foi um verdadeiro combustível nos momentos de ausência.

Meu muito obrigada, e que Deus os abençoe!

SANTOS, Evelise Veronese dos. **Deveres colaterais: desdobramento da boa-fé objetiva no contrato de saúde.** 2016. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2016.

RESUMO

A sociedade passou por uma fase de transição entre o modelo moderno e o pós-moderno, criando um novo paradigma para o convívio social, o que acaba por refletir no ordenamento jurídico. Diante dessa perspectiva, o contrato, na condição de instrumento essencial para a realização de interesses pessoais de natureza jurídica experimentou reflexos dessas transformações sociais, o que acarretou na incidência de princípios basilares, que deverão ser sempre referência, tal como o princípio da boa-fé objetiva. Diante da cláusula geral da boa-fé objetiva, trazida pelo Código Civil de 2002, todos os contratos celebrados devem ser baseados na conduta leal, proba, honesta – referências da boa-fé -, e nos deveres dela decorrentes, tidos como os deveres colaterais de conduta. Estando a sociedade cada dia mais vulnerável e buscando proteção para todas as situações do cotidiano, os contratos de seguro estão em constante ascensão, especialmente os que envolvem a saúde, e neste ponto se extrai o objeto central do presente trabalho. Neste contexto, se desenvolvem como problemáticas, em primeiro lugar, o questionamento sobre as consequências da inobservância da boa-fé objetiva em todas as fases contratuais, tanto pelo segurado quanto pela seguradora, nos contratos do seguro de saúde. Ademais, subseqüentemente, examina-se se a inobservância da boa-fé objetiva é capaz de afetar os três planos do negócio jurídico – existência, validade e eficácia -. Outrossim, indaga-se se deverá a boa-fé objetiva ser respeitada como cláusula expressa, ou se deverão as partes observarem os deveres dela decorrentes. Para tanto, por meio do recorte jurídico-teórico no plano do direito privado, especificamente no que tange a seara dos contratos inserido no âmbito dos negócios jurídicos, bem como através da análise do entendimento jurisprudencial firmado pelos tribunais pátrios, este trabalho salienta a necessidade de respeito a boa-fé objetiva nos contratos de saúde, evidenciando a observância dos deveres de lealdade, confiança, informação e transparência em todas as fases contratuais. Também se demonstra que a quebra da boa-fé objetiva ofende os três planos do negócio jurídico, comprovando que o princípio em análise deve nortear as partes na relação contratual de seguro, evitando a declaração da inexistência, invalidação ou ineficácia do contrato celebrado. Por fim, concluiu-se que, nos contratos de saúde, o princípio da boa-fé objetiva, ou os deveres que dela decorrem, necessitam estar presente nas atitudes do segurado e seguradora, com a finalidade de garantir segurança e confiança ao negócio jurídico.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Deveres colaterais. Contrato de saúde.

SANTOS, Evelise Veronese dos. **Duties side:** the unfolding of the objective good-faith in the contract of health. 2016. 149 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2016.

ABSTRACT

The society went through a phase of transition between the modern model and the post-modern, creating a new paradigm for social interaction, which ultimately reflect on the juridical order. Considering this perspective, the contract in the condition of the instrument essential to the achievement of personal interests of a legal nature experienced reflections of theses social transformations, which resulted in the incidence of the fundamental principles, which should always be the reference, such as the principle of the objective good-faith. In the face of the general clause of objective good-faith, brought about by the Civil Code of 2002, all contracts should be based on the fair conduct, honest – references good-faith -, and in the duties arising from it, taken as duties side of conduct. While the society each day more vulnerable and seeking protection for all situations of everyday life, the insurance contracts are on constant rise, especially, those involving the health, and this point is extracted, the central object of this work. In this context, develop as the problems in the first place, the question about the consequences of non-compliance of the objective good-faith in all phases of the contract, both the insured and the insurer, in the contracts of health insurance. Furthermore, subsequently, it examines whether the failure to comply with the objective good-faith is able to affect the three levels of the legal business – the existence, validity and effectiveness -. Also, asks if should the objective good-faith be respected as an express clause, or should the parties to observe the obligations arising from it. For both, cut-through the legal-theoretical in the plane of private law, specifically with respect to the harvest of the contracts inserted in the scope of the legal business, as well as through the analysis of the understanding jurisprudential signed by courts hence, this work emphasizes the need to respect the good-objective faith in the contracts of health, demonstrating compliance with the duty of loyalty, trust, information and transparency in all contractual stages. Also demonstrates that the breach of good faith objectively offends the three planes of the juridical business, proving that the principle under analysis should guide the parties in contractual insurance, avoiding the declaration of absence, invalidation or inefficiency of the contract concluded. Finally, it was concluded that, in contracts of health, the principle of good faith objective, or the obligations deriving from it, need to be present in the attitudes of the insured and the insurer, with the purpose of ensuring security and trust to the juridical business.

Keywords: Good objective faith. Duties side. Contract for health.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal.
STJ	Superior Tribunal de Justiça.
TJ	Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O DIREITO CONTRATUAL DA PÓS-MODERNIDADE	15
1.1 A FALÊNCIA DA TEORIA CLÁSSICA.	15
1.2 O CONTRATO NO AMBIENTE PÓS-MODERNO.	19
1.3 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DA PÓS-MODERNIDADE	20
1.4 O CONTRATO COMO MECANISMO DE REALIZAÇÃO DE INTERESSES	23
2 PONDERAÇÕES SOBRE BOA-FÉ OBJETIVA	26
2.1 CONCEITO.....	26
2.2 GÊNESES E EVOLUÇÃO	29
2.3 DISTINÇÕES COM A BOA-FÉ SUBJETIVA.	32
2.4 FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	34
2.5 AS IRRADIAÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA: LIMITES PARA A TUTELA DE CONFIANÇA NEGOCIAL.....	38
2.6 RELAÇÃO DA BOA-FÉ COM A ÉTICIDADE NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS	50
2.7 DEVERES COLATERAIS DE CONDUTA.....	52
3 CONTRATOS DE SEGURO	56
3.1 CONCEITO E CARACTERES	56
3.2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO	61
3.3 ESPÉCIES	63
3.4 SISTEMA DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	68
3.5 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SEGURO-SAÚDE	73
3.5.1 A Atuação das Irmandades no Brasil Colônia até o Brasil República	73
3.5.2 Assistência Médica Privada no Início do Século XIX	74
3.5.3 Início da Estatização do Tratamento de Saúde à Expansão da Saúde Suplementar.....	75
3.5.4 Ano 2000: críticas à saúde pública brasileira	80
3.6 A SAÚDE SUPLEMENTAR NA LEGISLAÇÃO COMPARADA.....	82
3.6.1 A Saúde Suplementar nos Países do Mercosul	82

3.6.2	A Saúde Suplementar nos Estados Unidos da América	86
4	DESDOBRAMENTOS DA BOA-FÉ OBJETIVA NO SEGURO-SAÚDE.....	88
4.1	A BOA-FÉ NOS PLANOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO SEGURO	88
4.1.1	Plano de existência	90
4.1.2	Plano de validade.....	95
4.1.3	Plano de eficácia	100
4.2	DEVERES COLATERAIS DE TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÃO.....	108
4.3	O CONSENTIMENTO INFORMADO.....	114
4.4	BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS DE SAÚDE: IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO NAS RELAÇÕES SEGURO-SEGURADORA	119
4.5	ANÁLISE DO CASO DA UNIMED PAULISTANA E A QUEBRA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	129
	CONCLUSÃO	135
	REFERÊNCIAS.....	139
	ANEXOS	149

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico está sempre em consonância com os avanços e as alterações que atingem a sociedade, buscando sempre respaldar os fatos do cotidiano de forma precisa e eficaz. Cabe aos operadores do Direito utilizarem da ciência para trazer contribuições sociais e melhorias à coletividade.

Não há como negar a necessidade de diretrizes jurisdicionais para que o convívio humano seja possível e, mais do que existente, ocorra de forma harmoniosa. Contudo, para que a vida do homem em sociedade seja possível é necessário que todos tenham condutas leais e honestas, buscando, antes mesmo do interesse pessoal, o bem estar comum. Todavia, diante da individualidade humana, a atitude de minorar o singular para valorizar o coletivo é prática escassa, acarretando por vezes desigualdades graves no âmbito social.

Diante dessa perspectiva, de que nem sempre as condutas humanas são arraigadas na probidade, coube ao Direito estipular regras que trouxessem limites à atuação humana, visando assim um equilíbrio nas relações existentes. O Direito Civil, enquanto tradicional ramo de regulação das atividades e interesses privados, também sofreu modificações ao longo dos anos, acompanhando o desenvolvimento social e englobando em seu curso situações atinentes à conduta reta e leal.

Vigiu por muito tempo no ordenamento jurídico pátrio, a ideia de que a autonomia privada era fundamento absoluto para se contratar livremente, permitindo aos particulares a valorização de seus interesses, autorregulando os efeitos desejados nos contratos, pouco importando prejuízos que poderiam ser suportados pela ausência de equilíbrio no acordado. Tal autonomia hoje encontra limitadores variados, dentre os quais o princípio da boa-fé objetiva. E ao abranger a questão da boa-fé objetiva deve-se levar em consideração o que tal preceito traz consigo, como as noções de confiança, lealdade, honestidade, transparência.

Uma das consequências das transformações sociais anteriormente citadas é a preocupação da humanidade com os seus bens, patrimônios,

familiares, saúde e vida, o que fez com que surgissem os contratos de seguro. Por tais acordos os interessados são capazes de assegurar o patrimônio ou a vida, protegendo qualquer dos bens tutelados de serem prejudicados por situações cotidianas.

Nesse contexto a saúde dos indivíduos passou a ser tutelada em contratos que visam proteção em casos de tratamentos ou intervenções, garantindo assim a integridade do que cada um tem de mais precioso: a capacidade sadia de viver. Forçoso é destacar que tal posicionamento da coletividade também acarretou alterações ao Código Civil, que regulamentou a contratação de seguros, de variadas espécies, no território nacional.

Ademais, a codificação civil adotou o princípio da eticidade, valorizando as condutas regradas pela boa-fé objetiva, em especial no campo obrigacional, o que engloba as contratações assecuratórias. A positivação do princípio em questão nos artigos 113, 187 e 422 no Código Civil, trouxe à boa-fé a característica de cláusula geral, norteando a interpretação do direito em todas as fases contratuais.

Denota-se, assim, que o padrão escoreito de conduta flexibiliza o sistema anteriormente pautado na exclusiva vontade das partes, uma vez que no Direito Civil contemporâneo os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé, por força de preceito legal.

Este trabalho analisa a influência da cláusula geral da boa-fé na formação dos negócios jurídicos, que dizem respeito aos contratos de saúde, em especial os de seguro e planos de saúde, analisando a postura das partes contratuais, segurados e seguradoras, operadoras e operados, os quais devem ter condutas pautadas na honestidade, lealdade, confiança e transparência.

A abordagem inicia-se em um estudo descritivo do direito contratual, abrangendo a teoria clássica e a insuficiência do Código Civil de 1916, analisando o contrato no ambiente pós-moderno, influenciado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. Ainda em um primeiro plano pontuam-se os princípios norteadores do contrato, quais sejam: a boa-fé e a função social e a utilização do contrato como

mecanismo de realização de interesses, interesses tais que na pós-modernidade devem ser pautados nos princípios ora mencionados.

O segundo capítulo aborda a boa-fé objetiva de forma mais aprofundada, partindo o estudo de sua conceituação, transitando pela origem e historicidade do princípio, bem como a distinguindo da boa-fé subjetiva, espécie utilizada na teoria clássica. Ademais, mencionam-se as irradiações do preceito em questão e a relação com a eticidade das relações negociais, finalizando em um dos enfoques principais do presente trabalho que são os deveres colaterais de conduta, advindos da boa-fé objetiva.

Em sequência, no terceiro capítulo, traçou-se um estudo sobre os contratos de seguro, partindo do conceito, características, evolução história e espécies dos seguros em sua generalidade, abarcando, posteriormente e de forma breve, a trajetória do sistema de saúde no Brasil, com o escopo de demonstrar a forma pelo qual as empresas que atuam na área da saúde suplementar encontraram campo fértil para a implantação das suas atividades, dada a ineficiência do Poder Público.

Nesse capítulo é ainda objeto de estudo o Direito Comparado, sendo que, ao fim, delineou-se uma análise comparativa da saúde suplementar brasileira e dos países membros do Mercosul e dos Estados Unidos da América.

Encerrando o presente trabalho relaciona-se o princípio da boa-fé objetiva e os contratos que regulamentam a proteção à saúde, sejam eles de seguro ou operadoras de planos assistenciais.

Inicia-se o derradeiro capítulo, abordando a incidência da boa-fé objetiva nos três planos da escada pontiana, planos quais trazem existência, validade e eficácia a todos os negócios jurídicos celebrados. Inovação apresenta-se nessa questão, uma vez que a doutrina clássica aborda a presença da boa-fé objetiva exclusivamente no plano de validade, e o que se busca aqui demonstrar é que a cláusula geral em análise pode também se fazer presente nos outros dois degraus, em decorrência dos deveres colaterais de conduta.

Em conseqüente, traçam-se considerações sobre os deveres de informação e transparência, anexos à boa-fé objetiva, e de observação

primordial no contrato de saúde. Ainda nessa esteira, conceitua-se o consentimento informado e a sua importância para a ocorrência de contratação assecuratória correta e calcada na honestidade das partes.

Caminhando ao fim, apresenta-se a real incidência da cláusula geral da boa-fé objetiva no contrato de saúde, abordando a importância de tal princípio na relação segurado-seguradora, demonstrando-se que devem as partes buscar, a todo instante, condutas retas e leais, agindo assim com eticidade e boa-fé.

Encerra-se apresentando o caso da Unimed Paulistana que, ao ter sua falência decretada, quebrou o princípio da boa-fé objetiva, prejudicando inúmeros cidadãos.

Trata-se de um estudo científico explicativo, pelo qual buscou-se um aprofundamento sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua incidência no contrato de saúde, não pretendendo esgotar a abordagem e discussão sobre o tema.

1 O DIREITO CONTRATUAL DA PÓS-MODERNIDADE

1.1 A FALÊNCIA DA TEORIA CLÁSSICA

Nos últimos tempos a sociedade passou por inúmeras mudanças, que alteraram sensivelmente a forma de manifestação de conhecimento, com projeção em todos os âmbitos sociais, incluindo o Direito.

Não se pretende neste capítulo tratar de forma detalhada de todas as questões relevantes ocorridas no último século, mas tentar-se-á, a traços rápidos, destacar os pontos que se refletiram nas estruturas contratuais.

O fenômeno da pós-modernidade criou novos parâmetros para o Direito e, nesse movimento, surgiu uma nova concepção de contrato, com princípios inovadores que proporcionaram diferentes resultados que aproximaram a ciência do Direito com valores constitucionais, ressaltando e revitalizando a importância do indivíduo como pessoa sem desconsiderar a sua inserção no meio social.

Portanto, antes da abordagem da teoria pós-moderna, cabe fazer uma breve exposição sobre a crise da teoria clássica, tida também como moderna, e a busca de novos paradigmas.

As estruturas contratuais firmadas nos Séculos XVIII e XIX, que tinham por base atividades comerciais e industriais, modificaram-se no Século XX, acompanhando as mudanças sociais e econômicas da sociedade daquela época.

O período da modernidade se caracterizou pela concentração do poder real, pelo enfraquecimento da nobreza e ascensão da burguesia, que cultuava a razão de Estado, com base na ideia de racionalização como princípio básico de organização de vida pessoal e coletiva. (AMARAL, 2003, p. 66).

Na visão de Amaral (2003, p. 72), a sociedade moderna “era o mundo do individualismo, da segurança e da certeza do direito, da igualdade formal, da razão e das liberdades individuais”, tendo as leis, em tal período, a função de proteção da vontade e de assegurar a realização dos efeitos almejados pelos contraentes.

Essa época caracterizava-se principalmente pelos processos de natureza política, econômica, religiosa, social e cultural que nela se verificaram, tendo, como principais elementos de impacto no direito privado, a revolução comercial, a reforma religiosa, o desenvolvimento dos estados nacionais e dos governos absolutos, a revolução intelectual do racionalismo e o desenvolvimento do individualismo. (AMARAL, 2008, p. 153).

Há que se lembrar também que a revolução comercial, ocorrida nesse período, deu origem ao capitalismo, fundamentado na propriedade privada de bens, o que trouxe mudança de paradigmas econômicos. Tal alteração instaurou um modelo econômico dinâmico e com fins lucrativos, resultando em um comércio de expansão.

Nessa esteira, acentua Orlando Gomes (2007, p. 7):

O liberalismo econômico, a ideia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto permitiram fazer-se do contrato o instrumento jurídico por excelência da vida econômica.

Denota-se que o conceito moderno de contrato foi formado pela confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais é imprescindível citar a dos canonistas, que defendiam a valorização do consentimento e a vontade como fonte de obrigação, e a escola de Direito Natural, a qual, partindo do racionalismo e individualismo, influenciou diretamente na formação histórica da conceituação de contrato, defendendo que o alicerce para o surgimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes.

Dentro dessa realidade contratual resumiam-se as expectativas da sociedade ocidental, que visava expandir os limites da liberdade individual, buscando superar a visão feudal para assim reduzir as desigualdades e, por fim, chegar à almejada evolução. (BARROSO, 2008, p. 33).

Após a Revolução Francesa, com perfil de liberalismo econômico e distanciando-se cada vez mais do regime feudalista, surgiu o Estado Liberal de Direito, que adentrou na soberania estatal primando pelas leis, divisão de poderes, regras jurídicas e distinção entre direito público e privado.

Como preleciona Amaral (2008, p. 156), o Estado Liberal se consagrou como o Estado da legalidade e da liberdade dos indivíduos, livres e iguais, fundamentando-se na subjetividade jurídica e no reconhecimento do homem como sujeito abstrato de direito.

Nesse contexto surgiu, como marco histórico para o Direito e para a seara contratual, o Código Civil Francês, a primeira codificação moderna expressiva em que o contrato surge para solucionar questões impostas pelas classes desprovidas e tendo uma das partes da codificação dedicação exclusiva às formas de aquisição de propriedade através do contrato.

Com tal avanço o contrato se tornou o meio disponibilizado para efetuar a expansiva circulação de riquezas, isto porque acreditava a sociedade que o contrato por si só estabeleceria uma igualdade natural, com harmonia social e econômica. Diante disso se consagrou a autonomia da vontade como a expressão de definição do Estado Liberal, vinculada à livre iniciativa da burguesia, a qual utilizava o contrato como realizador de desejos, sobretudo sob o pálio do Código Civil Francês.

Salutar se faz evidenciar que, além da autonomia da vontade, o contrato também se inspirou em outros princípios, tais como o *pacta sunt servanda*, consequência do livre exercício da vontade e que modifica juridicamente o contrato, atribuindo característica de força legal entre os contratantes.

Outros princípios que inspiraram o contrato foram o da relatividade de efeitos, que dispõe que o acordo teria obrigação de produzir efeitos apenas entre as partes, sem prejudicar ou favorecer terceiros; e o consensualismo, que surgiu da manifestação de vontade dos contratantes.

Notório é que o Código Civil Francês influenciou inúmeras legislações, corroborando para a formação de um paradigma geral e abstrato, evoluindo do modelo até então vigente. (BARROSO, 2008, p. 33-34).

Adiante, com o advento da Revolução Industrial em 1860, houve uma alteração drástica das dimensões contratuais, uma vez que esse instrumento jurídico tomou caráter indispensável para a articulação de todo o sistema econômico. Pelos ensinamentos de Enzo Roppo (2009, p. 25), isso se deu dentro de um contexto de enorme desenvolvimento das forças produtivas e de uma extraordinária intensificação de trocas.

As composições contratuais dos Séculos XVIII e XIX, nas quais predominavam atividades comerciais e industriais, foram, durante o Século XX, modificadas, seguindo as intenções sociais e econômicas da sociedade de massa que já se desenhava àquela época. Neste ponto, a população entrelaçava-se na produção em escala industrial, na distribuição e consumo de bens e serviços.

O modo econômico capitalista acima narrado começou a demonstrar sinais de fadiga em meados do Século XX, sendo que o modelo de acumulação fordista, ao final da década de 1960, desatou a mais grave crise no sistema capitalista.

No Brasil, o advento do Código Civil de 1916 veio disciplinar o direito privado e, por sua vez, o contrato, que era fundamentado na ideia de manifestação da vontade, com maior relevância ao que fora acordado *inter partes*, sobrepondo a relevância da vontade diante de possíveis distorções contratuais. (NALIN, 2008, p. 79).

Desta feita, denota-se que o contrato derivou da Modernidade, expressado no Estado Liberal, traduzindo as aspirações da classe dominante, valorizando a autonomia da vontade, a igualdade formal e a abstração do instituto, tendo como objetivo um pacto com conteúdo variado e amplitude prática.

A Era Moderna foi, sem sombra de dúvida, um grande momento da humanidade a caminho de sua plena evolução. Houve um rompimento com as amarras do sistema medieval, com o abandono das técnicas anacrônicas de controle social. Foi proclamado o fim dos sistemas absolutistas, escravocratas e de castas sociais, que criavam um modelo social doente e que podavam a evolução.

Houve, assim, uma reconfiguração das relações humanas na Europa Ocidental, o que não tardou a tornar-se universal. Como pontua Eduardo Bittar, ao termo modernidade foi associado um conjunto de ideias que ajudam a desvendar os traços que marcaram, de forma indelével, essa época: progresso, ciência, razão, saber, técnica, soberania, controle, unidade, Estado, indústria, centralização, economia, acumulação, individualismo, liberalismo, universalismo, competição. (BITTAR, 2005, p. 34-36).

No que tange aos contratos, prevaleciam, na relação negocial, os princípios contratuais individuais, uma vez que a intervenção estatal era diminuta. Dessa forma, pode-se dizer que o contrato era válido, mas desequilibrado, levando uma das partes ao enriquecimento sem causa, instaurando flagrante injustiça.

Inaceitável se fazia o fato de o Estado admitir tais desigualdades e desproporcionalidades na ambiência contratual e assim se mantinham, atitude que gerava a sucumbência dos fracos diante das regras impostas pelos fortes, fato de que transparecia a necessidade de uma adequação da visão jurídica e contratual à realidade em que se vivia.

Em resumo, o novo modelo contratual, na realidade pós-Revolução, terá como marco um conjunto de instituições com normas explícitas e implícitas, que deverão assegurar a compatibilidade de comportamento no mercado do novo regime de acumulação em que os agentes econômicos, que substituem a indústria produtora de bens e aos consumidores por empresas de serviços e beneficiários, não devem produzir situações conflituosas, para o qual o modelo prevalente deve proporcionar segurança jurídica, através de uma imutabilidade e interpretação restritiva.

1.2 O CONTRATO NO AMBIENTE PÓS-MODERNO

A complexidade que marca a sociedade pós-moderna reflete na forma de abordagem das figuras jurídicas de maior destaque, o que não exclui a teoria dos contratos, pelo contrário, uma vez que o conceito do contrato não pode mais ser obtido de forma unidimensional.

Como destaca Azevedo (2004, p. 55-56), no mundo jurídico, o paradigma da pós-modernidade, especialmente em função da sua hipercomplexidade, revela a multiplicidade de fontes do direito e a vasta quantidade de leis, decretos, códigos.

É hora de repensar e reconstruir a ciência jurídica. Se a pós-modernidade, acompanhada pela globalização, importa uma nova realidade, sustentada pela diminuição da atuação estatal, com imensa multiplicidade das

relações jurídicas, cumpre aos operadores do Direito a elaboração de técnicas de interpretação do plexo legislativo vigente que regula estas relações.

Na pós-modernidade, pode-se afirmar que a principiologia contratual terá que, ao mesmo tempo, servir como instrumento que propicie a auto-realização de contratantes, permitir a utilização do contrato por meio adequado de troca e cooperação no mercado e, ainda, obter harmonia com os demais valores cultuados pelo ordenamento social. Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2006, p. 180), hoje o contrato não é somente um instrumento de circulação de riquezas da sociedade, é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização de paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado.

Denota-se, assim, que a pós-modernidade exige do contrato a coexistência de um plano interno de comunicação entre as partes em sintonia com os planos externos de ordem institucional e social. Não é outro o entendimento de José Tadeu Neves Xavier (2006, p. 131), senão vejamos:

Assim a concepção pós-moderna de contrato exige uma abordagem ao mesmo tempo preocupada com a relação interna entre as partes, a inserção do pacto no contexto do mercado e a realização de valores sociais, ambos ao mesmo tempo e de forma sincronizada, numa espécie de harmonia do contrato como um todo. Mas, para que essa tarefa de 'decomposição controlada' dos pactos nesses três planos possa ser realizada sem a perda de controle, mantendo-se a unidade da concepção de contrato, mostra-se necessária a aceitação da presença de mega-princípios que realizar a ligação desses enfoques. A desconstrução e a segmentação mostram-se mais eficaz na dissecação analítica de um instituto jurídico, mas deixa o risco de perda de identidade deste ou, pelo menos, da criação de uma multiplicidade de identidades nem sempre em sintonia. De acordo com nosso modelo positivado, os princípios que possuem a aptidão para desempenharem com sucesso esta tarefa são o da função social do contrato e o da boa-fé, consagrados expressamente nos artigos 421 e 422 do Texto Civil Codificado.

Diante dos princípios citados pelo doutrinador Xavier e que, como bem salientou, desempenham a tarefa de decomposição controlada sem perder a unidade contratual, passa-se para o estudo dos princípios contratuais de maior importância dentro da era pós-moderna.

1.3 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DOS PÓS-MODERNIDADE

Com características de pluralismo e fragmentação, a pós-modernidade jurídica impõe a necessidade da existência de princípios maiores, que possam proporcionar unidade ao sistema contratual. Tais preceitos passam a exercer papel de vértices, servindo como orientadores de toda a temática negocial, convergindo, contudo, entre o antigo e o novo, no que tange aos contratos.

Analisando a definição trazida pela maioria dos doutrinadores, bem como a significação gramatical da palavra, pode-se dizer que princípios são aqueles que dão norte, que “são verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico” (NUNES, 2002, p. 27).

Denota-se que é através da instrumentalização dos princípios, que ocorre a determinação de quais regras devem ser aplicadas a cada situação em concreto, bem como o caminho que deverá ser seguido por quem faz uso de tal instrumento.

Para selecionar tais títulos deve-se levar em apreço a habilidade que terão de inclusão de valores à sociedade pós-moderna, dialogando com as condições constitucionais pré-existente do novo Estado Social, refletindo-se na orientação aos demais preceitos que formam a tessitura do sistema de contratos do Direito Civil.

Dessa feita, levando em consideração ao supracitado e a metodologia proposta pelo Código Civil atual, os princípios considerados eixos cardeais para o desempenho contratual com excelência na era pós-moderna são os da função social e da boa-fé.

Neste sentido, Waldirio Bulgarelli (1999, p. 99) afirmava, antes mesmo da vigência do atual Código Civil, que a boa-fé objetiva e a função social do contrato são como “salvaguardas da injunção do jogo do poder negocial”. É, portanto, da junção desses dois princípios que surge a nova teoria contratual, envolvida com valores sociais e renovação da ética nas relações negociais.

No entendimento de Cláudia Lima Marques (2006, p. 210), a nova concepção contratual se faz no sentido de potencialização do caráter social como instrumento jurídico, no qual não importa somente a manifestação da vontade, mas, principalmente, os efeitos contratuais.

Por potencialização do caráter social compreende-se a capacidade contratual de servir como instrumento, que incorpore valor à coletividade que

poderá ser atingida pela celebração realizada. A vontade das partes existente em um contrato tem de estar em constante diálogo com as premissas constitucionais, sem pormenorizar aos demais preceitos que formam o sistema de contratos de Direito Privado. Cada contrato celebrado deve estar em conformidade com o desejo das partes, salvaguardando, porém, os preceitos coletivos e sociais aplicados aos demais.

Muito embora a função social do contrato não seja um tema integralmente novo no âmbito contratual, a sua normatização no Código Civil ganhou novo fôlego ao determinar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Em outra vertente, e como complementação do princípio da função social, encontra-se o princípio da boa-fé objetiva, que tem a característica de princípio-valor, que se consolidou no ambiente jurídico, em especial no sistema contratual.

Nessa esteira leciona Bruno Miragem (2005, p. 30-31):

Este caráter de complementariedade entre a boa-fé e a função social, em face dos avanços decorrentes da aplicação da primeira no direito brasileiro, pode dar causa a que a função social não apenas determine a geração de efeitos independentes da boa-fé, mas que igualmente qualifique o sentido e o resultado da aplicação deste princípio. Esta função qualificadora exercida pela função social sobre a boa-fé não determina, a priori, a criação origem de deveres distintos daqueles que a doutrina e jurisprudência já reconhecem (ainda que isso seja possível). Trata-se de uma distinção de intensidade quanto aos deveres jurídicos ou aos limites já estabelecidos pela boa-fé, como os deveres de colaboração, lealdade, e respeito às expectativas legítimas. A função social, assim, dado o seu caráter mais afeto aos interesses da comunidade (sociedade), coloca-se princípio qualificador da boa-fé (mais afeta aos interesses e expectativas das partes do contrato).

Inicialmente inserido na legislação consumerista, passa agora a ser reconhecido pela legislação civil, acompanhando todo o vínculo negocial, desde a fase que antecede a contratação até a fase que a sucede. Trata-se de exigência de valores da pós-modernidade jurídica, em especial a concretização da ética nos negócios, valores esses que devem estar presentes em toda e qualquer abordagem do tema contratos.

Como observa Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 51), enquanto o princípio da boa-fé tem atuação no âmbito interno da relação contratual, o

postulado da função social atenta para os reflexos que os efeitos dos contratos projetam na sociedade.

Conclui-se assim que tais mega-princípios da teoria contratual exercerão suas funções em parceria com os demais princípios que regem as relações contratuais, exercendo funções ora de potencializador de conteúdo, ora como limitador de intensidade.

Dentro dos princípios basilares das relações contratuais apresentados dar-se-á maior enfoque ao princípio da boa-fé objetiva, o que se fará a seguir.

1.4 O CONTRATO COMO MECANISMO DE REALIZAÇÃO DE INTERESSES

O contrato deixou de possuir somente índole instrumental de circulação de riquezas, atualmente possui importância ímpar para consagração de questões existenciais, decisões tomadas no íntimo do ser humano e exteriorizadas como uma escolha, uma opção frente ao mundo, não possuindo, tão somente, como outrora parece ter possuído natureza meramente patrimonialista. Sendo assim, mesmo com o necessário dirigismo contratual, intervenção importante para o reconhecimento da igualdade material, proteção dos vulneráveis e filtro preventivo de injustiças negociais, “as estradas que conduzem à felicidade, àquilo que cada um de nós julga mais apropriado para nossas vidas, deve ser preservada, tanto quanto possível, de interferências estatais”. (BRAGA NETTO, 2015, p. 48)

A tendência e a dificuldade do direito civil, na atualidade, “é estabelecer, em meio à hipercomplexidade dos tempos atuais, a pessoa como o centro do sistema, e não o seu patrimônio. Estabelece-se a dignidade pessoal como valor acima de todos”. (LISBOA, 2012, p. 3). Isto é, a formalidade, a igualdade formal, o teor das cláusulas contratuais continuam a possuir importância ímpar, mas devem compatibilizar-se com os demais anseios sociais, especialmente pela utilização do contrato para concretização de interesses e direitos de índole existencial, hedonista, muitas vezes de natureza transitória, ou refletindo, em termos perpétuos, uma escolha atual ou futura.

Com isso, salta aos olhos a importância consequential do contrato, ou seja, que os contratantes possuam suas respectivas expectativas satisfeitas, para que não ocorram arrependimentos ou frustrações. Assim, pela importância decorrente do contrato, cujo conteúdo, em alguns casos, reflete questões de ordem pessoal e íntima, não pode frustrar os desejos dos envolvidos, visto que, nesses casos, em nada adiantará postular o fim da relação contratual, já que o motivo da realização do contrato restou atingido, em especial pela frustração da confiança e expectativas dos sujeitos contratuais, algo que, por si só, eleva a importância de atender o esperado pelos negociantes.

A confiança, nas palavras de Roberto Senise Lisboa (2012, p. 20), pode ser subjetiva ou objetiva:

A confiança subjetiva é psicológica e voltada para a questão da estabilidade sob um aspecto: a sensação de estabilidade que o sistema jurídico oferece à pessoa e a que o negócio jurídico lhe confere. Sob a perspectiva do confiante, ela é pessoal e intransferível: acredita-se por motivos juridicamente razoáveis ou não, e conclui-se ou executa-se o contrato, se for o caso. Já a confiança objetiva, enquanto valor, é voltada diretamente para o problema da estabilidade negocial, diante de uma análise da conduta do outro negociante.

O dever de respeitar os dizeres contratuais faz surgir entre os interessados diretos, segurança jurídica no sentido da concretização do que foi estabelecido e pactuado, seja no momento da celebração do contrato ou, por atos posteriores, mas que tenham o condão de, legitimamente, criar novos deveres e direitos, implicitamente revogando os estabelecidos anteriormente de forma textual, no corpo do contrato.

Isto é, mesmo com a celebração do contrato, atos reiteradamente praticados fazem brotar novos direitos e deveres, alheios aos que anteriormente foram praticados, pois nutrem nos contratantes expectativas novas, inéditas, muitas vezes contrárias ao que foram estabelecidos formalmente, de maneira expressa, e a tutela da confiança gerada, pela ótica da boa-fé objetiva, deve ser tutelada e albergada pelo ordenamento jurídico, como se fosse um dizer expressamente contratado.

Porém, sabido que a autonomia privada encontra limites de ordem social e pessoal, possuindo diversos filtros que impossibilitam aos sujeitos contratuais estipular conteúdos atentatórios ao espírito do sistema negocial,

prevendo, dentre os limites, que o conteúdo não viole a boa-fé objetiva, muito menos as legítimas confianças e expectativas dos contratantes.

Cabe ao intérprete, então, adequar os princípios contratuais, visando sempre a harmonização e a inter-relação das normas clássicas e pós-modernas, pois, assim, atingida será a igualdade material, a segurança jurídica, a função social do contrato e, via de consequência, a satisfação dos contratantes e demais afetados pela relação contratual.

2 PONDERAÇÕES SOBRE A BOA-FÉ OBJETIVA

2.1 CONCEITO

Anteriormente à análise da boa-fé no âmbito jurídico deve-se esquadrihar a etimologia da palavra, advinda de *fides*, que no latim significa honestidade, lealdade, fidelidade, confiança, probidade, virtude. Trata-se de elemento calcado em um valor ético que, por si só, demonstra o entendimento de não prejudicar outras pessoas.

A compreensão de boa-fé está intimamente ligada à conduta do ser humano, ao que se espera de cada indivíduo que, “ao seguir padrões de comportamentos ditados pelo direito natural, positivado ou não” busca uma conduta não prejudicial a terceiros. (SOARES, 2008, p. 80)

Percebe-se que o entendimento acerca da boa-fé está intimamente relacionado à solidariedade social. Nesse sentido, explica Maria Celina Bodin de Moraes (2001, p. 188):

A solidariedade social, na jurisdicizada sociedade contemporânea, deixou de poder considerar-se como resultante de ações erráticas e eventuais, éticas ou caritativas, para se tornar um princípio geral do ordenamento jurídico, com máxima força normativa, capaz de tutelar o respeito devido a cada um, cabendo exclusivamente à norma jurídica distinguir, no que for essencial, a (*peculiar*) *singularidade individual*.

Juridicamente a boa-fé é um princípio geral de direito, sendo um postulado de grande importância e repercussão no direito contratual da atualidade.

O princípio da boa-fé representa um ideal, um modelo de conduta que expresse um comportamento médio em determinado contexto social, é o agir em conformidade com os preceitos éticos da coletividade, dentro de um ideal de comportamento probo, honesto e justo.

A positivação da boa-fé nos Códigos Civil e de Defesa do Consumidor trouxe consideráveis transformações nos contratos, visto que estes passaram a ser mitigados pela observância dos novos deveres derivados da boa-fé, tidos

como de natureza anexa, acessória ou secundária, mas mesmo assim de observância cogente.

Conforme MARTINS-COSTA (2000, p. 411), o princípio da boa-fé objetiva concebe um “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico”, que se fundamenta na atuação recíproca das partes com comportamentos de cooperação, lealdade, confiança e honestidade, visando à diretriz da eticidade, indicada no Código Civil e no Código do Consumidor.

Compreende-se tal princípio não como singela exortação ou conselho, mas como norma obrigatória de conduta, respeito e cuidado com a integridade moral e patrimonial da parte com quem se contrata, sendo certo que tal conduta deve ser respeitada desde a fase das tratativas iniciais até o fim da relação negocial.

Com efeito,

Cooperação e respeito é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. A proteção da boa-fé e da confiança despertada formam, conforme Couto e Silva, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais. (MARQUES, 2006, p. 125)

O princípio da boa-fé objetiva tem como grande virtude fazer florescer na mente dos contratantes a ideia de procederem com correção em todas as fases do contrato, de forma que passem a se encarar não como concorrentes, mas como parceiros. Trata-se de uma cláusula geral que deve ser rigidamente cumprida, a fim de harmonizar a relação contratual.

Conceituar boa-fé objetiva é tarefa que extrapola a análise exclusiva dos elementos constitutivos de uma relação jurídica. Quando se aborda a noção de boa-fé objetiva pressupõe-se a admissão pelos membros dessa relação jurídica de padrões de conduta que, dentro da sociedade em que vivem, seriam passíveis de aceitação e caracterização de normalidade.

A prática cotidiana prova que:

Tratar-se, assim, do conteúdo da boa-fé de caráter objetivo pressupõe a aceitação de que o universo jurídico não poderá jamais ficar alheio aos padrões morais existentes em dada sociedade. Sendo impossível o direito abarcar todas as situações que poderão advir das relações travadas entre os indivíduos, resta-lhe somente recorrer a uma cláusula geral, cujo conteúdo será preenchido com nuances extraídas da vida social cotidiana - em que certos comportamentos

são tidos como razoáveis, devendo ser esperados quando há negociações presentes. (SILVA, 2010, p. 482-483)

Diante da mutação social constante, seria tarefa árdua, por não dizer impossível, para o direito prever todas as violações imagináveis do que se compreende por decoro, honestidade e retidão, situações tais que dentro de uma perspectiva jurídica poderiam suscitar a necessidade de solução. Para Pontes de Miranda (1972, p. 328 e 333) imprimir uma conceituação específica para boa-fé seria ambíguo e vago, visto que

(...) regras de boa-fé são regras de uso de tráfico, gerais, porém de caráter cogente, que de certo modo ficam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não cogente, para encherem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas.

Posta assim a questão, é de se dizer que os indivíduos que integram as relações jurídicas devem agir em paridade com os conceitos éticos de integridade, honradez, decoro e lealdade, possibilitando um equilíbrio entre as partes, a produção de efeitos positivos a todos que estiverem inseridos em tal relação e a aplicabilidade do princípio em questão. O pioneiro doutrinador nacional sobre o tema, Alípio Silveira (1973, p. 8), afirma que

(...) a boa-fé objetiva pode ser definida, na esfera jurídica, como comportamento inspirado no senso de probidade, que no exercício leal e não-caviloso dos direitos e das obrigações que dele deriva, quer no modo de fazê-los valer e de observá-los.

Como fruto dessas considerações conclui-se que a boa-fé servirá para impedir que a malícia de algum dos lados prevaleça, sendo que a relação jurídica deverá ser interpretada com lastro na exigência de que os envolvidos atuem de forma escorreita e proba.

Seguindo essa vertente, o Código Civil de 2002 dispôs, em seu artigo 113, que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração. No mesmo diploma legal, no artigo 422, foi estabelecida “a regra segundo a qual os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé, estatuinto, assim, exigência de conduta geral a ser seguida por todos.” (SILVA, 2010, p. 486)

Inegável é que o princípio em referência gerou a modificação da concepção tradicional do contrato, antes visto como relação jurídica estática, uma vez que ele passou a integrar o negócio jurídico por meio dos deveres colaterais de conduta (proteção, cooperação, transparência, informação, entre outros).

Portanto, a boa-fé objetiva visa ao cumprimento contratual e à limitação do exercício dos direitos subjetivos, relativizando assim a autonomia privada.

Cumprir destacar que não há que se falar em falência do princípio da autonomia da vontade, uma vez que ele continua a existir e somente deixará de ser aplicado em caso de colisão com a boa-fé, segundo a ideia da ponderação. Na verdade, a boa-fé objetiva indicará a medida dentro da qual poderá ser aplicada a autonomia de vontade das partes. Em outros termos: o princípio da autonomia de vontade, quando ensejador de desequilíbrio contratual e de injustiças, cede seu espaço para o princípio da boa-fé, estabelecendo um equilíbrio contratual entre os contratantes.

Nota-se, assim, que o princípio da boa-fé objetiva se fixa como elemento transformador do Direito Obrigacional, com reflexos para os demais ramos do Direito, em especial o Contratual (MARTINS-COSTA, 2002, p. 611).

Segue daí ser necessária sua presença nas relações jurídicas negociais, evidenciando a força normativa presente no ordenamento jurídico contemporâneo.

2.2 GÊNESE E EVOLUÇÃO

Anteriormente à análise do princípio da boa-fé, especificadamente se faz necessário compreender a terminologia “princípio”. O termo é utilizado nas ciências de uma forma geral e está relacionado à premissa, concepção, juízo fundamentos e para a ciência jurídica, o que se faz relevante ao caso em questão, abrange a ideia de normas, verdades fundamentais ou preceitos morais.

Para maior compreensão do termo, elucida Miguel Reale (1986, p. 60):

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à da porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Outra ponderação que deve ser feita é o fato de que os princípios, para o ordenamento jurídico, representam normas gerais, mandamentos nucleares de um sistema composto por uma coletividade de normas que devem, com base na cooperação e na inteligência, alcançar um fim comum. (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 86).

A boa-fé é um princípio que acompanha o desenvolvimento da sociedade desde a época do Direito Romano. Judith Martins Costa (2000, p. 110) assevera que o surgimento da boa-fé principiológica em fase atual está calcado em três vértices históricos, quais sejam: Direito romano, Direito canônico e Direito germânico medieval.

Menezes Cordeiro (1984, p. 59) ilustra a origem da boa-fé na *fides* romana consolidada entre patrícios e clientes. Estes, em troca de favores e proteção se sujeitavam àqueles com lealdade e obediência. Com o desenvolvimento da sociedade, a sujeição se finda para dar lugar à noção de palavra dada, a honradez no dizer, a fé jurada, governando assim a confiança entre os homens.

No Direito canônico a boa-fé vinha arraigada à noção de pecado, de promessa, sendo que estaria de boa-fé o fiel que cumprisse com o que prometera e que não pecasse. Houve uma desvalorização ético-obrigacional do princípio, dando lugar à compreensão religiosa.

Como explica Judith Martins Costa (2000, p. 130):

(...) Enquanto o Direito romano, considerando a dimensão técnica da boa-fé, promoveu a sua bipartição – consoante aplicada às obrigações ou à posse -, o Direito canônico operou a sua unificação conceptual sob o signo da referência ao pecado, o que equivale a dizer da ausência de pecado, situando-a em uma dimensão ética e axiológica compatível com o sentimento geral do Direito canônico.

No que tange à boa-fé germânica medieval encontra-se um princípio pautado na objetividade e no irracionalismo. Pelo primeiro compreende-se a

preocupação com o externo, com a opinião alheia acerca dos atos praticados, com o julgamento da opinião pública. Como decorrência da objetividade surge o irracionalismo como descrença no cientificismo, explicado por Menezes Cordeiro (1984, p. 176): “a boa-fé germânica conseguiu a objetivação à custa do racionalismo. Tornou-se num elemento afectivo, cuja presença é, ainda hoje, detectável na boa-fé e no Direito.”

Conclui-se, assim, que a boa-fé germânica buscou provocar nas situações jurídicas da época sentimentos espontâneos de repulsa ou de adesão, conforme os padrões culturais de atuações.

Destaque, porém, deve ser dado ao Código Civil Alemão (BGB) por ter sido a codificação pioneira na abrangência do princípio da boa-fé como cláusula geral. Influenciado pela teoria da confiança, tal instrumento civil trouxe ressonância ao princípio em apreço que instrumentalizou a conduta ética no Direito contratual.

Com a entrada em vigor do BGB, em 1900, estabeleceram-se inúmeros deveres e direitos às partes no decorrer da relação contratual e foi através dos alemães, que a boa-fé passou a ser mais que acessória ganhando poder de vinculação, exigindo-se então a presença da boa-fé nas relações negociais e contratuais em geral.

Originava-se aí o fenômeno hoje compreendido como boa-fé objetiva, na medida em que se exigia das partes que firmavam um contrato uma da conduta ética, nas esferas materiais e processuais.

Posteriormente ao Código Civil Alemão, e por ele influenciados, surgiram os Códigos Civis Italiano (1942) e o Português (1966), que consagraram em seus dispositivos o princípio da boa-fé objetiva como cláusula geral.

À nível pátrio, o postulado da boa-fé tardou a receber o reconhecimento legislativo que merecia. O Código Civil de 1916, fundado na autonomia da vontade, referiu-se, majoritariamente, à boa-fé subjetiva, a qual era aplicada principalmente nas questões que envolviam patrimônios, negócios e casamentos.

Importante, todavia, destacar que o Código Beviláqua não foi o primeiro diploma legislativo a abarcar o tema em análise. O Código Comercial (1850) do Brasil Império abordou o assunto com inovação para a época, ao dispor no

artigo 131 que as cláusulas contratuais deveriam ser interpretadas com base na boa-fé objetiva, tendo sido, porém, letra morta, uma vez que não foi aplicado pelos tribunais e tampouco sedimentado pela doutrina (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p. 21).

Dando sequência ao panorama histórico nacional acerca da boa-fé objetiva deve-se destacar o Código de Defesa do Consumidor (1990), que consagrou a boa-fé objetiva nos seus artigos 4º, inciso III¹ e 51, inciso IV², protegendo o consumidor diante da possibilidade de práticas que quebrassem a boa-fé exigida.

Cronologicamente tem-se o Código Civil de 2002, que, com o fim da teoria clássica e a adoção da concepção pós-moderna, sagrou, definitivamente, a boa-fé objetiva no sistema jurídico brasileiro, com referência expressa nos seus artigos 113, 422 e 765.

Diante de tal consagração e pela força legal, agora atribuída, o princípio passou, a partir do marco histórico em referência, a verdadeiramente ser respeitado e aplicado como cláusula geral pelos cidadãos do país.

2.3 DISTINÇÕES COM A BOA-FÉ SUBJETIVA

A doutrina traz como espécies da boa-fé a subjetiva e a objetiva, devendo este trabalho, estipular as suas distinções.

A boa-fé dotada de subjetividade encontrava-se prevista em inúmeros artigos da codificação civil de 1916 ³, e é fundamentalmente caracterizada

¹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica ([art. 170, da Constituição Federal](#)), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores

² Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

³ Art. 221 (correspondente ao art. 1561, *caput*, do Código Civil de 2002): “Embora anulável ou mesmo nulo se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz efeitos civis até o dia da sentença anulatória.” (Casamento putativo).

como psicológica, relacionada com estado de consciência, de espírito, com o conhecimento ou não de determinado fato ou ato. Pode-se dizer que a boa-fé subjetiva é aquela em que há ignorância quanto à lesão que se ocasiona, não sabendo o agente do ato que sua conduta fere interesse alheio tutelado pelo direito.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, p. 243) assim define o instituto da boa-fé subjetiva:

(...) qualidade do sujeito e diz como o estado de consciência da pessoa, cujo conhecimento ou ignorância relativamente a certos fatos é valorizado pelo Direito, para os fins específicos da situação regulada. Serve à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o Direito, apesar de ser outra a realidade.

Denota-se assim que a boa-fé subjetiva é a conceituada na concepção de que o sujeito ignora o caráter ilícito do seu ato, estando muito presente no Direito das Coisas, ao abordarem-se temas como usucapião e aquisição de frutos, bem como no Direito de Família, no que tange ao casamento putativo.

É possível, portanto dizer que “boa-fé pode ser traduzida como oposto de má-fé, ou seja, indicativo de condição de espírito do agente.” (XAVIER, 2006, p. 208), seguindo, pois, a linha do consagrado brocardo de Rui Stoco (2002, p. 37) de que “a boa-fé constitui atributo natural do ser humano, sendo a má-fé o resultado de um desvio de personalidade. ”

Vale destacar o que preceitua Roberto Wagner Marquesi (2004):

O conceito de boa-fé objetiva é fruto do direito teutônico e escapa à noção de consciência. Quem age com o propósito de infligir um dano ao contratante, falta à boa-fé subjetiva, mas é possível que alguém, embora despido desse propósito, ainda assim se pautar por uma conduta que, por não ser a ideal ou esperada, culmine na provocação de uma lesão ao *alter*.

Art. 490 (correspondente ao art. 1.201, *caput*, do Código Civil de 2002): “é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.” (Possuidor de boa-fé).

Art. 551 (correspondente ao art. 1.242, *caput*, do Código Civil de 2002): “Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por dez anos entre presentes, ou quinze anos entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestavelmente, com justo título e boa-fé.” (Usucapião ordinário).

Art. 968 (correspondente ao art. 879, *caput*, do Código Civil de 2002): “Se, aquele, que indevidamente recebeu um imóvel, o tiver alienado de boa-fé, (...)” (Pagamento indevido).

Cumpra destacar que o Direito Privado invoca como cláusula geral da boa-fé subjetiva a teoria da aparência⁴, visando proteger terceiro que confia na aparência da situação jurídica criada de forma direta ou indireta, pela outra parte.

Renata Domingues Balbino Munhoz Soares (2008, p. 82), ao citar Flávio Alves Martins, assim estabelece:

A boa-fé subjetiva é reconhecida como a ideia de boa-fé, ou seja, para Flávio Alves Martins, é “um conceito técnico-jurídico que insere em uma série de normas jurídicas para descrever ou delimitar um suporte fático, considerando-se a intenção do sujeito como, por exemplo, o possuidor de boa-fé ter direito aos frutos percebidos”; já na boa-fé objetiva, falamos em boa-fé princípio, conhecida dos italianos como “correttezza”.

Verdade seja que a boa-fé subjetiva refere-se ao estado psicológico da pessoa, consistente na justiça ou licitude de seus atos, ou que não há antijuridicidade do ato que pratica. Ainda que não tenha a característica principiológica ou tampouco de regra geral como na gama da boa-fé objetiva, existe entre as duas espécies um elemento em comum, o qual deve estar presente em todas as condutas sejam elas abarcadas pela objetividade ou subjetiva do que até aqui se demonstra, qual seja a confiança.

2.4 FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

O Código Civil atual contemplou de forma integral o princípio da boa-fé objetiva no ordenamento positivo, permitindo a exploração deste nas suas mais destacadas funções, como técnica interpretativa, como limitadora de direitos

⁴ A teoria da aparência tem por escopo a proteção do terceiro que, ao celebrar um negócio jurídico, o faz de boa-fé, possibilitando assim ampliação da confiança existente entre as partes. Entretanto, a boa-fé deste terceiro é requisito fundamental para a aplicação da teoria da aparência e, segundo a doutrina dominante, age de boa-fé aquele que atua com diligência normal e, ainda assim, incorre em erro justificável amparado por suporte fático. A teoria em questão, assim, protege o indivíduo que se porta de modo leal nas relações negociais, conferindo efeitos regulares a atos praticados por este, que seriam, a princípio, juridicamente insubsistentes.

subjetivos e como forma de integração dos atos negociais. (XAVIER, 2006, p. 216)

A codificação em referência, assim, destacou em três momentos o princípio da boa-fé objetiva, conforme se verá a seguir.

O caráter tridimensional da boa-fé objetiva (MARTINS-COSTA, 2002, p. 640) externa-se pelas três funções conhecidas na cátedra e nos tribunais, quais sejam: *a)* função integrativa; *b)* função interpretativa; e *c)* função de controle da boa-fé.

Inicialmente, a função integrativa do princípio em apreço tem a função de integralizar toda e qualquer relação obrigacional e contratual. Destarte, a função visa permear a aplicação da boa-fé objetiva por todo o Direito Obrigacional, na busca do adimplemento contratual e da limitação do exercício do direito subjetivo, permitindo assim o equilíbrio contratual almejado pelo ordenamento jurídico, durante todas as fases do contrato.⁵

A função integrativa é de suma importância, visto que, por vezes, os contratantes, ao redigirem o contrato, deixam de prever alguma cláusula que poderá interferir no desenvolvimento contratual desejado por elas mesmas e pela lei.

Assim, a função do princípio da boa-fé objetiva, nessa hipótese, é acrescentar o que não consta expressamente do contrato, suprindo as falhas contratuais, inclusive atentando-se ao fato de que nem sempre a vontade, por si só, é capaz de prever todas as possibilidades do negócio.

Cumprido aditar que a função integrativa da boa-fé objetiva é que faz criar os novos deveres especiais de conduta, denominados, como será visto, “deveres anexos ou colaterais de conduta”, a serem observados durante o vínculo obrigacional (NORONHA, 1991, p. 157). Nesse contexto, o contrato

⁵ Conforme preceitua o art. 422 do Código Civil “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, com em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, previsão legal, assim para a função integrativa do princípio da boa-fé objetiva que deve estar presente conquanto o contrato celebrado produza efeitos.

Ademais os enunciados das Jornadas de Direito Civil têm assegurado maior aplicação de tal função ao determinar que as partes, bem como o julgador, devem a todo tempo observar o princípio da boa-fé objetiva e a sua integralidade à todas as fases contratuais, senão vejamos: Enunciado 25, da I Jornada: “o artigo 422 do CC não inviabiliza a aplicação, PELO JULGADOR, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós contratual. Enunciado 170, da III Jornada: “a boa-fé objetiva deve ser observada PELAS PARTES na fase de negociação preliminar e após a execução do contrato, qual tal exigência decorrer da natureza do contrato. (Grifo e destaque nosso)

passa a ser compreendido como relação jurídica complexa e dinâmica, abarcado pela obrigação principal acrescida dos deveres anexos da boa-fé, modificando-se, assim, o liame obrigacional estático outrora existente.

Nessa vertente, preceitua Joseane Suzart Lopes da Silva (2010, p. 498 – 499):

Na vigência da teoria liberal do contrato, as partes podiam convencionar o que almejassem e somente o que constasse no conteúdo do contrato deveria ser necessariamente atendido (*pacta sunt servanda*). Não se ventilava, neste período, a necessidade de serem respeitadas obrigações acessórias que, mesmo não estando previstas em sede contratual, deveriam figurar na relação jurídica, para que fosse mantido o equilíbrio desta e praticada a justiça comutativa, repartindo-se os ônus do negócio jurídico. Com o desenvolvimento da doutrina da boa-fé nasceram os deveres paralelos ou acessórios, pois o *animus*, integrante do elemento subjetivo, que imperava quando a vontade era tida como incontestável, cedeu espaço ao exame da postura adotada, que se esperava da parte na condição de um homem mediano, “reticente”, do bom pai de família, conforme os usos e costumes adotados pelas pessoas que primam pela honestidade.

Evidencia-se, assim, a função mais relevante do princípio da boa-fé, visto que os deveres que lhe são anexos passam, obrigatoriamente, a integrar qualquer relação obrigacional no papel de obrigação secundária, permitindo o equilíbrio do negócio e impedindo a ruptura da confiança mútua dos contratantes.

Denota-se, pois, que o Direito Obrigacional, em destaque o Contratual, norteia-se pela autonomia privada com observância dos deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, na intenção de garantir adimplemento eficaz nas relações jurídicas celebradas, em todas as fases contratuais.

Doutro lado, a função interpretativa conduz a atividade do intérprete, que deverá buscar o correto conteúdo e sentido da avença, impondo ao mesmo a análise das circunstâncias do caso concreto e a finalidade socioeconômica do contrato (NEGREIROS, 2006, p.136). Essa função determina, pela hermenêutica contratual, a justa solução para o caso.

Assim, a boa-fé erige-se em diretriz para a interpretação do contrato. Sua ausência faz com que advenham perdas e danos ou mesmo a anulação do negócio.

O princípio da boa-fé objetiva pode, então, ser classificado como um elemento a mais na interpretação dos negócios jurídicos, sendo que, ao se depararem com divergências, as partes contratuais deverão recorrer a interpretação do acordado com base na boa-fé objetiva.⁶

Vale ratificar,

A interpretação dos contratos passou a ter como meta também a boa-fé, que é um elemento objetivo, e não só a vontade das partes. O princípio da boa-fé objetiva, então, pode ser considerado como um elemento a mais na interpretação dos negócios jurídicos. Havendo divergência sobre o conteúdo das cláusulas contratuais, e havendo necessidade de recorrer-se à interpretação como solução da divergência, a interpretação segundo a boa-fé objetiva terá um papel importante. (SOARES, 2008, p. 105)

Por fim, a função de controle da boa-fé, asseverada no artigo 187 do Código Civil⁷, impõe limites ao exercício abusivo do direito subjetivo dos contratantes, determinando até onde é legítimo ou não, obtendo, assim, o merecimento do ordenamento jurídico.

Aguiar Júnior (1995, p. 24) define que a boa-fé objetiva: “significa a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual, pois através dela pode ser regulada a extensão e o exercício do direito subjetivo.” Nessa esteira, a função de controle implica limite aos direitos subjetivos dos contratantes (MARTINS-COSTA, 2000, p. 382-409), que devem, de forma obrigacional, observar preceitos estabelecidos pelo princípio em questão, visando assim que o contrato cumpra a sua função social.

Com o mesmo entendimento preleciona a doutrina estrangeira:

(...) el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económico-social distinta de aquella para la cual há sido atribuído a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se ejercita de una manera o em unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que consciência social impone al tráfico. El derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular

⁶ O Código Civil de 2002, em seu art. 113, dispôs que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração, devendo, nessa hipótese, a boa-fé exercer a sua função interpretativa.

⁷ Art. 187 CC: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas. (WIEACKER, 1979, p. 19-20)

Pode-se, assim, dizer que a boa-fé é considerada como conduta ético-jurídica em grau máximo, razão pela qual visa coibir o abuso de direitos subjetivos que são qualificados no ordenamento jurídico, conforme preceitua o artigo 187 do Código Civil, como atos ilícitos. Por tal razão, o prejudicado dentro de uma relação jurídica poderá questionar a situação, incidindo assim a boa-fé na sua função controladora para mediar as consequências negativas advindas de referente prejuízo.⁸ “Se desrespeitadas as normas e princípios jurídicos que regem a matéria, ocorrendo a situação conflituosa, deverá ser resolvida a problemática pelas vias cabíveis, servindo a boa-fé objetiva como instrumento de controle.” (SILVA, 2010, p. 507)

Vislumbradas assim as cátedras do princípio em questão, algumas situações já consagradas na doutrina explicam as funções da boa-fé como a teoria dos atos próprios, também conhecida como *venire contra factum proprium*, e como limitação de direitos, abrangendo as figuras da *supressio* e *surrectio*.

A essas e outras irradiações do princípio da boa-fé objetiva as linhas a seguir se destinam.

2.5 AS IRRADIAÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA: LIMITES PARA A TUTELA DA CONFIANÇA NEGOCIAL

A utilização da boa-fé objetiva fez emergir, conforme salientado linhas acima, modificações hermenêuticas na forma de enxergar o negócio jurídico, bem como possui o condão de suprir lacunas, limitar direitos até então formalmente íntegros e pactuados pelos contratantes, além de possuir uma

⁸ A função de controle da boa-fé objetiva garante ao prejudicado o ingresso com ação de reparação civil pelos danos suportados, independentemente da comprovação de culpa. Referido entendimento foi pacificado na I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme preceitua o enunciado 37, senão vejamos: “responsabilidade civil que decorre do abuso de direito civil existe independente da comprovação de culpa. Abuso de direito é quebra de boa-fé objetiva o que resulta em responsabilização independente de comprovar culpa.” (grifo nosso).

conotação real, concreta, palpável socialmente, apreciável no caso concreto, refletida pela necessidade de condutas compatíveis com as expectativas contratuais.

Espera-se pela aplicação de referido princípio mútua contribuição para a conquista dos desejos que, de alguma forma, foram a causa e o motivo da relação contratual, isto é, dentre várias vertentes, talvez a que melhor se adeque ao período atual, momento em que princípios efetivamente formalistas sofrem flexibilizações, seja a faceta da boa-fé que procura tutelar a confiança que os contratantes depositaram naquele negócio jurídico, bem como nas condutas comissivas ou omissivas dos demais sujeitos contratuais.

Nada mais justo! Parece que as normas contratuais vêm ao encontro das novas necessidades e tendências da legislação civil, assim como das teorias filosóficas do pós-positivismo, em que, na visão de Calsamiglia (1998, p. 213-214) "busca de certo modo uma reaproximação do direito e da moral e contraria a tese positivista de que os juízes, no momento da decisão, por exemplo, não se pautam por determinados princípios morais e políticos". Assim, não parecem existir dúvidas de que o contrato deve ser banhado pela boa-fé objetiva, buscando, de forma normativa, pela utilização das regras e princípios, utilizando-se, ainda, da moral, economia, políticas etc., que alcance sua função objetiva e subjetiva, especialmente para os envolvidos.

Ademais, os negócios jurídicos, especialmente simbolizados pelos contratos, passaram a refletir escolhas de vida, algo que torna a relação contratual ainda mais dependente de sustentações éticas, solidárias, compreensivas e que correspondam à confiança depositada pelos contratantes.

Está havendo, no direito civil contemporâneo, um progressivo decréscimo de autonomia da vontade, no que se refere às relações contratuais, decréscimo esse inversamente proporcional à crescente liberdade das pessoas nas relações existenciais. Esse aumento de liberdade nas relações existenciais tem amparo no princípio da melhor realização do ser humano, princípio implícito em nossa ordem constitucional, princípio cuja estruturação teórico-normativa pode ser extraída da dignidade da pessoa humana, fundamento da república. (BRAGA NETTO, 2015, p. 47)

A confiança entre os contratantes, bem como as demais faces da boa-fé objetiva, deve ser verificada especialmente no caso concreto, observação

que deve ser realizada das condutas capazes de ocasionar modificações do que foi avençado, além das atitudes que, objetivamente, causem nos demais interessados alterações de expectativas, modificações de objetivos, ou seja, altere a confiança, seja de atitudes imputadas ao credor ou ao devedor, visto que a boa-fé, como sobreprincípio contratual, “alcança tanto o devedor quanto o credor”. (SAMPAIO, 2004, p. 29)

Nesse contexto, a proibição do comportamento contraditório talvez seja o maior empecilho encontrado para que o dever de proteger as legítimas confianças seja respeitado, já que “a proibição do comportamento contraditório é modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança – decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva”. (FARIAS, 2013, p. 65).

A vedação ao comportamento contraditório, mais conhecido como *venire contra factum proprium*, ou teoria dos atos próprios (SOARES, 2008, p. 108), proíbe que exista uma inversão abrupta de condutas, essencialmente quando a atitude antecedente conflita com a subsequente, vilipendiando a confiança gerada em outro personagem contratual⁹. Isto é:

A conduta antecedente gerou uma expectativa na outra parte num atuar em determinado sentido. Desse modo, o credor, ao portar-se em linha diversa, ainda que aparentemente no exercício de um direito, quebra a lealdade e confiança. Ou seja, maltrata a boa-fé, de molde que resta delineado um quadro de abuso de direito. (SAMPAIO, 2004, p. 78)

Acrescenta-se ao narrado o entendimento estrangeiro:

(...)mediante la invocación de la buena fe puede considerarse inadmisibile el ejercicio de um derecho (por ejemplo, la excepción de

⁹ No encerrar da década de 1980, pequenos produtores rurais do Rio Grande do Sul plantavam tomates com sementes fornecidas pela Companhia Industrial de Conservas Alimentícias – CICA. Por anos seguiu-se tal conduta; os agricultores plantavam na promessa da empresa CICA de comprar toda a safra produzida, da qual apenas as sementes foram fornecidas pela futura compradora. Na safra de 1987/1988, a empresa distribuiu sementes aos fornecedores, como era costumeiro. Recusou-se, no entanto, a adquirir a produção, acarretando prejuízo em razão da quebra da confiança despertada nos produtores antes da celebração do contrato. O Tribunal de Justiça do Estado, num posicionamento vanguardista para época, entendeu que a CICA agira em desconformidade com os ditames da boa-fé objetiva, a despeito da legalidade de sua conduta, e inculiu-lhe responsabilidade pelos danos advindos da ruptura injustificada das negociações. Denota-se, no caso em tela, que a conduta da empresa CICA foi abruptamente inversa aos atos anteriormente praticados, sendo assim exemplo clássico de *venire contra factum proprium*.

prescripción) por existir una 'conducta contradictoria', cuando el ejercicio del derecho es contradictorio con el anterior comportamiento del interesado (el llamado *venire contra factum proprium*) y la outra parte se há adaptado al sentido de ese comportamiento anterior. (LARENZ, 2001, p.97)

Assim, aquele que, a priori, informalmente, mesmo contra o estipulado no contrato, toma atitudes diversas, mas aceitas pelos demais personagens contratuais, causa a confiança de que doravante aquela será a estipulação a ser seguida, não poderá, ulteriormente, alegar descumprimento contratual ou mesmo inadimplemento, por afronta ao princípio da boa-fé objetiva.

Nessa vertente, assevera Menezes Cordeiro (1984, p. 742) que “a locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”.

No mesmo tom, Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 65) e Renata Domingues Balbino Munhoz Soares (2008, p. 109) afirmam que:

A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa.

O que se quer evitar com a proibição do *venire contra factum proprium* é que a parte da relação jurídica contratual adote mais de um padrão de conduta, segundo as vantagens que cada situação possa lhe oferecer. Não se pode admitir que, em um momento, a parte aja de determinada forma e, no seguinte, de forma totalmente diversa, apenas porque, nesse segundo momento, não lhe é conveniente adotar a mesma postura que adotou anteriormente.

Agir com boa-fé e não abuso das suas posições jurídicas e agir em contrariedade ao que se espera nada mais são do que aproveitamento da posição que se exerce. “O *venire contra factum proprium* revela a proibição de comportamento contraditório¹⁰. Traduz o exercício de uma posição jurídica em

¹⁰ A doutrinadora Renata Domingues Balbino Munhoz Soares, para exemplificar e elucidar referido princípio colacionou o seguinte julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, envolvendo Contubel Materiais de Construção Ltda. (massa falida) contra Tubos e Conexões Tigre Ltda., senão vejamos: “RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. REDUÇÃO ABRUPTA DO PREÇO. SURPRESA E PREJUÍZO PARA O REVENDEDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROCEDENTE, CONDENAÇÃO EM DANO EMERGENTE E LUCRO

contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente.”
(MARINONI, 2015, p. 173)

Além da teoria dos atos próprios existe ainda a limitação ao exercício do direito que diz respeito às figuras da *supressio* e *surrectio*.

Contrariamente à *venire contra factum próprio*, que leva em conta dois comportamentos, ambos contraditórios entre si, capazes de causar

CESSANTE. APELAÇÃO PROVIDA. VOTO VENCIDO. EMBARGOS INFRINGENTES. RECEBIMENTO EM PARTE, AFASTADOS OS LUCROS CESSANTES. Contubel Materiais de Construção Ltda., ora massa falida, propôs ação de reparação de danos materiais e morais, pelo rito ordinário, contra Tubos e Conexões Tigre Ltda., sob alegação de que atua há mais de uma década como revendedora de produtos da ré; que sempre manteve estoque elevado de tais mercadorias; que, certa feita, sem aviso preliminar, a ré baixou drasticamente seus preços, em algumas oportunidades sucessivas, causando à autora prejuízos, mormente porque seus estoques haviam sido adquiridos pelo preço anterior, mais alto; que tentou obter compensações pelas perdas, mas não obteve; e que sofreu prejuízos de monta, que devem ser indenizados. Como a autora-embargante havia feito vultuosas compras às vésperas do primeiro aumento, estava com estoque cheio e encontrou naturais dificuldades em se desfazer dele. A existência de prejuízo é evidente. A análise jurídica da forma como a ré-embargada se conduziu no curso do contrato não deixa dúvida de que seu comportamento foi abusivo, surpreendendo imotivadamente a revendedora, que ficou com seu estoque praticamente invendável.

O comportamento anormal verificou-se não na redução propriamente dita dos preços (fato desejado por toda a sociedade) mas na ausência de aviso com tempo hábil para a revendedora adaptar-se à nova situação de mercado. As relações econômicas e jurídicas entre as partes eram antigas e não podiam ser alteradas unilateral e abruptamente em ponto tão sensível, como é o preço, de forma a atingir tão gravemente a atividade da revendedora. Exatamente por ser a comandante do mercado, no setor, maiores responsabilidades pesam sobre a ré, dentro das normas de um capitalismo moderno.

A alteração abrupta do preço não se deu por fato de terceiro, estranho às partes, à revelia da ré. Tudo se passou em função do seu exclusivo interesse. Embora esse interesse seja compreensível e saudável, não pode ser imposto ao seu contratante sem atenuações.

Em caso que tem semelhança com o presente – Ap. 132.234.1, este relator teve oportunidade de dizer: Sem dúvida que a ré pode adotar as regras que preferir. Mas a imposição delas, no curso do contrato, há de ser feita criteriosamente, respeitadas as situações consolidadas, do ponto de vista jurídico e comercial. As normas da ré não são leis no sentido próprio. Aliás, até as leis respeitadas as situações constituídas, e mesmo as transitórias. Na verdade, o conteúdo de um contrato é mais amplo do que pensa a velha ordem comercial.

Como também já foi dito noutra ocasião – Ap. 115.074.1: “Regras técnicas, deveres específicos e comportamentos adequados são subentendidos nos contratos, seja porque a lei os estabelece seja porque os consagra o uso. É o que se vê da lição do Prof. Galvão Telles, ‘Manual dos Contratos em Geral’, Lisboa, 1965, p. 360. Prossegue o mestre: Assiste-se dessa sorte à ‘inflação do conteúdo obrigatório do contrato’, na expressão feliz de *Josserand*. Inflação ou enriquecimento que se legitima com o importante princípio (e bom era vê-lo mais fundamentado gravado nas consequências) de que os contratos se devem cumprir de boa-fé, e bem assim com a regra de que obrigam tanto ao que é nele expresso, como às suas consequências usuais e legais (...).

Em suma, a alteração abrupta imposta pela ré foi abusiva, gerando, assim, o dever de indenizar.”

Denota-se que, ao não respeitar a irradiação *venire contra factum proprium* e sofrer a função controladora da boa-fé a ré Tigre e Conexões Ltda., fora obrigada a indenizar a massa falida pelos danos suportados, estando referido julgado em conformidade com o Enunciado 37 anteriormente apresentado. (Grifo nosso)

expectativas nos demais contratantes, a *supressio* e a *surrectio* levam em conta outro elemento, qual seja, o tempo.

A *supressio* é o fenômeno da perda, supressão, de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo, ao revés da *surrectio* que se refere ao fenômeno inverso, isto é, o surgimento de uma situação de vantagem para alguém em razão do não exercício por outrem de um determinado direito, cerceada a possibilidade vir a exercê-lo posteriormente. (FARIAS, 2013, p. 66)

Baseando-se na doutrina clássica sobre o tema pode-se afirmar que “diz-se *supressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé.” (CORDEIRO, 1984, p. 797)

A conduta contraditória, na *supressio*, possui um novo colorido, levando-se o tempo em consideração para fundamentar a expectativa e a confiança configuradas, isto é, “a *supressio* consiste na perda, causada pela inação, de determinado direito ou situação jurídica – o que geraria a legítima expectativa de que tal direito não mais seria exercido, à luz da boa-fé objetiva”. (BRAGA NETTO, 2015, p. 386). Em outras palavras, a *supressio* ocorre quando “a qualificação do lapso temporal decorrido entre a omissão e a ação, despertou em terceiros a expectativa (justa) de que a segunda conduta não seria praticada” (FARIAS, 2013, p. 66). Todavia, observe-se, a legítima confiança e expectativa continua a constituir-se elemento imprescindível para a caracterização do instituto.

Pode-se assim dizer que a *supressio* significa o desaparecimento de um direito não exercido por um lapso de tempo, de modo a gerar no outro contratante ou naquele que se encontra no outro polo da relação jurídica a expectativa de que não seja mais exercido.

É sobremodo importante salientar, e reafirmar, o que ensina Menezes Cordeiro (1984, p. 797) acerca da *supressio*:

(...) situação de direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercida durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma se contraria a boa-fé.

Assim, a *supressio* é a “supressão de determinada posição jurídica de alguém que, não tendo sido exercida por certo espaço de tempo, crê-se firmemente por alguém que não mais passível de exercício. (MARINONI, 2015, p. 173)

Conclui-se assim que, nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier (2012, p. 279), “quem perde o direito abusou do direito de se omitir, mantendo comportamento reiteradamente omissivo, seguido de um inesperado ato comissivo, surpreendendo a outra parte.”

Em um segundo lance, Menezes Cordeiro (1984, p. 817) afirma que o surgimento de “um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efectividade social, era dito como presente – é a *surrectio*”. Ou seja, a *surrectio* “consiste (...) no surgimento de direitos subjetivos ou situações jurídicas a partir de determinada prática social”. (BRAGA NETTO, 2015, p. 386).

Como observa Maria Luiza de Freitas Valle Egea (2004, p. 91), a *surrectio* é um direito que surge em decorrência da “confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento.”

Trata-se de uma ampliação do conteúdo obrigacional, visto que a atitude de uma das partes gera na outra a expectativa de direito ou uma faculdade não pactuada.

Segundo Menezes Cordeiro (1984, p. 821/822) para que a *surrectio* seja caracterizada necessário é a presença de três requisitos, quais sejam:

Exige-se um certo lapso de tempo, por excelência variável, durante o qual se atua uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjetivo que vai surgir; requer-se uma conjunção objectiva de factores que concitem, em nome do Direito, a constituição do novo direito; impõe-se a ausência de previsões negativas que impeçam a *surrectio*.

Vislumbra-se que a *surrectio* e a *supressio* são duas faces de uma mesma moeda, uma vez que, nesta, a conduta de não exercer um direito leva à perda do mesmo; enquanto que naquela, por força da boa-fé objetiva, a pessoa vê surgir para si uma possibilidade que antes não lhe assistia.¹¹

¹¹ O Código Civil, ao preceituar em seu artigo 330 a possibilidade de “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”, exemplificar tais institutos uma vez que o credor perde o direito assegurado pelo contrato (*supressio*) e na mesma situação garante ao devedor a possibilidade de efetuar o

Como projeção da boa-fé objetiva tem-se também o instituto conhecido como *tu quoque*, nas palavras de Menezes Cordeiro (1984, p. 837), consiste no “afloorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”. Em outros termos, o *tu quoque*, também compreendido como um meio de sancionar e impedir o comportamento contraditório, “se caracteriza por um comportamento desleal e pela desequiparação de tratamento. Por isso, não poderia o causador do prejuízo sofrido pelo confiante abusivamente exercer uma situação jurídica que lhe fosse mais favorável, por conta do ato de desequiparação”. (LISBOA, 2012, p.172).

No mesmo sentido e de maneira sintetizada, “o *tu quoque*, de clara inspiração ética, busca evitar (juridicamente) que façamos a outrem o que não gostaríamos que nos fosse feito”. (BRAGA NETTO, 2015, p. 387)

Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 173) assevera que “o *tu quoque* traduz a proibição de determinada pessoa exercer posição jurídica oriunda de violação de norma jurídica por ela mesma patrocinada.”

Por fim, mas não menos relevante, tem-se o efeito do *duty to mitigate the loss*, importante figura desenvolvida no Direito Norte-Americano e que, especialmente nos últimos tempos, tem despertado a atenção da nossa doutrina e da jurisprudência pátria.

A sua noção é simples. Como decorrência do princípio da boa-fé objetiva deve o titular de um direito, sempre que possível, atuar para minimizar o âmbito de extensão do dano, mitigando, assim, a gravidade da situação experimentada pelo devedor.

O dever de mitigar o prejuízo impõe uma atuação por parte do credor, quando é possível. A inércia e posterior exigência de reparação da totalidade do dano quando no caso concreto é possível evitar o incremento lesivo configura o abuso de direito em sede de responsabilidade civil.

Nesse sentido diz a jurisprudência pátria.

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD
ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES
CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE

LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido. (REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010)

Sobre tal projeção foi aprovado o Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil¹², o qual determinada que o “princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.” A proposta de tal Enunciado, elaborado por Vera Maria Jacob Fradera, representa com maestria a natureza do dever de colaboração e a incidência da boa-fé objetiva em todas

¹² Flávio Tartuce, ao explicar o surgimento do Enunciado e o que fundamentou a posição da Professora Vera Fradera assevera que; “O enunciado está inspirado no artigo 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre venda internacional de mercadorias, no sentido de que *“A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída”*. Para a autora da proposta haveria uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjD66_7mdrLAhUHkx4KHfHWDuQQFghBMAY&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fartigos%2FTartuce_duty.doc&usq=AFQjCNEat4i1P9GT_B4cibY3AJSq_CKUG&sig2=ZTKnvHy0GLOJ2u9w70tNGw&bvm=bv.117604692,d.dmo>. Acessado em 25/03/2016.

as fases contratuais, conforme nos preceitua o artigo 422 do Código Civil e os Enunciados anteriormente colacionados.

Exemplificando os conceitos acima trazidos, Flávio Tartuce (2005, p. 2) apresenta as seguintes situações. Pensemos no caso de um contrato de locação de imóvel em que houve inadimplemento por parte do locatário. Ora, nesse negócio, haveria um dever por parte do locador de ingressar, o mais breve possível, com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assumisse valores excessivos. Caso não o faça, não deixará o locador de ter direito a receber o devido, porém terá acesso ao justo. Não conseguirá alcançar o que pretendia ao retardar o ingresso em juízo, visto que não cooperou para a mitigação do prejuízo do locatário.

Seguindo o mesmo argumento o doutrinador, exemplifica a irradiação *duty to mitigate the loss* no descumprimento dos contratos bancários. Segundo sua interpretação não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos.

Em casos tais, o não atendimento ao dever de mitigar o prejuízo traria como consequência sanções ao credor, principalmente a imputação de culpa próxima à culpa delitual, com o pagamento de possíveis perdas e danos e, até mesmo, a redução de seu próprio crédito como dito anteriormente.

Pois bem. Apesar das particularidades de cada uma das espécies listadas acima, todas possuem o condão de impossibilitar a violação da boa-fé objetiva em função da quebra da legítima confiança.

Contudo, pode-se dizer que se a conduta posterior ou o decurso de longo lapso temporal não forem capazes de causar expectativas e confianças nos demais contratantes, nenhum reflexo na boa-fé restará, pois não houve, na espécie, quebra do dever de cooperação, atingimento de expectativas ou confiança.

Parece ter sido o caminho trilhado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo quando afastou a aplicação da *supressio* em virtude de existir cláusula expressa prevendo que a inércia do credor não poderia ser entendida como renúncia, antecipando, prevendo e refutando, contratualmente, possíveis expectativas geradas pela inação.

Embora duvidoso o fato de a embargada ter exigido ou não os reajustes, certo é que, por falta de impugnação específica, restou incontroverso nos autos que a embargante efetuava o pagamento das prestações mensais com atraso, o que, por si só, já tornaria exigível a multa prevista contratualmente, notadamente porque, nos termos da cláusula 12.1.2, “a critério da CONTRATADA, por não pagamento pela CONTRATANTE de qualquer parcela devida, sendo que a tolerância ou não recebimento nas épocas convencionadas, inclusive após rescisão do contrato, não implica renúncia dos créditos advindos do presente contrato” [grifei] (fls. 78). Vale dizer, na hipótese vertente, não se poderia sequer cogitar em “supressio”, porquanto a estipulação antes mencionada, evidentemente, retirava da devedora qualquer expectativa de que o recebimento extemporâneo pela credora fosse lhe exonerar de outros consectários contratuais¹³.

Inegavelmente que a confiança legitimamente criada pelo outro contratante é requisito imprescindível dos institutos; sem ela não há lesão à boa-fé, ou mesmo abuso de direito, refletindo uma relação contratual sem qualquer anomalia. Sobre os requisitos imprescindíveis para a configuração do comportamento contraditório, Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 66) afirma:

Os elementos essenciais para a proibição do comportamento contraditório (são): i) uma conduta inicial; ii) a legítima confiança despertada por conta dessa conduta inicial; iii) um comportamento contraditório em relação à conduta inicial; iv) um prejuízo, concreto ou potencial, decorrente da contradição. (*grifo nosso*)

Assim, caso o segundo comportamento não seja abrupto, contraditório ou incapaz de ocasionar frustração aos demais contratantes, não seria, *a priori*, capaz de exalar consequências que repercutam na existência, validade ou eficácia contratual.

Todavia, a questão toma contornos dramáticos para o pensador do direito quando, em que pese à solidez de raciocínio apontado na decisão do Tribunal Paulista, qual seja, que a cláusula expressa elimina a possibilidade de argumentação no sentido de violação à boa-fé, já que foram afastadas derivações do referido instituto antes mesmo do ato aparentemente contraditório e motivador de danos à confiança, se leva em conta, no deslinde da questão, os dizeres dos enunciados 362 e 363 da IV Jornada de Direito Civil, quando afirmam que: 1) Enunciado 362: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da

¹³ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação com Revisão n. 0007924-66.2013.8.26.0597. Voto n. 5.385. Relator: Des. Gilson Miranda.

confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil. 2) Enunciado 363: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”.

A impossibilidade de, contratualmente, afastar-se a boa-fé objetiva não é consagrada pela ordem jurídica e doutrinária, tendo em vista que a livre estipulação do conteúdo do contrato encontra, na boa fé e na função social, importantes filtros ante as desigualdades e injustiças. Contudo, a questão se apresenta diversa, isto é, estariam os contratantes pactuando, em essência, o afastamento voluntário da boa-fé objetiva ou somente afastando expectativas e confianças de atos subsequentes?

Parece não existir impedimento para nenhuma das opções, isto é, não se pode negar que, sendo aplicável e exigível que ambos os contratantes pautem suas atitudes conforme a boa-fé, o contratante previamente cientificado não nutrirá sentimentos ou expectativas como aquele que fora surpreendido com uma abrupta conduta contraditória. Por outro lado, também, tais cláusulas podem ser utilizadas para maquiar condutas ardilosas e totalmente desprovidas do senso de cooperação, violando, certamente, deveres implícitos de cooperação, mútuo auxílio e respeito às expectativas criadas.

Sendo assim, a detida análise do caso concreto poderá ser uma valiosa ferramenta na análise do que prevalecerá quando do conflito de interesses, ou seja, se o pactuado ou a confiança que um dos contratantes, apesar da cláusula expressa, nutriu pela conduta dos demais sujeitos contratuais. Ademais, parece correto afirmar que o conteúdo da cláusula contratual possuirá a importância de uma bússola, buscando orientar os contratantes e o julgador, sendo possível, através dela, verificar se a cláusula contratual, em função de, por exemplo, sua generalidade, não afronta, na verdade (e disfarçadamente), o próprio princípio da boa-fé, algo que, juridicamente, por ser norma de ordem pública, inadmite disposição.

Em vias de arremate, é possível constatar que a questão merece maior discussão doutrinária e jurisprudencial, visto que a possibilidade de afastar expectativas geradas pela conduta dos demais contratantes pode ser arbitrária, quando, verdadeiramente, pelos princípios da boa-fé e da solidariedade, ocorra um dano injusto, prejudicial àquele que nutriu confianças e esperanças em

sentido contrário ao estipulado contratualmente, mesmo com a existência de cláusula restritiva.

Por outro lado, todos aqueles que participam direta ou indiretamente da relação contratual como partes integrantes da busca de uma finalidade comum, que é a satisfação das legítimas e previsíveis expectativas que desencadearam o pacto negocial.

2.6 RELAÇÃO DA BOA-FÉ COM A ETICIDADE DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

Conforme explicitado, a boa-fé objetiva tem se destacado pelo ativismo jurisprudencial exercido no âmbito das relações jurídicas, ora atuando em sua função limitadora de direitos e ora criadora de deveres anexos de conduta, que atuam como liame obrigacional. Todavia, dentre esse embaralhado de atividades, um sentido unívoco parece surgir, o qual servirá de norte para a sua concretização, qual seja a atuação como parâmetro ético nas relações negociais.

Utilizar o princípio da boa-fé objetiva como parâmetro ético lhe assegura concomitantemente um viés prático e doutrinário, uma vez que o princípio em análise constitui eticidade prática, tendo critérios variantes perante as condições sociais de determinado momento histórico e de determinada sociedade.

Nessa vertente, assevera a Judith Martins-Costa (2000, p. 436):

A boa-fé substitui o chamamento de outros princípios ou noções – tais como a vedação ao enriquecimento sem causa, o abuso de direito, o princípio da solidariedade social, os de correção e honestidade ou a equidade -, todos eles ‘demasiadamente equívocos ou genéricos’, surgindo assim o recurso à boa-fé objetiva como resultante da ‘exigência de encontrar uma noção operativa, datada de um real valor prático.

O Direito Contratual da atualidade pauta-se na competitividade ocasionada pela globalização, na ânsia do lucro e em concentração de riquezas, motivos que desvirtuam o operador de tais contratos dos valores de cooperação e de valores sociais exigidos. Dentro desse contexto negocial pós-

moderno, a boa-fé sobrevém a exercer uma função harmonizadora, contrabalanceando o clássico rigorismo lógico-dedutivo da ciência do Direito com a modernidade da vida e ética atuais, estando assim latente a sua função ética. (COUTO E SILVA, 2006, p. 42)¹⁴

As necessidades da sociedade e do mercado contemporâneos fazem com que seja inevitável a superação da ética individualista do já obsoleto Estado Liberal, visto não mais corresponder às necessidades atuais. Desta feita troca-se a ética individual pela ética social, que traz em seu bojo, além do respeito aos preceitos sociais constitucionais, uma harmonia entre as relações sociais e o ambiente externo, considerando o ambiente em que se contrata e os polos contratuais. Trata-se, em breve análise, da eticidade decorrente da cooperação e da solidariedade, que diante do direito civil constitucionalizado surge como dever de conduta, derivado do princípio da boa-fé objetiva.

Como observou Miguel Reale (2002) em seu artigo “O novo Código Civil e seus critérios”:

[...] a nova Lei Civil preservou numerosas contribuições valiosas da codificação anterior, só substituindo as disposições que não mais correspondiam aos valores ético-jurídicos da nossa época, operando a necessária passagem de um ordenamento individualista e formalista para outro de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência.

Como preceitua Teresa Negreiros (1998, p. 273), a eticidade da boa-fé legitima-se nos valores constitucionais e trata-se de um processo de contínua realização, impondo às partes o dever ético. O princípio em questão atua como fator moral perante as relações negociais, funcionalizando o contrato para que ele exerça justiça social – um dos escopos do texto constitucional -, e contextualizando as relações intersubjetivas com a constituição e demais direitos privados.

É o posicionamento:

¹⁴ Corroborando com esse entendimento de Clóvis Couto e Silva encontramos a lição do jurista português Mário Julio de Almeida Costa, para quem o princípio da boa-fé implica “*uma específica valoração jurisprudencial ético-jurídica para a solução do caso concreto. Quer dizer, o acento tónico ético-valorativo coloca-se, respectivamente, no momento da feitura da lei e no momento da decisão*” (COSTA, 1994, p. 87)

A novidade está, precisamente, na tentativa de entrever na incidência do princípio da boa-fé a impreterível confirmação do direito contratual aos princípios constitucionais, uma vez que o contrato deixa de ser considerado um 'instrumento economicamente neutro', porquanto seus efeitos transcendem a privacidade das partes, devendo ser, por isso, diretamente informado pelo quadro axiológico do direito civil-constitucional. (NEGREIROS, 1998, p. 190)

Denota-se, assim, que a exigência da ética solidária se reflete na ideia de cooperação entre as partes contratuais, estando a boa-fé presente no mútuo comportamento entre os sujeitos da relação negocial existente. Ao aplicar o princípio em questão o julgador parte do vértice de que todo o relacionamento humano deve pautar-se em um *standart* de confiança e lealdade, condutas necessárias para o desenvolvimento normal do convívio social almejado (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p. 25)

O novo Código Civil, que surgiu como inovação perante o obsoleto Estado Liberal e sua teoria clássica, confere ao juiz, além da possibilidade de suprir lacunas, “mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou inajustável à especificidade do caso concreto”. (REALE, 2002)

A presença da eticidade nas relações negociais está, assim, fundamentada na questão valorativa da pessoa humana como patamar para todos os outros valores. Pelo o que se vê, o Código Civil atual abdicou do formalismo técnico-jurídico individualista, presente no ordenamento antigo, para dar espaço à compreensão, a cooperação e o desenvolvimento dos meios de informação, características próprias da eticidade e que são capazes de ampliar as conexões existentes entre indivíduo e comunidade.

2.7 DEVERES COLATERAIS DE CONDUTA

Embora a codificação civil em vigor, e tampouco a que a antecedeu, conceitue “contrato”, compreende-se ele como um negócio firmado entre duas ou mais partes, com o escopo de constituir, regularizar ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial.

É, porém, necessário para que o contrato exista a vontade consentida das partes, que uma vez pactuado o contrato terão deveres a serem

cumpridos. Tendo em vista que em toda obrigação bilateral os dois polos são, simultaneamente, credor e devedor, tem-se que para cada posição jurídica surgem obrigações acessórias que não precisam estar positivadas ou firmadas expressamente no pacto assinado. Por tais deveres dá-se a denominação de deveres colaterais de conduta, também sob a nomenclatura de anexos, secundários ou laterais.

A contratação moderna é formada por um complexo obrigacional composto de preceitos nucleares e deveres colaterais, que de forma articulada compõem um conjunto, o qual permitirá que o contrato desempenhe satisfatoriamente a vontade das partes e o escopo social dele esperado.

Tem-se por obrigações nucleares aquelas necessárias ao cumprimento do contrato, sem as quais o contrato se fará não cumprido, não honrado e tampouco realizado. Trata-se dos deveres principais, chamados também de deveres primários das relações, “constituindo estes o núcleo da relação obrigacional e definindo o tipo contratual”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 437)

Todavia, na pós-modernidade, o padrão de comportamento a ser cumprido pelo contratante não se estende apenas ao que se encontra estipulado nas cláusulas contratuais, não se limita aos direitos primários. A boa-fé objetiva transfere para os contratantes a obrigação de também cumprir os deveres implicitamente decorrentes de uma relação contratual.

Compreende-se assim por deveres colaterais os elementos que decorrem da boa-fé nuclear, que são comprometidos com a realização racional, ética e social do contrato, também denominados por Judith Martins-Costa (2002, p. 642) como “deveres avoluntaristas e instrumentais”.

Dessa feita, especialmente no campo obrigacional, o princípio da boa-fé destaca-se por permitir a identificação de deveres que ultrapassam os limites da chamada prestação principal. Menezes Cordeiro (1984, p.602) sintetiza essa realidade na expressão “complexidade inter-obrigacional”, sintetizando que o vínculo obrigacional abriga não apenas um dever de prestar, mas vários elementos jurídicos que de uma pretensão creditícia dotada de autonomia consegue-se extrair uma realidade composta de obrigações. É o que assevera:

Os deveres acessórios, reportados à boa-fé, traduzem, deste modo, uma síntese histórica, típica nos quadros de terceira sistemática e da evolução juscientífica subsequente, entre a consideração central do

problema, ditada pelos estudos teóricos da complexidade inter-obrigacional e o influxo periférico adveniente de problemas reais e concretos, veiculada pela prática da violação positiva do contrato, na parte relevante desta, para o efeito em causa. (CORDEIRO, 1984, p. 602)

Convém ponderar que daquele que negocia um objeto contratual, se espera honestidade, lisura e probidade; sendo que tais características advêm da relação de confiança existente entre as partes, a qual não precisa estar positivada em contrato. Ora, é de imaginar que, na ausência de confiança entre as partes, não haveria motivos para a formação contratual, uma vez que se um dos sujeitos contratuais não confiasse no outro não haveria qualquer motivo razoável para com ele celebrar.

Mas é de questionar: e se houvesse a quebra de confiança por um dos lados da relação negocial, em que resultaria, visto não estar tal questão positivada em pacto? Pois bem. O Enunciado 24 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que a violação dos deveres anexos de conduta (os intimamente ligados à boa-fé) é causa de inadimplemento contratual, independe de culpa, o que, sem qualquer controvérsia, ocasionaria na rescisão contratual.

O padrão de comportamento a ser cumprido pelo contratante não se estende apenas ao que se encontra estipulado nas cláusulas contratuais. A boa-fé objetiva transfere aos contratantes a obrigação de também cumprirem os deveres implicitamente decorrentes de uma relação contratual. Como bem preceitua Menezes Cordeiro (1984, p. 616) “a referência à boa-fé (...) têm vindo a acompanhar o desenvolvimento prático e teórico dos deveres acessórios” uma vez que “não se trata de reforçar o vínculo contratual”, mas sim de preservação do princípio “sem a necessidade de arrimos especiais”.

Os deveres colaterais obrigam as partes, quais sejam credor e devedor, a agir de modo a possibilitar a efetivação e o devido proveito da prestação para a outra parte e, também, de abster-se de comportamentos que possam vir a desarticular o jogo das prestações inseridas na obrigação. Trata-se, portanto, de deveres de conduta positivos e negativos, que servem como instrumentos que propiciam a realização do verdadeiro interesse contido no vínculo.

A criação de deveres anexos através da aplicação do princípio da boa-fé objetiva ocorre porque o contrato não envolve só a obrigação de prestar, mas envolve também uma obrigação de conduta.

Como a denominação explica, tais deveres não estão na órbita do contrato, mas paralelos a ele. Por isso, eles não se ligam diretamente à espécie do contrato ou da prestação principal, mas são deveres de conduta impostos durante toda a relação contratual como também das circunstâncias advindas dela.

Diante de tal situação criada pelos deveres colaterais conclui-se que afora a boa-fé contratual exigida há que se esperar das partes uma conduta reta, proba, leal e honesta no além-contrato, além-benefício, o que nem sempre ocorre.

Corroborando o apresentado, assevera a doutrina estrangeira:

En el Derecho de Contratos no sólo rige la ejecución de las obligaciones contractuales en particular, sino que determina también la originación de múltiples y variados deberes accesorios, impuestos por el fin del contrato o por el respeto de los intereses de la otra parte, así como deberes de auxilio y de lealtad. Y ello ocurre también antes de la conclusión del contrato, en la fase de tratos previos, de negociaciones y de preparación del contrato. Es su texto, sino como demanda su sentido y su finalidad y como la otra parte podía esperar según el conjunto de circunstancias, según lo que las partes habían hablado, aunque no se recogiera em el texto, y según los usos de un tráfico negocial honorable. (LARENZ, 2001, p. 96)

São estabelecidos pela doutrina, como principais deveres colaterais de conduta derivados do princípio da boa-fé, os deveres de segurança, informação, proteção, fidelidade, lealdade, cooperação e transparência. Todos esses, alguns de forma mais incisiva, irão atuar visando permitir maior eficácia da realização da prestação principal, além de serem os grandes responsáveis por abrilhantarem o elemento ético existente no cerne do vínculo obrigacional.

Importante é, por fim, salientar que os deveres decorrentes da boa-fé podem não ser declarados pelas partes, ou tampouco por elas desejados ou ser por elas desprezados. A sua participação no conteúdo jurídico firmado é além da vontade e incumbe tanto credores como devedores, fornecedores ou consumidores; regra de conduta aplicada a todas as partes envolvidas na relação contratual.

3 CONTRATO DE SEGURO

3.1 CONCEITO E CARACTERES

O contrato de seguro, previsto nos arts. 757 e ss. do Código Civil, é o negócio jurídico por força do qual uma pessoa jurídica, devidamente autorizada, assume, mediante o pagamento de uma remuneração chamada prêmio, a obrigação de garantir dos riscos determinados interesses do segurado, sendo que tais interesses podem se referir à pessoa do segurado ou a seu patrimônio.

Para melhor conceituá-lo, menciona-se a doutrina. Pontes de Miranda (2000, p. 273) define o contrato de seguro como aquele que vincula segurado e segurador através do pagamento dos danos suportados por eventual sinistro ou a prestar renda quando ocorrer determinado fato relativo a vida humana ou ao patrimônio do segurado.

Seguindo o mesmo paradigma, Caio Mario da Silva Pereira (2014, p. 429) sustenta ser “o contrato por via do qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante o recebimento de um prêmio, a indenizá-la ou a terceiros, de prejuízos resultantes de riscos previstos.” Ainda nessa linha Fábio Ulhoa Coelho (2014, p. 537) assevera que “seguro é o contrato em que uma parte (sociedade seguradora) se obriga, mediante o recebimento do pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo da outra parte (segurado), contra riscos predeterminados.” E por fim, Pablo Stolze Gagliano (2013, p. 491) afirma que o contrato de seguro é o negócio jurídico “por meio do qual, mediante o pagamento de um prêmio, o segurado, visando a tutelar interesse legítimo, assegura o direito de ser indenizado pelo segurador em caso de consumação de riscos predeterminados”.

A doutrina mais específica sobre o tema assegura que:

Quando decide contratar um seguro o indivíduo ingressa em uma mutualidade perante a qual tem o dever de pagar o valor de contratação no tempo e na forma devidos (o prêmio), e da qual tem o direito de esperar que custeie, até o limite da importância segurada, os resultados decorrentes dos riscos cobertos ocorridos durante o período de contratação. (CARLINI; FARIA, 2014, p. 72)

Entendimento semelhante à conceituação do contrato de seguro apresenta o direito comparado, nas palavras de Zuleta Torres (1981, p. 16):

El asegurador, mediante las operaciones múltiples que permiten formar reservas, se coloca en capacidad de dar una garantía. Cuando sobreviene el siniestro, atiende a la indemnización como una actividad normal y no necesita evadir su responsabilidad. El asegurado, por su parte, confía en la solvencia de la empresa aseguradora al ingresar a la masa de asegurados.

Compreende-se, assim, como o contrato pelo qual uma das partes assume obrigação de pagar à outra ou a alguém por esta definida, determinada quantia diante da ocorrência de evento futuro e incerto.

Conforme melhor compreensão de Waldomiro Bugarelli (1997, p.645) pode-se dizer que nos contratos de seguro, além do interesse das partes, tem-se como elementos do contrato o seguro e o prêmio.

Na compreensão de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 502), o principal elemento do contrato de seguro é o risco que se transfere para outra pessoa. Pode-se dizer que “o seguro só existe porque existe o risco, sendo este a sua base. (...) O risco, do ponto de vista estatístico, está relacionado à *variância*, à volatilidade, à variação daquilo que se espera.” (PEREIRA, 2014, p. 118).

Nesse entendimento:

Nele intervêm o segurado e o segurador, sendo este, necessariamente, uma sociedade anônima, uma sociedade mútua ou uma cooperativa, com autorização governamental (CC, art 757, parágrafo único), que assume o *risco*, mediante recebimento do *prêmio*, que é pago geralmente em prestações, obrigando-se a pagar ao primeiro a quantia estipulada como *indenização* para a hipótese de se concretizar o fato aleatório, denominado *siniestro*. O *risco* é o objeto do contrato e está sempre presente, mas o *siniestro* é eventual: pode, ou não, ocorrer. Se ino correr, o segurador recebe o prêmio sem efetuar nenhum reembolso e sem pagar indenização. (GONÇALVES, 2014, p. 502)

Haja vista a definição do contrato de seguro, cumpre ressaltar sua classificação, apresentando todos os caracteres que o integram. Inicialmente, o contrato de seguro é *típico*, no sentido de que se trata de contrato cujos elementos e efeitos acham-se legalmente delineados e *bilateral* ou *sinalagmático* porque geram obrigações para ambas as partes, para

contratante e contratado, seguradora e segurado. Ao abranger a característica da bilateralidade, descreve a melhor doutrina:

(...) todo contrato, por sua natureza convencional, envolve em sua formação dois ou mais centros de interesse, logo são geneticamente bilaterais (*bilateralidade do consentimento*). No caso, o contrato de seguro é bilateral devido aos efeitos por ele gerados que, exatamente, a constituição de obrigações para ambos os contraentes, ou seja, há reciprocidade de obrigações (*sinlagma*). As partes, segurado e segurador, são sujeitos de direitos e deveres: um tem como uma de suas prestações a de pagar o prêmio e o outro tem como contraprestação pagar a indenização em se concretizando o risco (*ocorrência do sinistro*). (ALBUQUERQUE, 2003, p. 31)

É também composto pela característica da *onerosidade*, eis que ambas as partes têm obrigações, no caso a de pagar o prêmio e a de pagar a eventual indenização, “cria vantagens, ou expectativa de vantagens patrimoniais para ambas as partes” (MARTINS, 2001, p. 360). Acerca de tal caractere assevera a doutrina estrangeira:

Respecto del asegurado, no hay seguro si no paga la prima. La existência de um terceiro, beneficiário, no arguy em contra de la conclusión, porque la existência de uma liberalidade entre segurado y beneficiário, no implica que ésta existe em las relaciones com el assegurador. (HALPERIN, 1966, p. 19)

Continuamente o contrato de seguro é *aleatório*, tendo em vista que a obrigação do segurador fica na dependência de evento futuro e incerto, o risco, que pode ou não vir a ocorrer. “A equivalência ou não das obrigações fica a cargo da alea que, em última análise, determinará a ocorrência ou não do sinistro e sua extensão, baseado na qual se pagará a indenização”. (ALBURQUERQUE, 2003, p. 31-32)

No que tange à aleatoriedade preceitua Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.504):

Embora o segurado assuma obrigação certa, que é a de pagar o prêmio estipulado na apólice, a avença é sempre *aleatória* para o segurador, porque a sua prestação depende de fato eventual: a ocorrência ou não do sinistro. O *risco* é um elemento essencial nessa modalidade contratual, como acontecimento incerto, independente de vontade das partes. Falta-lhe objeto se o interesse segurado não estiver exposto a risco. Não há equivalência nas obrigações em razão da natureza aleatória da avença.

Ainda nessa análise têm-se os caracteres da *continuidade*, porque a obrigação geralmente se prolonga no tempo. Como assevera a doutrina estrangeira “(...) no cabe duda de que se trata de uno de aquellos llamados de ejecución sucessiva o continuativa, (...) existen obligaciones continuas, tanto a cargo del asegurador como del asegurado” (TORRES, 1981, p. 48)

Trata-se também de contrato baseado na *consensualidade*¹⁵, pois para conjugação das vontades não exige forma e é celebrado com a característica de *adesão*, porquanto ausente a possibilidade de o segurado discutir as cláusulas substanciais da avença, “impossibilitando a transigência das partes, uma vez que apenas caberá ao segurado aderir aos que lhe é proposto” (ALBUQUERQUE, 2003, p. 32)

Mercê dessa última característica, o contrato em questão atrai a incidência do art. 423 do Código Civil, graças ao qual, na ocorrência de cláusulas obscuras, ambíguas ou duvidosas, a interpretação há de ser feita em favor do aderente, no caso, o segurado.

Quanto ao predicado de contrato de adesão, leciona a melhor doutrina:

Trata-se de contrato de adesão, comutativo e consensual, além de pressupor a realização de contratação em massa. Nesse sentido, e pelas características e ele impostas deve-se aplicar aos contratos de seguro o que concerne os artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002, que determinam a interpretação legal a favor do segurado em caso de ambiguidade ou contradição, bem como declarando nulas as cláusulas que renunciem a direitos próprios das partes. (COELHO, 2014, p. 543)

Em idêntico senso, assevera Torres de Albuquerque (2003, p. 33)

Também devido a sua natureza de contrato de adesão, a tendência legislativa é de favorecer o segurado, uma vez que se encontra numa posição de inferioridade frente a seguradora, não lhe cabendo outra

¹⁵ Existem divergências sobre o caráter consensual do contrato. Alguns doutrinadores afirmam, com fulcro no artigo 758 do Código Civil, que o contrato de seguro não se aperfeiçoa com a convenção, mas tão somente com a emissão da apólice. Nessa vertente, seria então um contrato solene. Pela letra legal anteriormente mencionada tem-se “o contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete de seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio.”

Tem-se entendido, todavia, que a forma escrita é exigida apenas *ad probationem*, ou seja, como prova constituída, não tendo assim natureza de essencialidade. Uma vez que a parte final do artigo supramencionado considera perfeito o contrato a partir do pagamento do prêmio, a falta de apólice é, portanto, suprimível por outras provas, tais como a perícia nos livros do segurador, não havendo, pois, motivos para não considerar o caractere consensual como aplicado ao contrato de seguro.

alternativa a não ser aderir às condições estabelecidas pelos seguradores. Pelas mesmas razões a má-fé não se presume, devendo sempre ser demonstrada por provas nos autos e, na dúvida, o segurador deve responder pela obrigação.

É importante ressaltar ter lugar a contratação em massa quando determinado contratante, quase sempre uma pessoa jurídica, celebra contratos cujo conteúdo já vem por ela disposto e é oferecido a sujeitos indeterminados, que a eles aderem ou não. A contratação em massa, de que é exemplo o contrato de seguro, ganha impulso na segunda metade do Séc. XX, quando as contratações “passaram a se dar em larga escala e estão marcadas pelo anonimato dos sujeitos” (LYRA: 2003, p. 2).

Ao fim, Pedro Alvim (1983, p. 130-132) apresenta um último caractere do contrato de seguro, mas não por todos os doutrinadores apresentado como tal, que é a *boa-fé*. Preleciona o doutrinador de que a *boa-fé* corresponde ao estado de espírito harmonioso, à manifestação de vontade que vinculou as partes e que, no contrato de seguro possui significação especial. Pela compreensão de Alvim, “as decisões do segurador se louva, geralmente nas informações prestadas pelo segurado. ” Seguindo a mesma vertente, leciona Torres de Albuquerque (2003, p. 34):

(...) ao se dizer que o seguro é um contrato primordialmente de boa-fé, o faz-se tendo em vista que o Código traz, em dispositivos específicos deste instituto que reforçam que ambas as partes devam agir de boa-fé. O segurado deve manter uma conduta sincera e leal em suas declarações feitas a requerimento do segurador, sob pena de receber sanções em procedendo de má-fé.

Em idêntico senso:

A boa-fé é fundamental na medida em que a subscrição do risco pela seguradora leva em conta as informações prestadas pelo segurado. Logo, se as declarações do segurado estiverem impregnadas de má-fé, os padrões do contrato definidos pela seguradora apresentarão vício. Por ser o seguro regido pelo princípio da garantia, a má-fé pode resultar no não pagamento da indenização, ainda que a informação não tiver tido ligação direta com o sinistro. (DE CARA, 2013, p. 36)

Coaduna-se com o entendimento apresentado, conforme se dedicará no capítulo seguinte.

Como remate, merece vênia o fato de que tais particularidades fazem com que o contrato de seguro esteja sob a égide não só do Código Civil, senão também do Código de Defesa do Consumidor. Assim, na exegese do contrato, hão de ser observados os princípios constantes nos arts. 46 e ss. deste último diploma, especialmente no que toca à proteção contratual e à valoração das cláusulas. E, como contrato que é, aplicam-se a ele os arts. 421 e 422 do Código Civil, que tratam, respectivamente, da função socioeconômica dos negócios jurídicos e da boa-fé objetiva.

3.2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

A noção de “seguro”, de acordo com a doutrina especializada, tem na família sua gênese remota. De fato, “a necessidade de proteção à prole, por longo período, até que os filhos atingissem o desenvolvimento necessário à própria subsistência, exigia a vida comunitária” (ALVIM, 2001, p. 2).

Todavia, o contrato de seguro, como negócio ambientado nas relações comerciais, era conhecido já entre os povos babilônicos, há cerca de 2.000 a.C. Nas caravanas que percorriam os áridos desertos do Oriente Médio, a perda de um dos camelos poderia pôr a ruir o negócio do comerciante. Assim, antes de iniciarem a viagem, os mercadores ajustavam que, se um deles perdesse seus animais, os demais o auxiliariam em sua travessia (SILVA, 2008, p. 12). Percebe-se, assim, que o grupo assumia os riscos de quaisquer um de seus membros, garantindo-se mutuamente.

Analisando o avanço histórico denota-se que é um negócio jurídico que nos tempos modernos ganhou maior desenvolvimento, tendo como ponto de partida o seguro marítimo, ainda na era medieval, quando a função do contrato estava limitada a cobrir cargas e navios.

As primeiras apólices de seguro conhecidas foram celebradas na Itália, no século XIV, em plena era do Renascimento e do recrudescimento do comércio. A partir daí, o contrato em apreço começa a ganhar disciplina legal, sendo assimilado pelas nações europeias, que os repassaram, a partir do Século XVI, aos povos americanos.

Ao fim do século XVIII o seguro passou a não mais regular apenas questões marítimas, mas também passou a regular situações envolvendo incêndios e a vida. O Século XIX, marcado pelo surgimento de importantes codificações, “assistiu à abolição dos últimos obstáculos referentes ao contrato de seguro, e à sua utilização, embora não haja conquistado foro de tipicidade em Códigos prestigiosos.” (PEREIRA, 2014, p. 429)

Por fim, com o advento do Século XX e o espírito de solidariedade e a compreensão coletiva em repartir os riscos da existência, foi que o contrato de seguro por fim desabrochou e começou a ser praticado sem amarras ou limitações.

No Brasil, tem-se que, em 1850, o Código Comercial disciplina os contratos em geral, mas é somente com a codificação Beviláqua que o contrato de seguro recebe tratamento específico. No que tange aos seguros, referido Códex disciplinou exclusivamente os contratos de seguro marítimo, visto que “não havia necessidade de outras normas jurídicas, porque as sociedades, até então autorizadas a operar, só exploravam o seguro marítimo.” (ALVIM, 1983, p. 51).¹⁶

Quando da elaboração do Código Civil de 1916, pretendeu-se ordenação legislativa definitiva acerca do assunto, e pode-se dizer que muito se avançou em direção à obtenção. Não apenas as legislações de cunho civil abordaram o tema como maior propriedade e especificidade como também as constituições. O Texto Magno de 1946, em seu artigo 146, dispôs que caberia ao legislador regular os regimes das empresas de seguro. A Constituição Federal atual, promulgada em 1988, seguiu este traçado e assegura em seu artigo 22, inciso VII, que compete exclusivamente à União a competência para o tema, além de abarcar o direito do trabalhador ao seguro contra acidentes de trabalho, sem excluir a indenização devida pelo empregador quando ele incorrer com dolo ou culpa na conduta causadora do dano (art. 7º, XXVIII).

Na época da implementação do Código Beviláqua havia no Brasil seguradoras exploradoras de diferentes ramos, predominando as de cunho

¹⁶ Pedro Alvim (1983, p. 51-52) traz as informações de que a primeira sociedade de seguros terrestres no Brasil foi criada em 1853, denominada “Interesse Público”, tendo sido seus estatutos aprovados apenas em 1858.

No que tange aos seguros de vida, a primeira sociedade brasileira surgiu em 1855, com o nome “Tranquilidade”, fazendo seguro de vida de pessoas livres. A primeira seguradora estrangeira a funcionar no Brasil foi a “Garantia”, de origem portuguesa no ano de 1862.

marítimo, de pessoas e de incêndio. Com o passar dos anos organizaram-se as seguradoras de veículos e animais, sendo que algumas davam cobertura contra desastres de qualquer natureza.

Nesse contexto histórico, as companhias de seguro estrangeiras já tinham se instalado no mercado nacional, trazendo a prática de seus conhecimentos, de onde provinha a maior parte das cláusulas adotadas pelas seguradoras nacionais. Frisa-se o fato de que, por não estarem todas as normas estrangeiras em consonância com os princípios jurídicos do país, algumas controvérsias eram criadas e que, ao serem levadas ao Judiciário que carecia de normas específicas para situações tais, acabava por aplicar aquilo que soava mais harmônica com a tradição jurídica nacional.

Analisando o contrato de seguro a partir do Código Civil de 2002, nota-se que a codificação atual distribuiu a matéria por três seções, quais sejam, disposições gerais (artigos 757 a 777); seguro de dano (artigos 778 e 788) e seguro de pessoa (artigos 789 a 802). Importante ressaltar que os seguros marítimos continuam regidos pelo Código Comercial de 1850, nos artigos 666 a 730, ainda vigente para legislar sobre o feixe que envolve tal direito brasileiro.

De lá para cá, inclusive após o Código Civil de 2002, leis especiais vêm sendo editadas para regular esse importante ramo do Direito Civil.¹⁷

3.3 ESPÉCIES

Ainda que o conceito de contrato de seguro, nas linhas acima abordado, seja unitário, desdobra-se em várias modalidades, sempre com características fundamentais de reparação ou compensação de dano, patrimonial ou moral. Todo interesse do segurado é passível de proteção, o que gera uma infinidade de espécies de contratos de seguro. Haja vista não ser esse o enfoque, as próximas linhas se dedicaram às espécies de maior relevância no que tange ao contrato de seguro vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁷ É sobremodo importante assinalar que o seguro social de acidentes de trabalho tem como segurador o Estado, através do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Por ser de natureza pública, realizado via estatal, diretamente ou através de autarquias, não tem lugar no presente estudo.

Fundamentalmente, temos duas espécies de seguro: o seguro de dano e o seguro de pessoa. (GAGLIANO, 2013, p. 535). O primeiro tem por objeto a compensação do prejuízo material suportado pelo segurado ao pagar-lhe indenização. Já o segundo tipo de seguro desdobra-se em duas outras espécies, quais sejam: seguro de vida e de acidentes pessoais. Inicialmente, é importante salientar que tais modalidades assecuratórias escapam da natureza compensatória dos seguros, uma vez que acautelam bens extrapatrimoniais, insuscetíveis de valoração: vida e integridade física.

Diante da distinção entre as duas espécies de seguros existentes se faz necessário abordá-las em separado, apontando suas particularidades e especificidades.

O Código Civil, a partir do artigo 778 até o artigo 788, trata do seguro de dano, sendo que tal seguro tem conteúdo indenizatório e a indenização deve ser limitada ao valor de interesse do segurado no momento em que ocorre o sinistro, estando sempre relacionado a uma coisa. (JUNIOR PUCCINELLI, 2015, p. 615)

Porém, cumpre indagar: o que é dano? Pode-se conceituar dano, também denominado por alguns doutrinadores como prejuízo, como “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator” (GAGLIANO, 2013, p. 537). É, contudo, imprescindível asseverar que, para que haja a possibilidade de indenização, inclusive no que tange à indenização assecuratória, que o dano suportado seja indenizável.

Conforme preceitua o artigo 779 do Código Civil, no seguro de dano, o risco do seguro deve compreender todos os prejuízos que resultam da ocorrência do sinistro, incluindo os estragos suportados na tentativa de impedir o sinistro, minorar o dano ou salvar a coisa.

Ademais, deve-se anotar o fato de que o seguro de dano tanto pode cobrir o prejuízo sofrido pelo segurado como também aquele que ele causa a terceiro, quer seja de cunho material ou de cunho moral.¹⁸ Contudo, no intuito

¹⁸ O exemplo mais comum da hipótese apresentada é o seguro de automóveis, visto que ao celebrar tal modalidade negocial busca-se precaução de danos sofridos ou causados a outrem, além daqueles pelos segurados suportados. Tem-se também, a título de exemplo, o caso de incêndio, visto que incluir-se-á na indenização o valor referente a demolição de certas partes do nem imóvel na tentativa de evitar a propagação do fogo.

de evitar o enriquecimento sem causa ou o locupletamento ilícito, a codificação civil foi clara ao determinar que “a garantia prometida não pode ultrapassar o valor de interesse segurado no momento da conclusão do contrato” (art. 778, CC), bem como não pode ultrapassar, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixada na apólice, salvo nos casos de mora, conforme artigo 781, do Código Civil.

O contrato de seguro de dano, via de regra, não é personalíssimo, admitindo assim transferência a terceiros através de alienação ou cessão de interesses, independentemente da anuência da seguradora, salvo disposição contratual impedindo ou impondo condições à cessão.

Nas palavras de Arnoldo Wald (2012, p. 318-318), os seguros de dano ou elementares são aqueles que abrangem riscos de fogo, transportes, danos a coisas ou pessoas e acidentes e têm se justificado pela responsabilidade da seguradora em prestar a indenização devida.

No que tange à segunda espécie de contratos de seguro, quais sejam os seguros de pessoa, ele “escapa da natureza compensatória dos seguros em geral, consistindo em obrigações especiais acautelatórias de eventuais violações a direitos da personalidade” (GAGLIANO, 2013, p. 564). Há previsão no Código Civil de que a pessoa humana se torne elemento de seguro de vida, de sobrevivida após prazo previamente estipulado, de saúde, incapacidade, invalidez ou de acidentes. (CC, arts. 794, 798 e 799)

Tal espécie contratual desdobra-se em outras duas formas, a saber, o seguro de vida e o seguro de acidentes pessoais¹⁹, sendo que ambas as modalidades visam cobrir os riscos de lesões a bens extrapatrimoniais de difícil valoração, merecendo assim tratamento diferenciado por parte do legislador.

Por tal modalidade assecuratória – seguro de vida -; o objetivo é a garantia de pagamento de quantia em dinheiro para uma ou mais pessoas, seja em decorrência de morte ou na hipótese de sobrevivida além de certa idade ou prazo previamente estipulado. (VENOSA, 2007, p. 345)

¹⁹ No seguro de acidentes o que se visa cobrir são os danos que atinjam a integridade física, psicológica, ou até mesmo moral do segurado, mediante pagamento de indenização em dinheiro. Já no seguro de vida existe uma dualidade conceitual. Na primeira hipótese, trata-se de negócio jurídico por meio do qual o segurado, ao recolher o prêmio, constitui capital a ser pago ao beneficiário em caso de morte; enquanto que na segunda hipótese – seguro de sobrevivência, há possibilidade contratual do levantamento ainda em vida do capital constituído pelo segurado, em situações de limite temporal previamente estipulado ou pela ocorrência de determinado evento.

Para melhor compreensão, leciona Maria Helena Diniz (2014, p. 571):

O seguro de vida pode ser de duas modalidades: a) seguro de vida *stricto sensu*, se se segura a morte do segurado, para que a seguradora pague indenização ao beneficiário por ele indicado, que pode constituir-se por certo lapso temporal (seguro de vida inteira, com prêmio temporário) ou por toda a vida do segurado (seguro de vida inteira) (CC, art. 796, *caput*); b) seguro de sobrevivência, se tiver sido concebido para o caso de o segurado ainda estiver vivo dentro da data preestabelecida, ultrapassando determinada idade ou após a ocorrência de um fato. Caso em que se subordina a uma condição suspensiva: a sobrevivência do segurado a uma data-limite ou depois da ocorrência de um evento, que é o risco assumido pela seguradora. É lícito aos contratantes, durante a vigência do contrato, substituírem, de comum acordo, um plano por outro, feita a indenização de prêmios que a substituição exigir.

E enaltece-se. O valor a ser pago ao beneficiário ou segurado não pode ser conceituado como uma indenização comum, mas sim com características de compensação ou consolo pela lesão ao interesse extrapatrimonial protegido.

É, portanto, de notar que o seguro de vida ou de pessoa busca, em verdade, velar direitos da personalidade, tidos como inestimáveis.

Nesse diapasão, encontra-se:

O homem não deve ser protegido somente em seu patrimônio, mas, principalmente, em sua essência. Uma das principais inovações da Parte Geral do novo Código Civil é, justamente, a existência de um capítulo próprio destinado aos direitos da personalidade. Trata-se de um dos sintomas da modificação axiológica da codificação brasileira, que deixa de ter um perfil essencialmente patrimonial, característico do Código Civil de 1916, concebido para uma sociedade agrária, tradicionalista e conservadora, para se preocupar substancialmente com o indivíduo, em perfeita sintonia com o espírito da Constituição Cidadã de 1988. Somente por tais circunstâncias já se pode vislumbrar a importância da matéria: a previsão legal dos direitos da personalidade dignifica o homem. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 135)

Nessa espécie de seguro – relativo à integridade física ou à saúde -, o capital segurado é estipulado pelo proponente, que, com respaldo do Código Civil, poderá contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou com seguradores diversos. Desta forma, constata-se que não há limite de valor quando o bem tutelado é a vida.²⁰ Importante salientar que

²⁰ Importante salientar que, conforme Maria Helena Diniz (2014, p. 569), o beneficiário não poderá reclamar a quantia avençada à seguradora em caso de falecimento voluntário do

posicionamento diverso se tem para o seguro de dano anteriormente abordado que, conforme preceitua o artigo 778 do mesmo Códex, tem como limite do seguro o interesse no momento da conclusão do contrato.

Denota-se, por fim, que no seguro de vida, qual seja a sua forma, o interesse do segurado tem característica egoísta e altruísta. Explica-se. Ao celebrar um contrato de vida, o segurado busca além do interesse de permanecer vivo, a proteção à sua família e aos entes que lhe são próximos (VENOSA, 2007, p. 347), além de ter a possibilidade de segurar vida de terceiro, desde que justificado o interesse pela preservação da vida que segura (por exemplo, gratidão, amizade, afetividade, etc.), havendo dispensa de explicações o seguro de vida de descendente, ascendente, cônjuge ou companheiro.²¹

Assevera-se, ainda, que ao celebrar um seguro de vida, no momento da celebração é necessário que se saiba, por parte da seguradora, qual é o real estado de saúde daquele que busca proteção, avultando-se assim a boa-fé do declarante. Não exigindo tal exame de saúde, a seguradora assumirá o risco mais amplo, assunto a ser debatido no capítulo que se segue.

Não se pode esquecer da prática abusiva cometida pelas seguradoras, ao recusarem renovação do seguro em decorrência de avançada idade do segurado. O Conselho de Justiça Federal, pelo Enunciado 542 estipulou que “a recusa de renovação das apólices de seguro de vida pelas seguradoras em razão da idade do segurado é discriminatória e atenta contra a função social do contrato”.

segurado, tais como em situações de duelo ou de suicídio, nos dois primeiros anos de vigência contratual. Ademais, tal entendimento foi pacificado na III Jornada de Direito Civil, através do enunciado n. 187, qual seja: “No contrato de seguro de vida, presume-se, de forma relativa, ser premeditado o suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência da cobertura, ressalvado ao beneficiário o ônus de demonstrar a ocorrência do chamado *suicídio involuntário*”. Por suicídio involuntário compreende-se situações em que não houve intenção deliberada na morte, como, por exemplo, prática de esportes com alto risco, salvamento de outrem, intervenção cirúrgica ou suicídio inconsciente em decorrência de insanidade mental. (CC, art. 799)

²¹ O artigo 790, parágrafo único, do Código Civil versa que há presunção *juris tantum* do interesse de se preservar a vida das pessoas aqui elencadas, já que estão intimamente relacionados, motivo pelo qual se dispensa a justificativa de interesse em realizar o seguro. No que tange ao companheiro, o Enunciado 186 da III Jornada de Direito Civil pacificou que “o companheiro deve ser considerado implicitamente incluído no rol das pessoas tratadas no art. 790, parágrafo único, por possuir interesse legítimo no seguro da pessoa do outro companheiro.”

O que se verifica na prática é que as companhias de seguro de vida, em decorrência da avançada idade do segurado, majoram, deliberadamente, o valor do prêmio a ser pago, ou comunicam às vésperas do vencimento o desinteresse em renovação, o que implica, “em muitos casos, o alijamento do segurado idoso, que, para contratar com nova seguradora, poderá encontrar o mesmo óbice. ” (DINIZ, 2014, p. 575). Estar-se-á, portanto, diante de uma prática abusiva, por afrontar ao artigo 4º do Estatuto do Idoso, bem como atentatória à função social do contrato e ao princípio da boa-fé.²²

3.4 SISTEMAS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Como visto anteriormente o contrato de seguro tem previsão legal no ordenamento jurídico pátrio e, por meio dele, busca-se atribuir as “consequências derivadas da ocorrência de um risco, através do qual a parte, o *segurado*, transfere a probabilidade de perda financeira para outra parte, denominada *companhia de seguro*. ” (MARTINS, 2002, p. 11), o que se realiza quando do pagamento de uma quantia pelo segurado à empresa que, a partir de então será a responsável pelo ressarcimento do futuro e incerto dano.

O contrato de seguro-saúde e o contrato de plano de saúde têm seus contornos registrados pela Lei 9.656/1998, conhecida como Lei dos Planos de Saúde.

E a própria Lei supra conceitua em seu artigo 1º, incisos I e II o que vem a ser Plano Privado de Assistência à saúde e operadoras de plano de assistência à saúde, *litterim*:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo

²² Na mesma compreensão do acima exposto aprovou a VI Jornada de Direito Civil, em seu Enunciado 543: “Constitui abuso de direito a modificação acentuada das condições do seguro de vida e de saúde pela seguradora quando da renovação do contrato”. Tal determinação se fundou no fato de que seguros de vida ou de saúde são convencionados por um longo período de tempo, com renovações a cada ano, o que acarretaria em prejuízo aos segurados em caso de conduta abusiva pelas seguradoras. Cumpre destacar que não há proibição de reajuste, mas roga-se que ele seja feito gradativamente (STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl, Ag.1140.960/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 23-8-2011) sem infração à boa-fé e ao disposto no artigo 187 do CC.

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; [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001\)](#)

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

Por operadora de saúde compreende-se a pessoa jurídica que opera no âmbito privado, a administrar, comercializar ou disponibilizar, a partir do registro na Agência Nacional de Saúde Suplementar, o plano de assistência à saúde²³ aos pretensos consumidores.

No que tange ao contrato de seguro, o mesmo tem, como anteriormente exposto, definição legal no ordenamento jurídico brasileiro, tratando-se, portanto, de contrato típico. Por meio dele, ajusta-se atribuir as consequências derivadas da ocorrência de um risco, através do qual a parte, o segurado, transfere a probabilidade de perda financeira para outra parte, denominada companhia de seguro, o que se realiza mediante o pagamento de um valor pelo segurado à empresa responsável pelo ressarcimento do dano.

Como base doutrinária, Fernanda Schaefer (2004, p. 40) assim conceitua:

O contrato de seguro-saúde diferencia-se dos demais contratos de seguro devido aos seus objetos indivisíveis e indisponíveis: vida, saúde e integridade física. Assim, o seguro-saúde é contrato que visa garantir o reembolso (obrigação de dar) de importâncias predeterminadas, caso se realizem riscos ligados à saúde do

²³ Plano de assistência à saúde nada mais é do que a 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, 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

segurado, ou seja, busca a proteção contra riscos acarretados por doenças e outros agravos (...)

Neste ponto em particular, o chamado seguro-saúde não se coaduna com os parâmetros clássicos do contrato de seguro, visto que sua finalidade específica é a de ressarcir os custos derivados de tratamentos médicos realizados pelo segurado, sejam eles decorrentes de situações imprevisíveis ou previsíveis.

Seguindo esse posicionamento, Ricardo Bechara Santos (1999, p. 44) ressalta que:

(...) o seguro-saúde constitui um ramo autônomo dentro da classificação adotada pelo legislador brasileiro, que classifica o seguro em três grandes ramos: a) o seguro de ramos elementares; b) seguro de vida; c) seguro-saúde. O objetivo do seguro-saúde, pois, não é especificamente garantir a saúde do segurado, mas garantir o risco das despesas com a sua saúde, com sua assistência médica, que seriam por ele devidas a médicos, laboratórios e hospitais até os limites máximos estipulados na apólice por escolha do próprio segurado, e observadas as inclusões e exclusões nela previstas.

O que se compreende é que, na verdade, a inserção do seguro-saúde como espécie da categoria contratos de seguro acaba por provocar distorções, acidentais ou “decorrentes de peculiar perspectiva que venha a ser adotada, uma vez que o que nele se entende por risco não é, efetivamente, o mesmo que caracteriza outras espécies de seguro”. (SCAFF, 2010, p. 44)

O seguro-saúde visa, como anteriormente mencionado, o ressarcimento das despesas suportadas como tratamento médico, todas aquelas advindas dos cuidados com a saúde, relativas, pois, ao pagamento de honorários médicos, internação hospitalar, exames clínicos ou laboratoriais, medicações utilizadas durante o tratamento, entre outras.

O que se percebe é que o surgimento e desenvolvimento dessa modalidade de contrato, de natureza privada, deriva, sobretudo, da constatação da existência de um Poder Público incapaz, sem condições de manter um sistema de atendimento à saúde que abranja a universalidade de demandas necessárias de forma eficiente. Diante da problemática, por não dizer derruída, atuação estatal na questão surgem as empresas particulares, buscando complementar ou mesmo tornar-se referencial no segmento.

Ao lado da figura dos seguros-saúde, encontra-se, no ordenamento jurídico pátrio, outra forma de contratação semelhante, que é aquele dos denominados planos de saúde.

Com a celebração dessa modalidade de contratos, o consumidor, de maneira antecipada e contínua paga determinado preço, visando a realização e determinados tratamentos e atendimentos médicos, hospitalares e laboratoriais, que resultam na contraprestação da empresa pelo valor recebido.

Na definição de Fernandes Neto (2002, p. 50), os contratos de planos de saúde

(...) são instrumentos de política econômica adotados para prover o direito à saúde (...) são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de forma societária, que se dedicam a captar e administrar recursos necessários ao custeio de atividades de assistência à saúde do consumidor, prestando-as diretamente ou por terceiros.

A distinção mais marcante entre essa modalidade de contrato e aquela do seguro é, portanto, que em vez do reembolso de serviços a ser prestado por terceiros, a própria empresa de planos de saúde assumirá, por meio dos profissionais e dos recursos disponíveis, a obrigação de prestar os serviços necessários e pretendidos pelo consumidor.

Demócrito Reinaldo Filho (2004) assim afirma:

Em verdade, a figura do *plano de saúde*, quer seja ele individual (ou familiar) quer seja ele empresarial, pode ser distinguida da do *seguro-saúde*. Na primeira espécie, o contrato é feito com qualquer empresa (privada), cooperativa ou associação de médicos, que assume a responsabilidade da prestação de serviços médico-hospitalares, diretamente ou através de uma rede de operadores conveniados. A segunda é um típico contrato de seguro, firmado com uma companhia seguradora, pelo qual, mediante a paga de um prêmio, o segurador se obriga perante o segurado a preveni-lo dos riscos (financeiros) à sua vida e integridade física, pagando-lhe uma indenização ou simplesmente reembolsando os gastos que fizer com a manutenção e recuperação de sua saúde.

Todavia, na prática há proximidade entre as duas modalidades de contratos²⁴, uma vez que é usual as empresas de seguro-saúde indicarem

²⁴ De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes (1999, p. 31), “os planos de saúde, mesmo que se considerem diferentes do contrato de seguro, são muito próximos a eles e funcionam de modo semelhante, uma empresa que ofereça planos de saúde é uma organização que constitui um fundo comum cuja distribuição se faz por meio de contratos individualizados ou por meio de

médicos, hospitais ou laboratórios conveniados a elas de forma permanente, não havendo assim o reembolso dos pagamentos suportados pelos segurados, haja vista a possibilidade de preestabelecimento dos custos e valores cobrados, agindo as seguradoras assim de modo análogo aos que realizam as empresas de plano de saúde.

Em contrapartida, as operadoras de planos de saúde também praticam o reembolso de gastos suportados pelo contratante em decorrência da inexistência do recurso necessário, agindo assim com similaridade às seguradoras de saúde.

Nessa esteira, corrobora Demócrito Reinaldo Filho, anteriormente citado (2004):

A doutrina, todavia, de há muito reclamava um tratamento jurídico unificado para ambas as espécies, com a criação de órgãos reguladores e de fiscalização também unificados. A Lei 9.656, de 03.06.98, que regulamentou os planos e seguros-saúde privados de assistência à saúde, tratou-os como uma única espécie, tanto que no seu art. 10 instituiu o "plano ou seguro-referência de assistência à saúde". Assim, o contrato de "plano" ou seguro-saúde pode ser caracterizado por envolver a transferência (onerosa e contratual) de riscos futuros à saúde do segurado (consumidor) e seus dependentes, mediante a prestação de assistência médico-hospitalar diretamente ou por meio de entidades "conveniadas", ou pelo simples reembolso das despesas.

Conclui-se assim que ambas perseguem o mesmo objetivo: segurança e proteção para prováveis riscos à saúde, mediante o pagamento de um valor mensal.

Os contratos oferecidos pelos planos ou seguradoras de saúde possuem natureza jurídica semelhantes aos contratos de seguro em geral, sendo típicos, mistos, de prestação de serviços, de adesão, de caráter aleatório, sinalagmáticos, onerosos, formais e de execução diferida por prazo indeterminado. Mas o que o difere é o objeto segurado.

O doutrinador por último mencionado, Demócrito Reinaldo Filho (2004), ao definir a natureza jurídica dos contratos de plano ou seguro-saúde, o faz analisando o fato de serem contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, e da seguinte forma define:

grupos constituídos. Logo, o que está em jogo em primeiro lugar é a constituição destes fundos e sua distribuição. Ao contrário de uma empresa comercial comum, a empresa de saúde não oferece à venda mercadorias a um público que tem com ela relações episódicas.

Trata-se de negócio jurídico em que uma das partes assume a obrigação de prestar serviços em favor de pessoa indicada pelo outro contratante (estipulante), mediante remuneração, enquadrando-se perfeitamente nos conceitos legais de *consumidor* e *fornecedor* (arts. 2º. e 3º. do CDC) - que definem a natureza da relação contratual de consumo. O segurado (beneficiário) é consumidor, pois utiliza os serviços na condição de *destinatário final* (art. 2º.), enquanto que a operadora do plano se enquadra na definição de fornecedor, uma vez que presta serviços (art. 3º.) de assistência à saúde (do segurado), sendo esses serviços prestados mediante remuneração (par. 2º. do art. 3º.). A forma da contratação, com a intermediação do estipulante, no intuito de criar o vínculo jurídico que liga a operadora aos segurados (consumidores), não descaracteriza a natureza consumerista do ajuste.

Já Fernanda Schaefer (2004, p. 42), ao abordar a natureza jurídica da assistência privada à saúde, afirma que

(...) se trata de serviço de relevância pública, que incide sobre um direito subjetivo público do cidadão: a saúde e, por isso, deve se submeter à constante e rigorosa fiscalização estatal (...) têm caráter eminentemente social e por objeto planos de saúde e seguros saúde devem abranger a totalidade das ações curativas e preventivas que visem a prevenção, manutenção, reabilitação e recuperação da saúde, nos termos e princípios constitucionais.

Nesta modalidade, não se seguram nem o patrimônio nem a vida, mas a sanidade física e mental da pessoa. Claro que não se cuida de garantir que a pessoa seja saudável. O que se garante é que as despesas com o tratamento de saúde sejam suportadas pela seguradora, conforme versa art. 1º., I da Lei dos Planos de Saúde, anteriormente mencionado, acrescido da segurança advinda do Código de Defesa do Consumidor, visto ser pacífica a noção de contratos como os aqui em análise tem natureza jurídica de consumo.²⁵

3.5 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SEGURO-SAÚDE

3.5.1 A atuação das irmandades no Brasil colônia até o Brasil República

Desde o período colonial os serviços de saúde ofertados pelo Poder Público à população eram precários e voltados prioritariamente ao controle de

²⁵ Conforme a Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. ”

endemias em detrimento do atendimento médico individualizado, o que contribuiu para a constituição das irmandades, atuação inicialmente religiosa com o escopo de auxiliar nesse campo carente de eficácia.

Inicialmente, as freiras e irmãs de caridade que integravam as ordens religiosas prestavam socorro aos pobres e enfermos necessitados. Com a contínua negligência do Poder Público, grupos de pessoas se uniram às religiosas, criando assim as Ordens Terceiras, garantindo tratamento não mais em enfermarias, mas trazendo a possibilidade de atendimento em quartos individuais a cada paciente. Contudo, cumpre destacar que o atendimento anteriormente realizado junto aos pobres e necessitados, a partir da criação das Ordens Terceiras, passou a ser ofertado exclusivamente aos irmãos da Ordem, os quais contribuía com doações e ofertas, que possibilitaram a construção de igrejas e cemitérios. (SILVA, 2010, p. 38-39)

Advindo a proclamação da República, houve uma separação entre governo e Igreja, o que ocasionou a secularização do atendimento até então prestado. Com a ruptura governo e Igreja, as atividades desenvolvidas pelas irmandades diminuíram e, posteriormente a tal fato, determinados grupos profissionais iniciaram as suas próprias organizações médicas, criando hospitais ou utilizando os hospitais das forças armadas brasileiras.

Ocorre que a demanda se fazia cada vez maior e os hospitais federais e os privados não eram mais suficientes para o atendimento à população, o que ensejou o surgimento das clínicas de bairro e dos planos privados de seguro saúde.

3.5.2 Assistência médica privada no início do Século XIX

Por um longo período, a política de assistência à saúde no Brasil esteve ligada à Previdência Social, “coincidindo com as fases do “capitalismo liberal” e do “capitalismo organizado”, em que não havia uma preocupação com os direitos sociais da população (SILVA, 2010, p. 39). Nos anos 1920 a prestação de atendimento médico em campanhas sanitárias continuava a ser a prática, e não ocorria, ainda, o tratamento de saúde individualizado. Porém, tal década foi marcada pelos elevados índices de greves e reivindicações dos

trabalhadores junto aos sindicatos, o que culminou em 1923 na criação da Lei Eloy Chaves, sem prejuízo de outras modificações também alcançadas através das exigências da classe. O Decreto-lei nº 4.682/1923 consolidou a base do sistema previdenciário brasileiro, com a criação da Caixa de Aposentadorias e Pensões para os empregados das empresas ferroviárias, mas marcou também um início da regulação à assistência à saúde, ainda que exclusivamente à essa categoria.

Com a década de 30 e o início do processo de industrialização, aumentou-se o contingente de trabalhadores imersos no mercado brasileiro, sendo assim necessário um atendimento, e atenção maior à saúde. No governo de Getúlio Vargas “pretendeu-se imprimir à medicina previdenciária uma nova moldura, não ficando a assistência médica sob o exclusivo espectro dos mencionados Institutos” (SILVA, 2010, p. 40), passando a ser remunerados os serviços médico-hospitalares, buscando assim melhorias aos trabalhadores urbanos.

Sendo o serviço prestado pelos Institutos de Pensões e Aposentadorias ineficiente, nos anos 1940 e 1950, as empresas e instituições, de segmentos públicos e privados, passaram a oferecer assistência médica e hospitalar para aqueles que trabalhavam no seu âmbito. As empresas automobilísticas instaladas no Brasil no final dos anos 50, bem como a Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil (CASSI), são exemplos de empresas que adotaram esse modelo de prestação de serviços de assistência à saúde de seus funcionários.

3.5.3 Início da estatização do tratamento da saúde à expansão da saúde suplementar

Nos anos 1950 e 1960 verificou-se um amplo crescimento dos gastos estatais com a oferta de serviços públicos de saúde, alegando que por tal fornecimento estavam sendo respeitados os direitos básicos de todos os cidadãos brasileiros.

Em 1964, já no regime militar, os grupos médicos passam a receber poderoso incentivo, sendo incorporados à assistência médica previdenciária.

No decorrer do governo burocrático autoritário, mesmo com a reestruturação da Previdência Social, “adotou-se um modelo médico-assistencial privatista que privilegiava o setor privado e não demonstrava um compromisso efetivo com a saúde pública, visto que o direito à assistência médica se encontrava atrelado, ainda, à contribuição previdenciária.

Nessa vertente, assevera Ribamar Alves (2003, p. 20), relator do parecer da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre os Planos de Saúde:

Em 1964, já no regime militar, os “grupos médicos” passam a receber poderoso incentivo, com sua incorporação à assistência médica previdenciária. Em maio daquele ano é celebrado convênio entre o IAPI e a Volkswagen que desobrigava o instituto de prestar assistência médica aos empregados daquela indústria e, em contrapartida, dispensava o empregador de parte de suas contribuições previdenciárias. Essa prática disseminou-se, mormente entre as grandes empresas do setor industrial, e manteve-se inalterada após a unificação previdenciária, em 1967. Dez anos após a unificação, em 1977, existiam quase cinco mil convênios dessa ordem, abarcando cerca de dez por cento da população previdenciária à época.

Muito embora a Constituição Federal de 1967 assegurasse o direito à saúde apenas aos trabalhadores, em 1968 o Plano de Saúde Nacional (PNS) foi implantado, direcionado a assistência médica de natureza privada, mas, estruturadas pelo duplo financiamento Estado – paciente. A implantação do PNS foi impedida, uma vez que, diante das pressões dos empresários, técnicos e consumidores coube ao Estado aceitar que o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS- assumisse o papel regular do mercado. (SÉGUIN, 2001, p.260)

Diante da inoperância dos serviços públicos prestados à população, nos meados dos anos 60 ocorreu a formalização de vários convênios entre o setor público e as empresas que atuavam no ramo, sendo que, diante disso, surgiu a rede formada pelas pessoas jurídicas que prestavam serviços de assistência à saúde com auxílio do financiamento público. Nesta esteira, as pessoas jurídicas, estimuladas pela injeção de recursos públicos no setor da saúde, passam a oferecer os serviços prestados às empresas e às indústrias, dando início assim ao que se intitula como medicina em grupo.

Ao fim da década de 1960 e início da década de 1970, a Previdência Social, em decorrência da ineficácia do sistema instituído pela ditadura militar,

passou a remunerar os setores privados que prestassem os serviços de assistência médica, o que dá ensejo à privatização do setor.

É de verificar-se:

Ainda na década de 60 e 70, há uma acelerada expansão das empresas médicas, em geral organizadas a partir de proprietários ou acionistas de hospitais já existentes. Como reação da categoria médica ao assalariamento e à perda da autonomia profissional surgem também as UNIMEDs, constituídas como cooperativas de trabalho. Paralelamente, as grandes empresas, notadamente estatais, preservaram seus esquemas próprios, consolidando o que seria mais tarde denominado de modalidade de autogestão. Todas as três modalidades — medicina de grupo, UNIMEDs e autogestão —, como forma de se adequarem às exigências do mercado e à realidade dos prestadores de serviços, tornam-se importantes compradores de serviços por intermédio do credenciamento de médicos, de clínicas, de hospitais e de laboratórios. (ALVES, 2003, p. 20)

O que se denota é que os grupos médicos, contratados pela assistência médica previdenciária durante o regime militar, se beneficiaram ao receberem incentivos, bem como as UNIMEDS – Cooperativas de Trabalho Médico – que se instituíram nessa época com a natureza jurídica de cooperativa de trabalho. Destaca-se, porém, que, mesmo diante da inovação da assistência à saúde, as empresas estatais de grande porte mantiveram suas estruturas próprias de atendimento, dando origem ao que, futuramente, seria intitulado de autogestão e que será explanado *a posteriori*.

No final da década de 1970 e início da de 1980, era nítida a consolidação dos planos de saúde no mercado brasileiro, trazendo à população uma alternativa de assistência à saúde. Confirmando tal consolidação “dados da Associação Brasileira de Medicina de Grupo – ABRAMGE – e da Federação das UNIMEDs à época estimavam em 15 milhões o número de beneficiários desses planos.” (ALVES, 2003, p. 21)

Ademais, importante avanço se deu nos anos 80 em relação à saúde da população, uma vez que no ano de 1988 foi promulgada a Constituição Federal, sendo erigida a saúde à condição de direito social de responsabilidade estatal, conforme preceitua o artigo 6^o²⁶. Pela análise do verbete, compreende-se que resta evidente ao legislador que cabe ao Estado o desenvolvimento de

²⁶ Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

uma política pública de saúde, calcada na universalidade e na igualdade para todos, assegurando o atendimento de todo e qualquer cidadão brasileiro, seja ele contribuinte de Previdência Social ou não. No que tange aos prestadores de serviço de saúde de cunho privado, diante da relevância pública dos serviços, pela interpretação constitucional restou evidente que os mesmos sofreriam fiscalizações e acompanhamentos frequentes.

Ocorre que, mesmo diante da norma constitucional supracitada e da suposta atenção devida à saúde dos brasileiros, nos anos 80 inicia-se uma discussão sobre a crise do segmento no Brasil, notando a população que o que se detinha na nação era um sistema único de saúde precário e operadoras privadas de assistência à saúde que buscavam constantemente o lucro, ainda que para isso houvesse detrimento ao usuário.

Nesse sentido, assevera Joseane Suzart Lopes da Silva (2010, p. 48):

No Brasil, existe uma farta normatização no campo da saúde, mas o quadro alarmante estigmatizado por um precário sistema público e por empresas privadas que avançam contra os usuários dos planos de saúde, para a busca desenfreada de lucros, permanece inalterado. O que falta, neste País, para que os cidadãos possam dispor de um razoável sistema público de saúde? O texto constitucional não consegue modificar o que está enraizado na tradição brasileira, originada por períodos históricos marcados pela presença de uma concentração ferrenha de capitais em um restrito círculo composto pela classe mais abastada. As normas que regem o direito à saúde, nesta terra, carregam, em seu bojo, uma mera falácia que atende ao que a ideologia dominante pretende propagar: a ideia de que as normas constitucionais são suficientes para a reversão de uma realidade perversa, onde quem não contratar um plano de saúde ou seguro, tem que ficar à míngua de sistema público ineficaz.

No final dos anos 1980 e início dos anos 1990, há uma grande expansão do setor de medicina suplementar, com significativo crescimento da comercialização dos planos individuais, incluindo os bancos e seguradoras, e com a forte demanda de novos grupos de trabalhadores pela assistência médica supletiva, que, até então, eram setores prioritariamente do funcionalismo público.

Tal ampliação do setor de medicina suplementar deve-se à confluência de dois fatores fundamentais: “o estado deficitário dos serviços públicos nesta seara e a evolução do uso da tecnologia para o diagnóstico e o tratamento dos problemas de saúde.” (SILVA, 2010, p. 49). Pois ora, as empresas privadas,

que possuem maiores condições estruturais, financeiras e patrimoniais, tinham, e ainda têm, acesso a modernos equipamentos tecnológicos destinados ao diagnóstico e tratamento das mais variadas doenças. Dessa forma, os indivíduos que necessitavam de maior cuidado com a doença ou até mesmo de exames mais acurados buscavam no sistema privado a assistência à saúde, o que ocasionou o “boom” do segmento na década de 1990.

Na tentativa de proteger a população, que buscava cada vez mais a assistência privada à saúde e que contava como maior defesa com o Código de Defesa do Consumidor, no ano de 1998 foi promulgada a Lei 9.656, que dispõe sobre os planos de saúde, em particular no que se refere à defesa do consumidor desse setor.

A lei 9.656/98 trata não só das características gerais dos contratos de assistência à saúde, como também de questões referentes ao seu funcionamento, condições técnicas, normas referentes ao capital, direção fiscal e técnica, recuperação financeira e liquidação extrajudicial para o setor.

A fim de determinar a competência da Lei em questão, a doutrinadora Maria Stella Gregori (2010, p. 148), assim assevera:

A Lei 9.656/98 tem por objetivo regular as operadoras de planos de assistência à saúde e os próprios planos. E compete à ANS regular e fiscalizar a atuação das operadoras em geral, independentemente de sua constituição jurídica.

Esta Lei regula as operações das pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços de assistência à saúde por meio dos planos privados de assistência à saúde, incluindo, na sua abrangência, as cooperativas, as autogestões e as administradoras. Somente estão excluídas de sua competência as pessoas físicas, que estão proibidas de operar nesse mercado, e as jurídicas de direito público. Ela permite, também, a possibilidade da entrada de capital estrangeiro para operar planos de assistência à saúde.

É bem verdade que nos últimos 50 anos o crescimento do setor de saúde suplementar foi marcante. Atualmente, os planos de saúde privados movimentam em média 23 bilhões por ano, o que demonstra ser uma atividade rentável e lucrativa, que tem atraído empreendedores (CARVALHO SOBRINHO, 2001, p. 4), o que justifica a preocupação do legislador em editar uma lei específica, limitando a atuação de tal setor.

Ainda na década de 90, observa-se a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, e, com isso, o setor de assistência supletiva à saúde

passa a figurar como um dos principais alvos de reclamações dos usuários, agora tidos como consumidores, visto que se avolumava a quantidade de ações contra as empresas do setor e o pedido de proteção do lado mais fraco dessa relação. (ALVES, 2003, p. 21)

Vale isso a dizer que o contrato de seguro-saúde, no direito brasileiro, rege-se pelas normas gerais do Código Civil, especialmente as que tratam dos princípios contratuais; pelas normas do supramencionado Código de Proteção do Consumidor, notadamente no tocante à proteção contratual e pelas normas da Lei 9.656/1998, nomeadamente em relação à atividade das empresas prestadoras de seguro.

O fato de essa modalidade contratual ser governada por vários diplomas legais não é de estranhar. Aplica-se aqui a teoria do diálogo das fontes, por força do qual as várias leis “conversam” entre si, interrogando-se quando necessário para buscar a melhor solução para o caso concreto.

3.5.4 Ano 2000: críticas à saúde pública brasileira

Analisando o esboço histórico brasileiro compreende-se que o seguro-saúde nasceu a partir da constatação de que os serviços públicos de saúde, a despeito dos arts. 196 e 197 do Texto Constitucional, que são precários e não atendem, portanto, às demandas da sociedade. Na realidade, o país nunca teve uma tradição histórica de cuidar da saúde do seu povo, sendo essa tarefa, inicialmente, delegada à Previdência Social. Diante desse panorama de inoperância do Poder Público, o mercado privado de saúde ganhou espaço, estruturou-se e passou a agir descompassadamente na atividade, muitas vezes objetivando única e exclusivamente o lucro, não priorizando a necessidade do usuário.

Sustenta tal entendimento Joseane Suzart Lopes da Silva (2010, p. 55):

O desenvolvimento do mercado de saúde suplementar, no Brasil, ocorreu em consonância com a precariedade do sistema público. A presença marcante das operadoras de planos de saúde neste País constitui um reflexo da ineficácia das atividades empreendidas pelo Poder Público no campo em análise. (...) O direito à saúde,

assegurado na Constituição Federal do Brasil de 1988, não tem obtido a efetividade garantida e almejada pelo povo. O texto constitucional assegura a existência de um sistema público de saúde, unificado e acessível a todo e qualquer brasileiro, mas, na prática, as atividades federais, estaduais e/ou municipais em termos de saúde não atendem às metas estabelecidas. Por outra via, os que necessitam de um atendimento rápido e eficaz têm que recorrer ao sistema de saúde suplementar, que estende cada vez mais os seus tentáculos dada a inoperância do setor público.

Motivaram também essa forma de seguro os altos custos de um tratamento não coberto pelo Estado, cediço que os valores da internação hospitalar e dos vários exames estão muito além do poder aquisitivo da população.

Ainda nessa esteira, outra causa para a multiplicação de empresas prestadoras desses serviços e da falácia do sistema ofertado pelo Poder Público deve-se ao fato de que a tecnologia de ponta para os tratamentos, os melhores profissionais e equipamentos encontram-se no sistema privado. Cumpre destacar que, não se afirma aqui que os profissionais atuantes no Sistema Único de Saúde não são capacitados, pelo contrário. Porém, diante da precariedade do ofertado pelo Estado, inclusive no que tange aos salários dos profissionais, a maioria dos operadores de saúde buscam o segmento privado para uma maior remuneração e valorização.

Como remate, é importante frisar que, diante da procura incessante da população, que busca um tratamento de qualidade e não o obtém pelo governo, o direito à saúde vem sendo tratado como uma simples mercadoria pelo segmento privado. Englobado pelo capitalismo, o importante para as operadoras é a obtenção desmedida de lucros estando esquecida a natureza do bem que está em questão. O direito à saúde que está enraizado no direito à vida digna dos indivíduos, ambos assegurados pela Constituição Federal, se constitui, pois, “num bem jurídico de valor inestimável que terminou tornando-se uma mera “coisa”, manipulável de acordo com as regras do jogo capitalista, para atender ao bel prazer dos que dominam o âmbito privado.” (SILVA, 2010, p. 59)

Após a análise do histórico dos planos de saúde no Brasil, o que se vê é que a saúde do cidadão nunca fora tratada como premissa pelo Poder Público, e hoje, muito embora o direito à saúde tenha guarida constitucional, tal amparo não tem efetividade, já que o Estado não disponibiliza um razoável

sistema público para o atendimento da nação, bem como os planos de saúde privados prestam assistência à saúde objetivando desmedidamente o lucro. Desta feita, a saúde da população não é tratada com a importância devida, nem pelos órgãos públicos e tampouco pelos privados.

3.6 A SAÚDE SUPLEMENTAR NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

3.6.1 A saúde suplementar nos países do Mercosul

O Mercado Comum do Sul – Mercosul -, é integrado por Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai, Venezuela e Bolívia (membro pleno em processo de adesão, desde 2012)²⁷ (CAMPOS, 2014, p. 209) países que tiveram colonização ibero-lusitana com conseqüente embasamento romano-germânico para a elaboração dos ordenamentos jurídicos.

Muito embora os países supra participem de um mesmo bloco, não há uma legislação uniforme em defesa e proteção do consumidor, e, tampouco, em regulamentação do setor de saúde privada. Somente o Brasil e a Argentina possuem legislação específica sobre a assistência à saúde suplementar, enquanto Paraguai e Uruguai têm normas genéricas que, na ausência de legislação específica, poderão ser evocadas para proteção e defesa dos usuários dos planos de saúde.

Sobre tal perspectiva e com o fito de comparar o ordenamento jurídico pátrio com o de outras nações, as linhas a seguir se destinam.

Inicia-se o estudo da legislação comparada pelo ordenamento jurídico argentino, que, similarmente ao ordenamento pátrio, possui legislação própria sobre saúde suplementar.

²⁷ Em que pese a Venezuela passar a integrar o Mercosul a partir de 2012, bem como, tendo em vista, que a Bolívia se encontra em processo de integração, ambos estados ainda não desenvolveram estabilidade no plano jurídico e político com os demais países do bloco no que diz respeito à boa-fé nos planos de saúde, razão pela qual no presente trabalho não serão abordadas questões referentes aos ordenamentos jurídicos dos referidos estados. Entretanto, é cediço que a análise dos ditames jurídicos dos demais países membros, cuja integração se deu em momento anterior ao ano de 2012, é suficiente para demonstrar o comparativo da legislação comparada.

Igualmente à realidade de outros países, o surgimento do sistema privado de saúde na Argentina coincidiu com o declínio do Estado do Bem-Estar Social.

Com o declínio do aparato estatal, o sistema público de saúde argentino sofreu impacto negativo, impacto esse também suportado por outras esferas mantidas pelo Estado. No campo da saúde, igualmente ao ocorrido no Brasil, a população argentina assistiu ao declínio desenfreado do setor público e à ascensão dos grupos privados. (SILVA, 2010, p. 62)

No ano de 1994 ocorreu uma reforma constitucional na Argentina, visando ao estabelecimento de normas que protegessem o direito de todos a um organismo equilibrado, o que abarcava também ao terrível panorama em que se encontra a saúde do país. Diante das alterações, o artigo 42 da Constituição Argentina prevê:

Artículo 42o.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relacion de consumo, a la proteccion de su salud, seguridad e intereses economicos; a una informacion adecuada y veraz; a la libertad de eleccion y a condiciones de trato equitativo y digno.

Em que pese as alterações advindas pela Constituição Federal, protegendo a saúde da população e dando-os liberdade de escolha e condições de trato equitativo e digno, na Argentina, da mesma forma que no Brasil, o sistema de saúde público é precário, o que ocasiona a dominação de mercado pelo sistema privado, composto por profissionais da área médica e operadores de assistência suplementar que atuam exclusivamente no segmento particular.

Graciela Lovece (2000, *apud* SILVA, 2010, 63-64) assevera que:

A prestação do serviço de saúde na Argentina hoje se encontra segmentada em vários extratos; existindo um setor com alta capacidade econômica que se financia a prestação privada; um segundo setor que se encontra coberto pelo sistema médico pré-pago ou pelo sistema de obras sociais; um terceiro segmento que se atende no hospital público com menor qualidade de atenção.

Ainda, nessa vertente sustenta Ghersi (1999, *apud* SILVA, 2010, 65):

O contrato de prestação médica pré-paga, chamado por alguns setores da doutrina e da jurisprudência contrato de seguro de saúde, é aquele por meio do qual uma pessoa (ou uma empresa) promete a outra, chamado associado ou beneficiário, uma determinada assistência médica, e recebe, como contraprestação, o pagamento geralmente periódico de uma soma em dinheiro.

Denota-se, assim, que o sistema de saúde argentino apresenta as mesmas características do brasileiro, visto que o fornecedor de assistência à saúde compromete-se, através de um contrato celebrado com o consumidor, a prestar determinada assistência médica esperada, mediante o pagamento de uma parcela previamente estipulada.

Enquanto Brasil e Argentina já possuíam leis específicas sobre as relações jurídico-consumeristas, o também membro do Mercosul, Uruguai, regia as relações consumidores-fornecedores por normas civis e comerciais, sem que houvesse um arcabouço normativo que tratasse sobre o tema.

No ano de 1991 formou-se uma comissão para elaborar o projeto de lei de defesa do consumidor²⁸, lei essa que só foi consolidada em 1999 (Lei nº 17.189/99), com vigência iniciada no ano 2000. Analisando o histórico dos países mencionados, e a relação existente pelo Bloco ao qual participam, constata-se que o Uruguai sofreu influências pela conjuntura jurídica já avançada da Argentina e do Brasil, visto que já existiam em tais nações um sistema de defesa do consumidor estruturado, consolidado e que abarcavam as relações envolvendo a saúde dos seus cidadãos.

Em 1997, a Constituição do Uruguai, em seus artigos 24, 44 e 52, assegurou o direito à saúde, dando a ele caráter de direito fundamental, devendo ser fomentado pelo Estado e pela sociedade. Contudo, muito embora

²⁸ A autora Joseane Suzart Lopes da Silva (2010, p. 66) traz em sua obra alguns artigos do projeto de lei ora mencionado que comprovam a influência das legislações brasileiras e argentinas sobre a concepção jurídico uruguaia. O artigo 15 do projeto estabelece que “atiende a la finalidad económica del contrato y al equilibrio comutativo de las prestaciones, presumiendo la liberación del consumidor si es dudosa la existencia de una obligación a su cargo”.

Outra norma com correlação às nossas é apresentada no artigo 16, que dispunha que seriam consideradas nulas de pleno direito as cláusulas abusivas, em especial “las que perjudiquen em forma notoriamente desproporcionada al consumidor o comporten en el contrato una posición de claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes em perjuicio de los consumidores”.

E no que tange à boa-fé o projeto também previa, em seu artigo 17, que “el caso de que el oferente viole el deber de actuar de buena fe em la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración, o transgreda el deber de información, o bien haya utilizado publicidade enganosa, el consumidor tendrá derecho a demandar, según sus intereses, la nulidade total del contrato o la de una o más cláusulas”.

tenha o legislador uruguaio previsto constitucionalmente que a saúde é um direito essencial à sobrevivência de seus cidadãos, não possui lei que trate de forma específica sobre a saúde suplementar.

Com a vigência do Código de Defesa do Consumidor no ano 2000, pela implementação da lei anteriormente mencionada, a saúde passou a ser defendida pela lei infraconstitucional, mas sem qualquer aprofundamento.

Neste diapasão, não sendo as leis consumeristas do Uruguai tão desenvolvidas como nos demais países integrantes do Mercosul, tampouco a norma constitucional aprofundando o tema em questão, a proteção aos usuários de planos de saúde uruguaio é sobremaneira dificultada, em decorrência de lei específica e pela fragilidade das normas existentes.

Assim como ocorre no Uruguai, no Paraguai, outro membro do Mercosul, o direito à saúde tem respaldo constitucional, mas se faz ausente lei específica sobre o caso. Como assevera Joseane Silva (2010, p. 68), “há um descompasso com o ordenamento jurídico brasileiro, pois este já se apresenta mais evoluído no que concerne à saúde suplementar”.

A Constituição Federal do Paraguai, de 1992, assegura alguns direitos dos consumidores, porém, apenas em 1998 entrou em vigor a Lei 1.334, denominada de Lei de Defesa Del Consumidor y Del Usuário, não abarcando, entretanto, nenhuma situação acerca da prestação de assistência privada à saúde.

Nessa esteira, para que o Paraguai tenha um mercado de saúde suplementar privado melhor regulamentado e fiscalizado, será primordial uma renovação do ordenamento jurídico local, “sendo previstas regras claras que disponham sobre as relações formalizadas entre operadoras que lidem com a medicina “pré-paga” e os usuários destes serviços.” (SILVA, 2010, p. 70).

Enquanto tal proteção efetiva não vem, restará aos consumidores paraguaio de saúde privada lutar com a fraca legislação do local, visando à diminuição das cláusulas abusivas a eles imposta, das demandas que já existem por prestação de serviço inadequada ou em decorrência do aumento de preços de forma abusiva.

3.6.2 A saúde suplementar nos Estado Unidos da América

Muito embora os Estados Unidos da América tenham uma das economias mais desenvolvidas do mundo, bem como um Poder Público que atende as necessidades da população, no que tange à gestão pública de saúde o Estado deixa a desejar. Pelo Censo de Cobertura do Seguro Saúde, realizado no ano de 1995, constatou-se que mais de 75% da população dispunha de cobertura privada de seguro saúde. (ANDRADE; LISBOA, 2000, p. 47).

Diferentemente do que ocorre em países do Mercosul, a assistência à saúde nos EUA é eminentemente privada, e diferente inclusive nesse segmento. Na América do Norte vigora o sistema tradicional *free-for-service* (SILVA, 2010, p. 71), pelo qual os consumidores selecionam os estabelecimentos médicos que desejam para o seu tratamento e, após a realização do que for necessário, solicitam o reembolso. Dessa forma, de início, o que se denota é que vige em tal nação a opção dos seguros de saúde e não dos planos de saúde, como ocorre no Brasil.

No ano de 1973, os Estados Unidos editam o *Health Maintenance Organization Act*, visando gerenciar os contratos de seguro-saúde com o fulcro de reduzir as despesas médicas e hospitalares suportadas pela população. A partir de tal ato estruturou-se o sistema *Managed Care*, também denominado de “Concorrência Gerenciada”, que visava “solucionar os problemas de risco moral inerente ao provimento de serviços de saúde que acabava por determinar elevados gastos” (ANDRADE; LISBOA, 2000, p. 47), bem como a intensificação da concorrência, trazendo maior flexibilidade aos contratos e opções mais atraentes para os serviços ofertados.

Na atualidade, no sistema de saúde norte-americano os consumidores arcam mensalmente com o pagamento de um prêmio, calculado sob a perspectiva de gastos com as atividades a serem realizadas, e sendo ponderados alguns aspectos como idade, condições de saúde, costume quanto ao uso dos serviços de saúde, região de abrangência do seguro, entre outras questões. Conforme os ensinamentos de Joseane Suzart Lopes da Silva (2010, p. 71), usualmente as empresas americanas utilizam o sistema *experience rating*, pelo qual os consumidores efetuam pagamentos fixados de acordo com

os aspectos acima citados, e aqueles que apresentam riscos maiores do que os supracitados deverão arcar com valores ainda maiores do que os usualmente suportados.

Por fim, constata-se que os EUA interveem exiguamente na área da saúde, estabelecendo normas institucionais que garantem o funcionamento dos serviços e fiscalizando o equilíbrio financeiro das operadoras. Não há uma efetiva prestação de serviços de saúde pública, tampouco para a população das camadas mais precárias que, quando necessitam de atendimento médico ou hospital, utilizam do sistema privado através de financiamento garantido pelo Estado.

O fruto dessas considerações é de que o Brasil, embora todas as falhas detectadas na Lei 9.656/98, bem como na bancarrota atuação Estatal ao prestar serviço de saúde público aos cidadãos, ainda pode ser classificado como o mais vanguardista, visto ter um diploma legal específico sobre a assistência de saúde suplementar no país. É de se questionar que, se no Brasil – país que possui um Código de Defesa do Consumidor atuante, bem como legislação específica acerca do tema – os consumidores sofrem com os abusos e imposições irregulares das operadoras de seguro e assistência à saúde, o que se esperar dos países abordados, nos quais os consumidores não contam sequer com um conjunto normativo mais abalizado.

4 DESDOBRAMENTOS DA BOA-FÉ OBJETIVA NO SEGURO-SAÚDE

4.1 A BOA-FÉ NOS PLANOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO SEGURO

O princípio da boa-fé objetiva está na essência dos contratos de seguro, inclusive nos de seguro-saúde. Com efeito, a doutrina clássica pontifica que

(...) a boa-fé é elemento essencial desse tipo de contrato, em razão de a fixação do prêmio depender de informações prestadas pelo segurado, e em razão de sua aleatoriedade, tendo em vista sempre haver a possibilidade de agravamento da álea do contrato durante a sua execução, por fato que possa ser imputado ao segurado (PEREIRA, 2014, p. 422).

Idêntico raciocínio segue a doutrinária contemporânea, para quem a ideia da boa-fé, se deve estar presente em qualquer contrato, com mais razão deve se encontrar no de seguro. Referindo-se ao enunciado do art. 765 do Código, diz Tartuce (2008, p. 557):

É interessante verificar que o dispositivo prevê expressamente o dever anexo de informar, o que não afasta a aplicação dos demais deveres anexos (...). A quebra dos deveres anexos no contrato de seguro gera a violação positiva do contrato e a responsabilização independentemente de culpa daquele que o descumpriu.

Explica-se. No contrato de seguro, as informações prestadas pelas partes são determinantes na aceitação da proposta. Essas informações são o elemento em que se fiam os contratantes para celebrar a avença. Assim, se o aderente informa gozar de boa saúde, o proponente deposita confiança em que ele não sofre de nenhuma doença. De seu turno, se o proponente declara que indenizará no caso de roubo, incute no aderente a ideia de que o furto também está coberto.

O Código Civil é expresso, no art. 765, ao enunciar que ambas as partes “são obrigadas a guardar na conclusão a na execução do contrato a mais estrita boa-fé (...)”. No mesmo senso, prescreve o parágrafo único do art. 766 que, havendo má-fé do segurado, a indenização não será paga. E, mais ainda, conforme se colhe do art. 769, o segurado deverá comunicar

imediatamente ao segurador qualquer incidente que venha a agravar substancialmente o risco coberto, sob pena de perder a garantia.

As hipóteses previstas naqueles dispositivos apontam para a boa-fé conduta, ou boa-fé objetiva. Como se sabe, ela impõe aos contratantes determinando comportamento antes, durante e após a execução do negócio. No caso dos seguros-saúde, o mais importante standard de conduta, irradiado da boa-fé objetiva, é o dever de informação ou esclarecimento, seja do proponente seja do aderente.

O dever de informação consubstancia-se na obrigação de o contratante declarar a existência de fatos, circunstâncias ou particularidades que, conhecidos da outra parte, podem determinar a não formalização do negócio, motivo pelo qual aprofundar-se-á no assunto nos próximos subcapítulos.

A manifestação ou declaração de vontade até aqui debatida exerce papel importante nos negócios jurídicos, sendo, inclusive, tida como elemento basilar. Aliás, a vontade é que diferencia o negócio jurídico, enquadrado dentro dos fatos humanos, dos fatos naturais. A vontade, quando não manifestada ou declarada, não tem qualquer influência no mundo jurídico. No entanto, não basta a simples manifestação ou declaração de vontade, para se considerar válido o negócio jurídico, é necessária que essa manifestação seja livre e não esteja impregnada de vícios ou defeitos jurídicos.

Diante da importância da manifestação de vontade para o negócio jurídico, bem como as possibilidades de ausência de boa-fé como anteriormente narrado, analisar-se-á o contrato de seguro como um negócio jurídico sob a perspectiva tríplice da escada pontiana.

Quando se diz em análise do negócio jurídico sob o enfoque da escada pontiana deve-se observar os planos de existência, validade e eficácia do negócio celebrado. Parte da doutrina²⁹ afirma que o respeito à boa-fé se encontra na esfera da validade, mais especificamente na manifestação da vontade, a qual deve ser livre e de boa-fé, sob pena de invalidade do negócio jurídico e responsabilização do agente, conforme versa o artigo 187 do Código Civil.

²⁹ Posicionamento adotado por Pontes de Miranda, Bernardes de Mello, Emílio Betti, Antonio Junqueira de Azevedo e Custódio Miranda.

Muito embora haja concordância com a doutrina majoritária, as próximas linhas se dedicarão a demonstrar o porquê de a quebra da boa-fé objetiva infringir, em alguns aspectos, os outros dois planos da escada pontiana, quais sejam existência e eficácia. Salienta-se, no entanto, desde esse momento, não se ter a intenção de ir contrariamente ao posicionamento majoritário, ou, tampouco, elucidar todas as questões acerca do tema. Trata-se de problemática a qual requererá maior pesquisa e aprofundamento futuro, além de não ser o enfoque principal do presente estudo.

4.1.1 Plano de existência

A priori, convém ressaltar que se tem como fato jurídico “os acontecimentos em virtude dos quais relações de direito nascem e se extinguem” (AZEVEDO, 2002, p. 23). Uma vez nascido e sob os ditames dos ordenamentos jurídicos, os negócios devem ser analisados sob os planos da escada pontiana anteriormente mencionados. Na definição precisa de Pontes de Miranda (2000, p. 222), o fato jurídico nada mais é do que fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu regra jurídica.

Inicialmente, deve-se verificar se o negócio celebrado reúne os elementos necessários para existir, analisado assim sob o prisma do plano da existência; em sequência sopesa-se a veracidade e validade da declaração manifestada, o que caracteriza o plano de validade. E, por fim, sendo o negócio jurídico existente e válido ver-se-á se o mesmo será capaz de produzir efeitos, arrematando a análise sob o prisma pontiano com o plano de eficácia.

Nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 24), “plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização”, e no que tange aos negócios jurídicos celebrados como contrato de seguro não poderia ser diferente.

Desta feita, o estudo de todo o negócio jurídico fica sujeito a uma escalada lógica progressista, sendo que em cada estágio há vários elementos ou requisitos a serem satisfeitos. Nesse sentido, com base nos ensinamentos de Pontes de Miranda (2000) e dos demais doutrinadores que de sua ideia

coadunaram, buscou-se analisar de forma mais clara a escada pontiana, analisando as bases de cada plano, as quais variam conforme as suas particularidades. A falta ou o defeito de uma destas bases causa o desequilíbrio do plano, prejudicando todos os demais que dele derivariam.

O primeiro plano, pressuposto de todos os demais, é o da existência. Este plano está baseado em elementos que compõe o ato e, de forma absolutamente lógica, a falta de um dos elementos acarreta a inexistência do fato. O plano de existência refere-se à suficiência do suporte fático, isto é, trata da necessidade de estarem presentes os elementos nucleares, estruturais do negócio jurídico, sem os quais ele não pode existir.

No primeiro degrau da escada pontiana “não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs.” (CATALAN, 2002, p. 454)

Nesse sentido, Flávio Tartuce (2014, p. 343), ao abordar o estudo sobre a escada pontiana assevera que:

No plano de existência estão os pressupostos para um negócio jurídico, ou seja, os seus elementos mínimos, enquadrados por alguns autores dentro dos elementos essenciais do negócio jurídico. Constituem, portanto, o suporte fático do negócio jurídico (pressupostos de existência).

Nesse plano surgem apenas substantivos, sem qualquer qualificação, ou seja, substantivos sem adjetivos. Esses substantivos são: partes (ou agentes), vontade, objeto e forma. Não havendo algum desses elementos, o negócio jurídico é inexistente, defendem aqueles autores que seguem à risca a teoria de Pontes de Miranda.

Como bem ponderou Tartuce, são considerados pressupostos de existência a vontade; o agente; o objeto e a forma. Por vontade compreende-se o desejo manifestado pelo agente, o qual considera-se todo o sujeito de direito, via de regra uma pessoa física ou jurídica, podendo excepcionalmente ser um órgão. Já no elemento objeto tem-se como o bem da vida sobre o qual recairá o negócio jurídico e, por fim, quanto à forma, o meio necessário para que a vontade seja manifestada.

Mister se faz um aprofundamento sobre tais elementos.

A declaração de vontade, tida como o elemento de maior importância dentro do plano de existência, é a exteriorização do pensamento do autor,

declarando uma vontade que até então só existia dentro do seu íntimo e que uma vez comunicada a terceiros, vinculará o autor, o qual não poderá retratar-se sem consequências jurídicas. (MIRANDA, 2009, p. 48). Ademais, através da declaração de vontade, o declarante busca, especificamente, a produção de efeitos jurídicos, sendo assim “elemento essencial, intrínseco ou estrutural do negócio jurídico, constituindo mesmo o seu suporte básico ou fundamental” (MIRANDA, 2009, p.51).

Uma vez declarada a vontade, supõe-se a existência de um sujeito, intimamente a ela ligado; o qual, em regra, expressa seu desejo a um destinatário.³⁰

O objeto do negócio é, segundo Emílio Betti (2008, p. 336), “toda matéria sobre a qual incide a regulamentação das partes, os interesses que, segundo a ordem social, possam ser regulados diretamente, por ação dos próprios interessados, nas suas relações recíprocas”. Segue ainda o doutrinador ao afirmar ser o objeto “a aptidão dos interesses sobre que recai o negócio, para receberem o arranjo ou regulamentação prática que o negócio tem em vista”.

Cumprido destacar, pelo que se exporá nas linhas a seguir, que se o objeto (mediato) é toda matéria de interesse privado regulamentada, tudo quanto não estiver, expressamente ou implicitamente, previsto poderá, ainda assim, integrar o objeto (imediato) do negócio jurídico, na medida em que este poderá ser complementado.

Por fim a forma, que nada mais é que o modo pelo qual o conteúdo negocial se exprime, tornando-se assim conhecido (MIRANDA, 2009, p. 55), podendo ser a de “uma declaração ou a de um comportamento puro e simples, sem valor de declaração” (BETTI, 2008, p. 190)

Antonio Junqueira de Azevedo, acerca dos elementos, assim os classifica:

A forma, que a declaração toma, isto é, o tipo de manifestação que veste a declaração (escrita, oral, mímica, através do silêncio, etc.), o *objeto*, isto é, seu conteúdo (as diversas cláusulas de um contrato, as

³⁰ Há possibilidade de declaração de vontade unilateral, não sendo assim destinadas a determinado sujeito, tais como a promessa de recompensa dirigida a público indeterminado. Nesta hipótese, por óbvio, o sujeito da declaração da vontade será apenas o emitente da declaração.

disposições testamentárias, o fim que se manifesta na própria declaração, etc) e, finalmente, as *circunstanciais negociais*, ou seja, o que fica da declaração de vontade, despida da forma e do objeto, isto é, aquele *quid* irreduzível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista como destinada à produção de efeitos jurídicos.

Nesse primeiro plano, ocorre a entrada do fato no mundo jurídico, sendo realizado nesse momento o estudo para se aferir se o fato possui ou não relevância para o Direito.

Paula Sarno Braga (2007, p. 2), ao abordar o plano de existência afirma que devem, para tal plano, ser observado três diferentes momentos, sendo eles:

i) o momento abstrato, que se dá pela descrição da hipótese fática pela norma jurídica (definição hipotética do fato jurídico pela norma); **ii) o momento de concreção**, que se configura pela incidência da hipótese normativa sobre fato ou complexo de fatos da vida; **iii) momentos estes que resultam no momento de nascimento** do fato jurídico, no qual se verifica que, juridicizado o fato (ou complexo de fatos) pela prescrição normativa, passa ele a existir no mundo jurídico — ingressa no plano de existência do mundo do direito.

Nessa ordem de ideias, o fato adquire existência jurídica quando possuir todos os elementos de existência. Portanto, os possuindo, o fato passará a ter relevância para o Direito. Frisa-se que ter relevância jurídica é ter existência jurídica.

Por qual razão há que se falar na observância da boa-fé objetiva nesse plano da escada pontiana, ver-se-á. Muito embora no plano da existência não se avalie a invalidade ou eficácia desse fato jurídico, apenas se cogite a presença dos fatores existenciais mínimos, a presença da boa-fé se dará no que tange ao elemento objeto, complementando-o (SALVATORI, 2014, p. 131), senão vejamos.

O objeto é apto a sofrer marcantes influências do princípio da boa-fé objetiva, visto existirem deveres que estão, desde logo, incluídos implicitamente no objeto do contrato em razão da atuação do princípio em questão, sendo eles os deveres de informação, cooperação e lealdade.

Clóvis Couto e Silva (2007, p. 94) elucida que o dever de informação se aplica no sentido de tornar claro eventual circunstância que possa surgir no decorrer do contrato, visando a elucidar pontos obscuros ou desconhecidos da

alguma das partes sobre o objeto do contrato celebrado. Analisando a questão dos contratos de seguro, a incidência do princípio da boa-fé objetiva no objeto do contrato já está positivada, haja visto o que preceitua o artigo 769 do Código Civil ao determinar que é dever do segurado informar à seguradora a majoração do risco. Ora, denota-se aqui a incidência do dever colateral de informação no plano de existência do negócio jurídico, uma vez que atinge o objeto contrato.

Corroborando com o pensamento acima apresentado, preceitua Salvatori (2014, p. 134):

Os deveres laterais, a nosso ver, são aventados de forma geral desde o primeiro momento, ou seja, já no plano da existência, fazendo parte do próprio objeto do negócio. Tal conclusão decorre do fato de que a boa-fé tem o condão de atuar geneticamente no plano “inicial”, para que, após, o produto seja colhido no “terceiro plano”. A lógica é a mesma das obrigações principais. A declaração de vontade fornece o tom no plano da existência, criando a obrigação em si no plano da eficácia.

A mesma toada se aplica ao dever de cooperação, que por força do princípio da boa-fé objetiva faz crer no dever de auxílio recíproco entre as partes. Pablo Malheiros da Cunha Frota (2011, p. 187) assevera que “o traço característico dos deveres de cooperação se perfaz na tarefa de sempre facilitar o adimplemento do contrato, contornando barreiras superáveis” as quais poderiam trazer prejuízo ao bom andamento do contrato se fossem ignoradas ou negligenciadas.

No intuito de exemplificar o acima apontado, Salvatori (2014, p. 135) traz o exemplo de uma transação internacional, na qual a entrega do bem está sujeita à licença de exportação da mercadoria, sendo, pois, um dever do vendedor empreender esforços para obtê-la junto ao órgão público competente, muito embora tal determinação não esteja expressa em contrato. Como não dizer, assim, que há incidência da boa-fé objetiva no que tange ao objeto do contrato, alcançando assim o plano da existência?

Em última análise sobre o objeto e a incidência da boa-fé objetiva, tem-se o dever colateral de lealdade, totalmente interligada com a confiança, a qual é pressuposto basilar do princípio em referência (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 71). Menezes Cordeiro (1984, p. 607) exemplifica o dever de

lealdade como os deveres de não concorrência; não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro e sigilo no que tange a elementos obtidos ao executar o contrato e que possam vir a prejudicar a outra parte, sem prejuízo de outros exemplos pelo doutrinador também apresentados. Apegar-se-á no último exemplo apresentado, o sigilo quanto às informações obtidas durante a execução do contrato.

Diga-se que um contrato tenha como objeto o conserto de um computador. Ao iniciar o seu trabalho, o técnico tem acesso a todos os arquivos salvos no eletrônico, arquivos de cunho profissional e íntimo. É dever do prestador de serviço, por força da boa-fé objetiva e do dever de lealdade, não utilizar da sua condição para ter acesso a informações pessoais da outra parte ou, quiçá, reter informações sigilosas ali contidas. Seria notório o descumprimento do dever de lealdade, obrigação essa que não precisa estar expressamente prevista em contrato para ser cumprida. Mais uma vez denota-se a incidência da boa-fé objetiva no objeto contrato, sendo assim, no plano de existência.

A mesma lealdade se espera de uma operadora de planos ou de seguro saúde sobre as mazelas suportadas por seus clientes, não sendo correto e escorreito a divulgação a terceiros.

Sobre este plano da existência assentam-se os requisitos do negócio, os quais são a base do segundo plano: o da validade. Portanto, o plano da validade reporta-se à eficiência do suporte fático, vale dizer, o suporte fático, caracterizado como o plano da existência, apresenta-se não deficiente, pois não há como se falar em validade ou invalidade daquilo que é inexistente. A seguir, é o que se demonstrará.

4.1.2 Plano de validade

O plano de validade é composto por requisitos, os quais são na verdade qualificações dos quatro elementos supramencionados no plano de existência. O artigo 104 do Código Civil é o dispositivo que indica quais são os qualificadores dos elementos do negócio jurídico, que devem estar presentes para que se possa reputá-los como válidos. Nos ensinamentos de Tartuce

(2014, p. 343) é no feixe da validade que os elementos de existência “ganham qualificações, ou seja, os substantivos recebem adjetivos. ”

Desta feita, invariavelmente o plano da validade tem como referencial os parâmetros normativos, os quais determinam que a vontade deve ser livre e de boa-fé; o agente deve ser capaz e legitimado; o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável e a forma deve ser prescrita ou não defesa em lei.

Marcos Bernardes de Mello (2008, p. 3) estabelece que o “*Plano de validade*, portanto, se refere à parte do mundo jurídico em que se apura a existência ou inexistência de déficit nos elementos nucleares do suporte fático dos atos jurídicos que influem na sua perfeição. ”

Ainda nessa conceituação preleciona Custodio Miranda (2009, p. 59):

Para que o negócio seja válido, deve preencher certos requisitos – os requisitos de validade. (...). Falamos em requisitos na medida em que estes são (...) as qualidades que os elementos devem ter, de ser conformes como as exigências do ordenamento jurídico, para que o negócio jurídico possa produzir todos os efeitos a que se destina.

Cumpra aqui analisar a questão de incidência da boa-fé. No plano de existência, é fato sabido que, dentre outros elementos necessários, deve haver vontade, sem, contudo, a designação de como tal vontade deva ser manifestada. Cabe tal determinação ao plano agora em questão, qual seja, o da validade.

Seguindo a mesma proposta utilizada no plano de existência, analisar-se-á cada requisito do plano de validade, isoladamente.

Todo negócio tem um sujeito, também denominado “parte”, o qual, pela força do requisito de validade e do previsto em lei, deve ser plenamente capaz. Ser plenamente capaz é a regra e a incapacidade a exceção, visto que apenas se o agente sofrer incidência de alguma das condições previstas em lei será tido como incapaz.³¹ Nessa esteira, o negócio realizado por sujeito incapaz

³¹ Conforme previsão legal, nos primeiros artigos do Código Civil, são absolutamente incapazes: os menores de dezesseis anos; os que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática de atos jurídicos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Já os relativamente incapazes são os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os pródigos e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. (Redação conforme a Lei 13.146 de 2015)

será inválido, caracterizado como nulo se o sujeito for absolutamente incapaz ou anulável se a incapacidade for relativa.

Cumpre, porém, destacar que qualquer dessas incapacidades poderá ser suprida, no caso de representação do absolutamente incapaz ou mediante assistência ou autorização do incapaz relativo. (MELLO, 2008, p. 27).

Ao discorrer sobre a capacidade do agente no plano de validade do negócio jurídico Bdine Júnior (2007, p. 15) afirma:

Para que o negócio jurídico seja válido, a vontade deve se formar conscientemente no íntimo do agente e se exteriorizar, de modo a chegar ao conhecimento do destinatário. Para tanto, o agente deve ter discernimento, isto é, condições de saúde e de maturidade para compreender a realidade em que se inserirá sua vontade.

Salienta-se quanto à capacidade o fato de que ela não se confunde com legitimação. Para que se tenha legitimação, os sujeitos devem ter o poder de agir, devem ser o titular do direito.

Verifica-se:

A capacidade de agir não se confunde com a legitimação, apesar de se tratar, em ambas as espécies, de aptidão subjetiva para a prática de atos jurídicos. É que, enquanto a capacidade constitui um estado pessoal relacionado ao poder de, pessoalmente, exercer os direitos e praticar os atos da vida civil, a legitimação consiste em uma posição do sujeito relativamente ao objeto do direito, que se traduz, em geral, na titularidade do direito, posição esta que tem como conteúdo o poder de disposição, bem assim o poder de aquisição. (MELLO, 2008, p. 33)

Estando, assim, definida a questão da legitimação e da capacidade do agente, passa-se ao próximo requisito do plano de validade, a manifestação de vontade livre e de boa-fé.

A manifestação da vontade, conforme Bernardes de Mello (2008, p. 38), há de ser autêntica, isto é, se aquele a quem se atribuiu à vontade é efetivamente o figurante do ato jurídico, e íntegra, o que trará perfeição à vontade manifestada. A manifestação ou declaração de vontade exerce papel importante no negócio jurídico, considerado por boa parte da doutrina como seu elemento basilar. A vontade é o que diferencia o negócio jurídico, uma vez que a vontade não manifestada não possui qualquer influência no mundo

jurídico. É, todavia, necessário que tal declaração se faça de forma livre, não maculada por vícios ou defeitos jurídicos.

O Código Civil estabeleceu defeitos do negócio jurídico, os quais atacam a liberdade de manifestação ou a boa-fé, levando o ordenamento a reagir, cominando pena de nulidade ou anulabilidade para os negócios jurídicos portadores destes defeitos. Por tais defeitos tem-se os chamados vícios de vontade (erro substancial, dolo, coação, estado de perigo e lesão), simulação, fraude contra credores e ausência de anuência de alguém quando necessária. Existindo qualquer um desses defeitos o negócio jurídico será invalidado, passível de anulabilidade ou nulidade, conforme o caso.

A todas as situações acima descritas deve-se acrescentar a boa-fé, pressuposto cuja ausência nulifica o contrato celebrado. A presença da má-fé na realização de um negócio jurídico implica na deformação da vontade manifestada, o que torna a declaração defeituosa (MELLO, 2008, p. 22). É preciso que as partes se comprometam segundo um padrão ético objetivo de confiança recíproca, atuando segundo o que se espera de cada um, em respeito aos deveres implícitos a todo negócio jurídico, tais como a confiabilidade, confidencialidade, respeito, lealdade, etc. Nas palavras de Catalan (2002, p. 456), “a vontade deverá ser qualificada como o adjetivo consciente, livre, desimpedida.”

Coadunando com o entendimento acima exposto, ensina Bernardes de Mello (2008, p. 23):

(...) sustentamos que a boa-fé devia ser considerada pressuposto de validade dos atos jurídicos, ao argumento de que a presença da má-fé na realização dos negócios jurídicos implica, em última análise, uma deformação da vontade, comparável ao dolo, o que torna defeituosa a sua manifestação. O figurante contratual que age contrariamente à boa-fé engana o outro figurante de modo que o induz a efetivar negócio jurídico que não efetuará se conhecesse a verdade. É evidente que sua repercussão se vincula diretamente à moralidade, podendo até pensar-se em imoralidade do objeto. Entretanto, é preciso destacar que intrinsecamente se trata de defeito que afeta a integridade da vontade negocial, motivo pelo qual a incluíamos dentre os pressupostos relativos ao sujeito.

Aplicando a boa-fé objetiva aqui apresentada no caso dos seguros, deve-se imaginar a situação hipotética. Seguindo o dizer de Bernardes de Mello acima colacionado “o figurante que age contrariamente à boa-fé engana

o outro figurante de modo que o induz a efetivar negócio jurídico que não efetuará se conhecesse a verdade” (2008, p. 23). Pois bem. Imagine-se o paciente em estágio avançado de doença cancerígena que busca um plano de saúde que lhe dê cobertura total de exames, internamentos e medicações. No momento da contratação, a operadora garante que todas as questões acima são asseveradas e previstas, mesmo sabendo que não o são. Após o contrato e utilização do serviço o paciente vê-se descoberto em inúmeras necessidades anteriormente afiançadas. Teria o agora paciente contratado o plano em questão se a manifestação da operadora tivesse sido leal, correta e baseada na boa-fé? Vê-se, pois, que na situação em tela utilizou-se de conduta repleta de má-fé, por não dizer dolosa, para efetivação de contrato viciado, motivo qual invalida o que fora celebrado.

Por fim, como a necessidade de respeito à boa-fé é requisito legal, misterio não há sobre sua incidência no plano da validade, ademais por invocação do artigo 422 do Código Civil, segundo o qual os contratantes devem guardar a boa-fé em todas as fases contratuais, o que permite entender que a quebra de tal princípio poderá invalidar o negócio jurídico, por afetar a vontade e violar a moralidade das relações negociais.

Em última análise, cumpre verificar os outros dois requisitos para a validade do negócio celebrado. O artigo 104 do Código Civil destaca a necessidade de um objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Maior abordagem dar-se-á à questão da licitude do objeto contratual, visto que ilícitos são os negócios que visem o objeto contrário a lei, à moral ou aos bons costumes.

A licitude do objeto do negócio jurídico não se limita a sua legalidade, e possibilidade de regulamentação prática (BETTI, 2008, p. 336), mas também ao aspecto de idoneidade, de moralidade, dos bons costumes e do respeito à ordem pública.³²

³² Custódio Miranda (2009, p. 64) para exemplificar a questão da licitude do objeto assim demonstra. Um negócio jurídico que se proponha a exploração de prostituição ou à prática de jogos de azar seriam não só proibidas por vedação legais como também contrarias aos bons costumes, o que faria de qualquer um dos negócios ilícitos. Não seriam negócios inexistentes, porque têm conteúdo, tem uma atividade econômica possível, mas, por contrariar normas jurídicas, bons costumes e ordem pública são tidos como ilícitos, imorais, inidôneos e, assim, inválidos.

Nesse entendimento:

Licitude é sinônimo de conformidade com o direito, portanto, não apenas com a lei, mas, também com a moral, que está no cerne da juridicidade, e a ordem pública. Assim, para ser lícito, o objeto do ato jurídico há de ser conforme a lei, a moral (refletida na expressão bons costumes) e a ordem pública. (MELLO, 2008, p. 39)

Por derradeiro, o último requisito de validade do negócio jurídico está relacionado à forma. Não basta, no plano de validade, que o negócio tenha um objeto, uma manifestação de vontade e agentes, como também deve ser respeitada uma forma.

Via de regra o que determina tal requisito é a liberdade da forma, meio pelo qual as partes podem exprimir o conteúdo negocial da maneira que desejarem. Em algumas situações, porém, a lei determina a forma como o negócio jurídico deve ser celebrado e, caso ocorra a inobservância da prescrição legal acarreta a nulidade absoluta do negócio, salvo se a própria lei impuser sanção menos rigorosa.

Enfim, acaso preenchidos os requisitos legais que foram apresentados, o ato é válido e concretizado estará o segundo plano. Sobre ele assentarão as consequências do negócio jurídico, seus efeitos práticos no caso concreto e, eventualmente, os elementos acidentais, os quais poderão suspender ou por termo aos seus efeitos.

Para pôr fim à análise dos planos da escada pontiana e da incidência da boa-fé em cada um deles, o próximo item a seguir se destina.

4.1.3 Plano de eficácia

O plano da eficácia é o último da escada pontiana e trata do momento finalístico e almejado pelo negócio jurídico celebrado, a produção de efeitos. “Tem-se no plano da eficácia, o âmbito do qual se verifica se o “negócio jurídico” existente e válido está apto a gerar os efeitos jurídicos desejados pela vontade declarada.” (CHAGAS, 2014, p.60)

Destarte, conforme já mencionado, cada um dos planos do negócio jurídico está assentado em suas bases, as quais variam de acordo com o

respectivo plano (elementos da existência, requisitos da validade e fatores da eficácia). Nas lições de Antonio Junqueira de Azevedo:

(...) elemento é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe, requisitos são condições e exigências que se devem satisfazer para preencher certos fins e fatores é tudo o que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte. (AZEVEDO, 2002, p. 29)

A falta ou o defeito de uma destas bases causa o desequilíbrio do plano que nela se apoia, visto que a escada é uma lógica progressiva e o defeito de uma base prejudica os planos que estão acima dela. Tendo o negócio jurídico preenchido todos os elementos e requisitos necessários para a sua existência e validade, passa-se à eficácia, questão a ser analisada dentro do presente plano. Nesse último degrau da escada pontiana “estão os efeitos gerados pelo negócio jurídico em relação às partes e em relação a terceiros, ou seja, as suas consequências jurídicas e práticas.” (TARTUCE, 2014, p. 344)

No plano da eficácia é possível identificar a efetiva alteração no mundo jurídico provocada pelo negócio jurídico. Nas palavras de César Fiuza, (2008, p. 211), no plano da eficácia o que interessa é “se o ato existente e válido produz ou não os efeitos que deveria produzir”.

Partindo da base teórica relativa à Teoria do Fato Jurídico, Marcos Bernardes de Mello (2015, p. 52) procurou destrinchar todos os matizes que existem na produção dos efeitos dos fatos jurídicos. Para delimitar as “vicissitudes a que pode estar sujeita” a eficácia jurídica, desenvolveu o autor a classificação dos modos de eficácia jurídica.

Assim:

(...) é possível classificar a eficácia jurídica: (i) quanto à amplitude, em total e parcial; (ii) quanto ao exercício, em plena e limitada; (iii) quanto à definitividade, em definitiva, resolúvel e intermista; (iv) quanto ao surgimento, em instantânea, sucessiva e protraída; (v) quanto à origem, em própria, anexa e reflexa, (vi) quanto à atuação, em *ex nunc*, *ex tunc* e mista (...) (MELLO, 2015, p.52)

A amplitude diz respeito à eficácia do negócio jurídico no tempo, à sua utilização desde logo, sendo assim eficácia total, ou a partir de um dado momento futuro, classificada como parcial. É total a eficácia que produz todo o seu conteúdo de uma só vez, e parcial a que produz sucessivamente. Como

leciona o autor supramencionado, “enquanto alguma (ou várias) das categorias que compõem o conteúdo eficaz do fato jurídico ainda não se houver irradiado, a eficácia será parcial, mesmo que depois venha a se tornar total”. (MELLO, 2015, p. 53)

O exercício diz respeito à possibilidade de incidência de todos ou de apenas alguns direitos, ações, pretensões ou exceções que constituem o conteúdo eficaz da relação jurídica, sendo assim caracterizada em eficácia plena ou limitada.

A definitividade à sujeição, ou não, da eficácia ao termo final ou condição resolutiva. Definitiva é a eficácia que não está sujeita a isso. Resolúvel, é a eficácia que “pode ser desfeita pelo implemento de condição resolutiva ou ocorrência do termo final” (MELLO, 2015, p. 62). Já a intermística é a eficácia provisória, mas que pode vir a ser definitiva.

Já na esteira do surgimento tem-se a possibilidade da eficácia se irradiar instantaneamente, sucessivamente ou de forma protraída. Instantaneamente é a eficácia que nasce de uma só vez, ocorrido o fato jurídico; sucessivamente, quando o direito e a pretensão não ocorrem na mesma ocasião; e protraída, quando “a produção da eficácia jurídica final e própria do fato jurídico seja diferida para momento posterior” (MELLO, 2015, p. 65)

No que tange à origem da eficácia ela pode ser própria, anexa ou reflexa ao negócio jurídico. Eficácia anexa é aquela que não é própria do fato, mas anexada por força de outros fatos a ele agregados. Já a reflexa é a eficácia que, “sendo própria de certo fato jurídico, se estenda, reflexivamente, a outras situações jurídicas e mesmo a outras esferas jurídicas, que não aquelas a que se refere o fato jurídico” (MELLO, 2015, p. 65-66)

E, por fim, a atuação da eficácia é classificação de uso notório e dispensa maiores explicações. Diz respeito à eficácia que se opera desde certo fato para o passado (*ex tunc*) ou para o futuro (*ex nunc*).

Vistas, de forma geral, as particularidades referentes ao plano de eficácia, cumprir-se-á a relativização do plano pontiano em questão com a cláusula geral da boa-fé objetiva e a sua incidência dentro da gama aqui apresentada.

Todavia, destaca-se o fato de que por não ser o direito uma ciência exata não são todos os modos do plano de eficácia que, conforme doutrina a ser apresentada, pode sofrer influência da boa-fé. Desta feita, serão apontadas as modalidades eficaciais pertinentes à incidência da boa-fé, nos moldes do que foi realizado nos outros dois planos apresentados.

Ademais, como dito não ser esse o enfoque principal do presente trabalho, abordar-se-á apenas a incidência da boa-fé objetiva no plano de eficácia, que já possui julgamento jurisprudencial acerca das seguradoras.

Inicialmente, importante salientar o fato de que no plano da eficácia a boa-fé objetiva incidirá na sua forma reflexa, via seus deveres colaterais de conduta. No que tange à boa-fé, aos contratos de seguro e ao plano de eficácia, deve-se analisar a questão envolvendo o adimplemento substancial, senão vejamos.

Tradicionalmente se conceitua obrigação, incluindo as obrigações advindas de contratos de seguro, no binômio crédito e débito, identificando a existência de um sujeito passivo ou devedor que deverá cumprir o dever jurídico de prestar alguma obrigação ao sujeito ativo, credor.

Pode-se pensar, então, na mesma linha de Mário Julio de Almeida Costa (1994, p. 907), que haverá inadimplemento ou não-cumprimento da obrigação “sempre que a respectiva prestação debitária deixa de ser efetuada nos termos adequados”. Por tal conceituação é escorreito dizer que ocorrerá o inadimplemento toda vez que, mesmo sendo a prestação principal prestada, não foram observados os princípios da boa-fé, da correspondência da integralidade e da concretização do negócio jurídico. (BUSSATTA, 2008, p. 26)

Existe, porém, situação abarcada pela boa-fé objetiva, que garante ao devedor a prerrogativa de não ser considerado inadimplente, ainda que em análise concreta o seja. Trata-se do princípio do adimplemento substancial, bastante desenvolvido na *common law* sob o nome de “*substantial performance*” (MIRAGEM, 2008, p. 247). Por tal princípio compreende-se a possibilidade de o devedor não ser considerado inadimplente, uma vez que tenha pago substancialmente³³ o que devia, o que gera proibição à outra parte

³³ Não há um critério matematicamente estabelecido para o que venha a ser substancial ou não, mas o bom senso permite avaliação conforme o caso concreto. Em um contrato periódico

em resolver o contrato, visto ser o inadimplemento insignificante face ao total já adimplido.

Nas palavras de Rui Rosado de Aguiar (2003, p. 248), o adimplemento substancial “exclui a incidência da regra legal que permite a resolução quando não observada a integralidade do adimplemento”, quando “o incumprimento é insignificante, em relação ao contrato total”.

Ao discorrer sobre a teoria do adimplemento substancial Bussatta (2008, p. 93-94) assevera:

Só se pode pensar na resolução do contrato quando o descumprimento é sério, lesivo aos interesses da parte não inadimplente. Tal descumprimento deve retirar o sinalagma funcional do contrato, afastando sua função econômico-social. Contrariamente, fica vedado o exercício do direito potestativo à resolução quando o inadimplemento possui escassa importância. E aí é que entra em cena a teoria do adimplemento substancial ou do inadimplemento de escassa importância, exercendo justamente a função de vedação ao exercício de tal direito.

É, assim, um inadimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização ou inadimplemento, de vez que a primeira pretensão – resolução³⁴ – viria a ferir o princípio da boa-fé.

É, pois, patente que havendo inadimplemento de escassa importância, com natureza insignificante, a resolução será medida extrema, desequilibrada e desproporcional, por não dizer injusta à finalidade econômica do contrato celebrado.

Ao afirmar que a resolução nos moldes da acima narrada seria uma quebra ao princípio da boa-fé objetiva, faz-se com razão. Não resta dúvida de que a teoria do adimplemento substancial encontra fundamento na aplicação da boa-fé objetiva, uma vez que, como já apresentado, através de sua função limitadora o preceito jurídico aqui em análise impõe barreiras ao agir das partes contratuais. (BUSSATTA, 2008, p. 83)

de 40 parcelas com uma operadora de saúde, o pagamento de 35 delas configuraria o inadimplemento substancial, por exemplo.

³⁴ A resolução do contrato unilateral se mostra necessária quando houver um perigo eminente ou ainda uma deslealdade grave do devedor da obrigação. O dever de adimplir, assim como o dever de entregar o objeto do negócio jurídico, são, indiscutivelmente, pertencentes ao plano da eficácia, visto ser o negócio jurídico celebrado existente e válido, conforme o que fora anteriormente abordado.

Senão vejamos o posicionamento do STJ ao analisar um caso concreto,³⁵ ao abordar situação envolvendo um contrato de seguro, como visto modalidade de contrato aleatório, no qual as partes (segurado e seguradora) se arriscam a uma contraprestação ainda desconhecida ou desproporcional – prêmio-, que sequer precisa existir se não ocorrer o fato gerador do seguro – sinistro. No caso em questão, o segurado deixou de pagar apenas algumas parcelas do contrato, tendo sido bom pagador em todas as outras.

Ocorre que, estando ele em atraso no momento da ocorrência do sinistro, pretendeu a seguradora não pagar o prêmio, o que foi negado pelo judiciário sobre a seguinte alegação:

Incide a teoria do adimplemento substancial dos contratos, que visa a impedir o uso imoderado do direito de resolução pelo credor, quando o rompimento não se ajusta a exigências de índole social ou pautadas pela boa-fé objetiva. Por essa ótica, a faculdade que o credor tem de simplesmente resolver o contrato, diante do

³⁵ DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PLANO DE PECÚLIO POR MORTE. NATUREZA DO CONTRATO. SEGURO DE VIDA. SEMELHANÇA. MORA DO CONTRATANTE. CANCELAMENTO AUTOMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTERPELAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA FIRME DA SEGUNDA SEÇÃO. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. APLICABILIDADE. TENTATIVA DE PURGAÇÃO DA MORA ANTES DO FATO GERADOR (SINISTRO). RECUSA DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA. CONDUTA DO CONSUMIDOR PAUTADA NA BOA-FÉ. RELEVÂNCIA. PAGAMENTO DEVIDO. 1. O contrato de previdência privada com plano de pecúlio por morte se assemelha ao seguro de vida, podendo também as normas aplicáveis às sociedades seguradoras estender-se, no que couber, às entidades abertas de previdência privada (art. 73, LC n. 109/2001). 2. Portanto, à pretensão de recebimento de pecúlio devido por morte, aplica-se a jurisprudência da Segunda Seção relativa a contratos de seguro, segundo a qual "o mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação" (REsp 316.552/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 9/10/2002, DJ 12/4/2004, p. 184). 3. Ademais, **incide a teoria do adimplemento substancial, que visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.** 4. No caso, embora houvesse mora de 90 (noventa) dias no pagamento da mensalidade do plano, antes da ocorrência do fato gerador (morte do contratante) tentou-se a purgação, ocasião em que os valores em atraso foram pagos pelo de cujus, mas a ele devolvidos pela entidade de previdência privada, com fundamento no cancelamento administrativo do contrato ocorrido 6 (seis) dias antes. 5. Com efeito, depreende-se que o inadimplemento do contrato - a par de ser desimportante em face do substancial adimplemento verificado durante todo o período anterior - não pode ser imputado exclusivamente ao consumidor. Na verdade, o evitável inadimplemento decorreu essencialmente do arbítrio injustificável da recorrida - entidade de previdência e seguros - em não receber as parcelas em atraso, antes mesmo da ocorrência do sinistro, não agindo assim com a boa-fé e cooperação recíproca que são essenciais à harmonização das relações civis. 6. A entidade de previdência obstruiu a purgação da mora por motivo injustificado, antes mesmo da ocorrência do fato gerador, somando-se a isso a inequívoca conduta pautada na boa-fé do consumidor, por isso incabível a negativa de pagamento do pecúlio depois de verificada morte do contratante. Incidência do art. 21, § 3º, da Lei n. 6.435/77. 7. Recurso especial provido. (Resp 877965/SP; Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; DJe 01/02/2012) (Grifo nosso)

inadimplemento do devedor, deve ser reconhecida com cautela, sobretudo quando evidente o desequilíbrio financeiro entre as partes contratantes, como no caso dos autos. (...) Nessa linha, a insuficiência obrigacional poderá ser relativizada com vistas à preservação da relevância social do contrato e da boa-fé, desde que a resolução do pacto não responda satisfatoriamente a esses princípios. (...) No caso ora em apreço, a conduta da beneficiária do pecúlio, a meu juízo, está inequivocamente revestida de boa-fé, a mora - que não foi causada exclusivamente pelo consumidor - é de pequena importância, e a resolução do contrato não era absolutamente necessária, mostrando-se também interessante a ambas as partes a manutenção do pacto, como se verá. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 877965/SP, da 4ª turma, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; DJe 01/02/2012 p. 8-9)

Analisando a decisão acima colacionada e o entendimento da melhor doutrina, percebe-se ter sido correto o posicionamento do magistrado, uma vez que:

Já foi afirmado que o exercício do direito de resolução, de forma injustificável, dada a pequena lesão nos interesses do credor, importa em ferimento ao princípio da boa-fé objetiva. Dessa maneira, competirá ao magistrado incumbido do julgamento da causa valorar a gravidade do incumprimento para decidir se a resolução deve ou não ser declarada. Somente deverá resolver o contrato quando o inadimplemento, atendendo aos interesses contratuais, importar em grave ferimento, em injustificada perda. (...). Contrariamente, se valorado o inadimplemento como leve, de escassa importância, o contrato deverá ser mantido, podendo, então, a parte não inadimplente exigir o cumprimento da prestação e as perdas e danos que o caso importar. (BUSSATTA, 2008, p. 94)

A aplicação da teoria do adimplemento substancial houve, no caso em análise, com o pagamento quase total das parcelas pelo segurado, sendo contrária à boa-fé, portanto, a conduta da seguradora.

Já o adimplemento substancial, quanto ao exercício do plano da eficácia, limita-a: impede que a contraparte faça valer seu direito formal de resolver o contrato por inadimplemento. Carlos Salvatori (2014, p. 157) afirma que:

O adimplemento substancial revela, portanto, uma função paralisadora operada pelo princípio da boa-fé objetiva. N embate principiológico, observa-se uma mitigação da autonomia privada – aqui nos moldes do *pacta sunt servanda* – em prol da boa-fé. (...) nos contratos de adesão e nos contratos de consumo, a ativação da boa-fé é observada com uma maior antecedência. Pela presunção absoluta da vulnerabilidade do consumidor perante as práticas do mercado, o que agravará caso o contrato também seja por adesão (v.g., após o pagamento de quarenta e quatro das cinquenta parcelas

de um financiamento de um carro, dispendioso seria desfazer o contrato).

O mesmo posicionamento adotado por Salvatori, e acima colacionado, deve ser aplicado aos contratos existenciais como os contratos de seguro. Não é possível aceitar situações como a apresentada pela jurisprudência, em que, após o adimplemento de certa parte do prêmio, a seguradora do plano de saúde se negue arcar com os gastos hospitalares sob a alegação do inadimplemento de uma ou duas parcelas. Aliás, forçoso é destacar que tal atitude é vedada diretamente pelo artigo 13, § único, incisos II e II da Lei 9.656/98, sendo que, faça-se esse importante registro, no caso de internação, não haverá a possibilidade de suspensão ou resolução do contrato independentemente do número de parcelas atrasadas, o que demonstra o cuidado do legislador em situações existenciais.

Ademais, a incidência da boa-fé quanto à origem é uma eficácia anexa, pois não é prevista nos negócios, mas decorre da boa-fé. Na perspectiva da atuação, opera *ex nunc*: existe posteriormente à verificação de que adimplemento já se deu de forma substancial, não tendo sentido a retroatividade. Se fosse retroativa, o adimplemento substancial teria tornado desde sempre limitado o direito de uma das partes resolver o contrato por inadimplemento, por exemplo.

O que ocorre é que, após haver a substancialidade do adimplemento é que esse direito de resolução desaparece.

No caso apreciado pela jurisprudência, em contrato de seguro, não poderia a seguradora alegar inadimplemento para se recusar a pagar o prêmio, mesmo estando o segurado em situação de inadimplência. Isso porque, até pouco tempo antes do sinistro, foi o segurado bom pagador, pelo que se entendeu que houve adimplemento substancial do contrato. Uma vez tomada tal decisão, a seguradora rompe com a boa-fé objetiva, em que pese já se encontrar no plano de eficácia contratual.

Vista a questão da incidência da boa-fé nos três planos da escada pontiana e ter ficado configurado que a maior influência da boa-fé nos planos que divergem de a validade ser através dos seus deveres anexos, será a eles que o próximo item se destinará.

4.2 DEVERES COLATERAIS DE TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÃO

Firme no princípio da boa-fé objetiva, exigido nas relações de consumo, em que se enquadra o contrato de seguro-saúde, deve-se garantir, na relação jurídica a ser celebrada entre a seguradora e o segurado, a informação precisa daquelas circunstâncias relevantes.

Fábio Ulhoa Coelho (1994, p. 136) esclarece que o acesso à informação é pressuposto inafastável para o consumidor realizar suas escolhas. E, segundo Cláudia Lima Marques (2004, p. 187), o dever de informar é um importante dever anexo que deve ser visualizado na fase pré-contratual.

Como visto anteriormente do princípio da boa-fé objetiva decorrem deveres anexos, os quais não precisam estar previamente estipulados em contrato para serem exigidos ou praticados. O dever de informação é um deles, que, em que pese não seja redigido como cláusula contratual, possui proteção decorrente da boa-fé bem como de legislações pátrias.

O próprio artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor estabelece, como um direito básico do consumidor, a informação quanto à utilização dos produtos e serviços, bem como suas características, como forma de proteção à vida, à saúde e à sua própria segurança. Assim, tal direito é aplicado aos planos de seguro-saúde, capazes de proteger o consumidor e seus familiares.

O princípio da boa-fé e o dever de informação são essenciais nessa modalidade contratual, pois o segurado e o segurador devem ter conhecimento prévio do produto e do serviço posto no mercado para seu consumo, principalmente como resguardo das práticas comerciais (GRINOVER, 2001, p. 215). Deste modo, a oferta feita pela seguradora deve se coadunar aos termos do negócio a ser celebrado (ALMEIDA, 1993, pp. 81-82).

Pode-se dizer, então, que as informações prestadas é que darão suporte à decisão de contratar ou não o seguro. Ademais, pensando no dever de informação, com respaldo consumerista e civilista, deverá a seguradora informar sobre todas as questões sobre o contrato que será celebrado levando-se em consideração a vulnerabilidade do segurado.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2004, p. 49) expõe que o direito à informação é contemplado na Constituição Federal sob três espécies, quais

sejam: o direito de informar as pessoas físicas e jurídicas; o direito de se informar, que é uma prerrogativa concedida às pessoas, decorrendo do fato da existência de uma informação (2004, p. 50); e o direito a ser informado.

Para o autor, “é possível exigir a informação de quem a detém, desde que sejam respeitadas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, da maneira como se deve entender tais outras garantias” (2004, p. 50). Assim, em se tratando de pessoas privadas, quer físicas quer jurídicas, o Código de Defesa do Consumidor estabelece a obrigatoriedade de o fornecedor informar um serviço ou produto (2004, p. 1).

Com efeito, para que a autonomia privada seja exercida de firma livre, é necessário que haja informação acerca de todas as circunstâncias relevantes sobre o seguro, o que deve ser realizado em observância ao dever de informação.

Tem-se a informação como o mais importante dos deveres oriundos da boa-fé objetiva, pois ela é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos que não poderiam perceber por sua própria diligência ordinária. (ROSENVALD, 2005, p. 109).

Denota-se assim que o dever de prestar informações corretas, seguras e transparentes deve estar presente nas tratativas pré-contratuais, no decorrer da vigência contratual, bem como quando findo o contrato, trazendo às partes maior segurança, confiança e a certeza de que a boa-fé será norteadora da relação negocial celebrada.

O aludido dever tem por escopo ampliar a informação disponibilizada aos contratantes (FABIAN, 2002, p. 157), pois a transparência deve ser esclarecida desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, para permitir contratações em consonância com preceitos estabelecidos pela boa-fé objetiva.

Destarte, o dever de informação “atuante na fase das tratativas, garante o exercício da liberdade contratual em condições aperfeiçoadas de autonomia, na medida em que o negócio será ou não concluído com base em uma melhor e mais completa apreensão da realidade” (NEGREIROS, 2006, p. 112).

Em que pese a importância do dever de informação em todas as fases contratuais, a relevância de tal colateralidade na fase pré-contratual dá-se,

sobretudo, pelo segurado, uma vez que o segurador necessitará de colaboração direta do segurado para que, através de informações corretas e completas, consiga estabelecer o valor do prêmio.

O dever de informação tem extremo valor na atualidade, visto que a informação acerca do conteúdo contratual é primordial aos contratantes, sendo esse dever, portanto, um importante mecanismo para o equilíbrio contratual nas relações de consumo celebradas (MARQUES, 2006, p. 772).

Evidentemente, o dever de informação encontra-se diretamente relacionado ao princípio da transparência, uma vez que as informações devem ser claras e certas, para que assim, as partes tenham pleno conhecimento de todo o conteúdo contratual.

No âmbito das relações de seguro-saúde, o direito à informação (artigo 6º, III, CDC) estabelece a obrigatoriedade do esclarecimento, dentre os Direitos Básicos do Consumidor, sendo dever fundamental, assim do segurado como do segurador, prestar informações claras e adequadas, relacionadas à saúde do aderente e aos produtos/serviços fornecidos (FABIAN, 2002, p.81-82). Nesse sentido, o direito à informação apresenta caráter dúplice, pois importa dever de informar do fornecedor e no direito de ser informado do consumidor, pois a informação adequada sobre o conteúdo do contrato é essencial, no sentido de buscar o reequilíbrio da relação contratual.

Destaca-se, ainda, que parte da doutrina firmou o entendimento de que, no âmbito da proteção do consumidor, o dever de informação valoriza-se, de modo a ultrapassar a fronteira dos deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, passando a integrar o próprio contrato, sendo considerado elemento essencial, ou seja, elemento integrante da obrigação principal.

É, pois, imprescindível que o dever de informação seja observado pelos contratantes (segurado e segurador), visando ao equilíbrio contratual, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva, informação, transparência e demais preceitos do Código de Defesa do Consumidor.

E o segurado, na qualidade de consumidor, não tem também a obrigação de informar sobre a preexistência de doenças ou outros problemas que acarretariam majoração do risco? Responde-se positivamente, pois a observância ao dever de boa-fé não é apenas do segurador, mas também do segurado.

O dever de informar disposto no CDC aplica-se também ao segurado, pois a ninguém é dado ocultar informações relevantes. Ainda assim, o art. 422 do Código Civil, aplicado também aos contratos de consumo, manda o aderente guiar-se pelo devedor de informação.

É de jurisprudência:

Sonegação, à seguradora, de fatos relevantes na declaração de saúde feita na proposta. Contratação que se deu em ambiente hospitalar, cerca de dois meses antes do falecimento do contratante. Declaração de que estava em perfeitas condições de saúde, quando, em verdade, fora internado às pressas, com suspeita de bronco-pneumonia no tórax esquerdo, com derrame pleural. Diagnóstico de câncer pulmonar dias após à contratação. Segurado que, inclusive, era portador de miastenia grave, há cinco anos. Seguradora que, ao proceder à regulação do sinistro, constatou documentalmente esses fatos e trouxe a prova aos autos do processo. Indenização securitária indevida. Boa-fé contratual objetiva afastada. Inteligência dos arts. 765 e 766, do CC/2002 (**TJSP, 30ª. Câm. Dir. Priv., Ap. 0027040-55.2011.8.26.0071, Rel. Des. Marcos Ramos, j. 18.mar.2015**)

Deveras, por ser um dos componentes da sua natureza jurídica, o contrato de seguro deve ser respaldado na boa-fé de ambas as partes, uma vez que “constitui-se numa fonte autônoma de deveres, independente da vontade”, limitando o direito subjetivo, mantendo e conservando o vínculo entre os contratantes, aperfeiçoado pelos princípios da confiança, da lealdade, da honestidade e da verdade, segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1995, p. 24-27).

Ratifica Arnoldo Wald (2003, p. 48), ao afirmar que, no contrato a ser celebrado, deve-se criar um dever de lealdade na contratação e na execução, vinculado nas noções de confiança e de equilíbrio. Pressupõe-se que tanto o segurado quanto o segurador celebrem o acordo pautados na melhor intenção, sendo inimaginável que alguém esteja se locupletando sobre o outro, pois a honestidade e a lealdade são essenciais ao seu comportamento (MARENSI, 2007, p. 33 ss).

O dever de informação é conexo ao objeto da transparência contratual, que como decorrência do princípio da boa-fé, e abordado pelo art.4º, *caput*, do CDC, impõe ao fornecedor o dever de prestar informação correta e clara sobre o produto e sobre o conteúdo do contrato. (LYRA, 2003, p. 12). Vê-se, assim, que o presente dever colateral preconiza a maneira como a informação deve ser prestada ao consumidor durante a contratação, a qual deve ser clara,

ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas no ato da contratação e garantir o equilíbrio contratual entre as partes contratantes.

A doutrina entende que a transparência advém do princípio da boa-fé objetiva, ou mesmo que se trata de um reflexo ou subprincípio, que em consonância com o dever de informação, possui o intuito de qualificar a informação prestada.

A transparência impõe a efetiva qualificação da informação sobre aspectos relevantes da avença, ligados, principalmente, à estipulação do conteúdo contratual, sob pena de haver violação do referido princípio, e em consequência, descumprimento da boa-fé objetiva.

Isto porque a transparência afeta a essência do contrato, pois a informação fornecida integra o conteúdo contratual, de modo a concretizar o reequilíbrio obrigacional do contrato, com vistas à consecução da igualdade material. Deste modo, a transparência apresenta-se como imprescindível instrumento de tutela das relações jurídicas contratuais.

Nesse contexto, o sentido adequado à transparência seria de qualificar a autonomia privada, através da efetiva liberdade de decisão do contratante, garantida pelo fornecimento de informações suficientes, adequadas e necessárias à realização da avença, as quais devem ser fornecidas desde o momento da formação do contrato.

O princípio da transparência, em consonância com o dever de informação, impõe ao fornecedor e ao consumidor a obrigação de prover informação efetiva, descrição rigorosa e ostensiva do negócio, sobretudo naqueles casos em que, pela natureza da prestação ou pelo modo de contratar, encontra-se ínsita a presença do risco na relação contratual.

Assim, a transparência e o dever de informação recaem sobre todas as cláusulas contratuais, as quais preveem direitos e deveres das partes e permitem, deste modo, o exercício da autonomia privada, conforme os preceitos erigidos pela boa-fé objetiva.

Portanto, a boa-fé objetiva, como manifestação da tutela da confiança, é concretizada através da transparência nas relações negociais, vinculando a parte pela imposição do dever jurídico de informação clara, precisa e ostensiva de todo o conteúdo contratual, sem subterfúgios ou possibilidades de interpretações dúbias, no intuito de impedir que se frustrem as expectativas

legítimas da contraparte no tocante às informações relacionadas ao teor das cláusulas contratuais da avença.

No que tange aos contratos de seguro, a boa-fé objetiva e seus deveres conexos também devem estar presentes, uma vez que, conforme afirma o artigo 765 do CC: “o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.”

Ainda quanto ao contrato de seguro, assevera o artigo 766 do Código Civil que, caso o segurado, ou seu representante, omita verdades capazes de influir na aceitação da proposta ou até mesmo declare algo sem exatidão, perderá o direito à garantia e ficará obrigado ao prêmio vencido. É certo que aqueles que fizerem declarações contrárias à eticidade, à boa-fé e suas irradiações responderão pelas consequências de seus atos.

Não há dúvida de que o contrato de seguro tem previsão na codificação civil, conforme os artigos supramencionados e, por que razão deve respeitar os princípios norteadores de todas as relações civis, entre eles o da boa-fé, que se irradia em outros tanto deveres não explícitos em contrato, mas que merecem observação, tais quais a transparência e a informação.

Ademais, quanto ao último mencionado, é forçoso reafirmar que se trata de dever prelecionado pelo Código de Defesa do Consumidor, relevante aos contratos de seguro por serem gama de relação consumerista. Diante de tal perspectiva, não há como fugir – seguradora ou segurado -, do dever de cuidado com as informações prestadas, devendo os polos contratuais estar imbuídos de boa-fé, honestidade, lealdade e transparência nas suas alegações.

O segurado deve ter total e pleno conhecimento de todas as características do contrato a que está aderindo, em especial aos riscos garantidos e excluídos da apólice de seguros. Para tal compreensão, é imprescindível que a seguradora disponibilize de forma imediata as condições gerais e todos os pormenores da apólice no momento da adesão contratual, visando assim à formalização consciente do contrato celebrado.

O segurado, como consumidor que é, tem o direito básico de obter informações corretas, precisas, indelévels, ostensivas e aprofundadas sobre o contrato a que está aderindo, evitando assim qualquer incompreensão futura. Não obstante, deverá também informar a seguradora de toda a sua situação,

da existência ou não de gravames de saúde, ou sobre qualquer questão que possa trazer prejuízo majorado à prestadora de serviços. Não é demais ressaltar o fato de que a observância da boa-fé e dos deveres de transparência e de informação é devida a todos os lados da relação contratual celebrada.

4.3 O CONSENTIMENTO INFORMADO

Com base no dever de informação, supra apresentado, verifica-se na seara médica o princípio do consentimento informado ou esclarecido. Não há como se realizar um tratamento de saúde sem que haja intervenção no corpo ou na mente do paciente. Porém, para que tal intervenção ocorra e seja considerada legítima, deve preceder de consentimento do paciente que, após explicações do profissional de saúde, poderá decidir livremente sobre o tratamento que será realizado. (ROBERTO, 2012, p. 80)

Conforme o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2001, p. 807), consentimento “é o ato de consentir; manifestação favorável a que (alguém) faça (algo); permissão; anuência; acordo de vontade das partes para se alçar um objetivo comum”. Seguindo tais significações aquele que consentir, aqui trata-se do paciente, deve saber indubitavelmente sobre o tratamento ao qual será submetido, “para que a renúncia à tutela de bem jurídico seja válida” (ROBERTO, 2010, p. 82)

Por tal exigência denota-se que deverá haver diálogo entre paciente e médico, em que ambas as partes estejam à vontade para questionamentos e informações, culminando com o acordo expresso do paciente ou de seu responsável, através de documento firmado ao final, para determinada intervenção cirúrgica ou tratamento médico.

É de asseverar, portanto, que o consentimento do paciente para a realização de tratamento de saúde é o que o tornará lícita ou justificável a atitude do médico que o executar, pois resta induidoso que, em geral, os tratamentos pressupõem uma invasão à integridade do paciente.

Ao consentir, o paciente o faz baseado no conhecimento da natureza do procedimento a ser realizado, dos riscos assumidos, possíveis complicações, assim como as benesses que resultarão de tal incursão. É,

todavia, preciso destacar o fato de que não se trata de um mero papel, ou uma proforma; mas sim de processo necessário para a prática médica, através da qual trocar-se-ão informações médico-paciente, com posterior concordância ou desautorização. Por força do Código de Ética Médica e do Código do Consumidor, deve o paciente ser clara e ostensivamente informado de todos os procedimentos que irá suportar e as possíveis consequências. Portanto, ao bem informar seu paciente, o médico estará agindo de maneira ética e juridicamente correta.³⁶

Miguel Kfoury Neto (2002, p. 37), abordando autores europeus e brasileiros, define o consentimento informado como a autorização de atuação a ser dada a alguém. E vai além:

No caso do consentimento para o ato médico, uma atuação na esfera psíquico-física do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro (...) representa mais de que uma mera faculdade de escolha do médico (...) representará o corolário do 'processo dialógico e de recíprocas informações' entre médico e paciente.

Atualmente, os tribunais brasileiros³⁷ têm coadunado no fato de que a ausência de consentimento informado gera responsabilização civil,

³⁶ Para o STJ, “age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva, o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório, ” (STJ, REsp 1180815/ MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26/08/2010)

³⁷ **RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CONSENTIMENTO INFORMADO.** A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar – nos casos mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido. (**Resp. 436.827/SP – Recurso Especial 2002/0025859-5 – Superior Tribunal de Justiça – Rel. Ruy Rosado de Aguiar**)
CIRURGIA DE LAQUEADURA TUBÁRIA. INSUCESSO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO. NÃO OBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DEVIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO À UNANIMIDADE. 1. De fato, o consentimento informado, conhecido como direito à informação na relação médico-paciente, está regulamentado na Resolução nº 1081/82, do Conselho Federal de Medicina, a qual consagra que cabe ao médico o dever de comunicar ao paciente o risco específico de todo e qualquer procedimento médico cirúrgico. 2. Ora, quando a paciente/agravada disse à médica recorrente, antes do procedimento da laqueadura, que o formulário de consentimento já estava assinado, mas havia esquecido em casa; porém que não se preocupasse, porque traria posteriormente (fl. 07), não poderia a médica recorrente ter realizada a cirurgia sem a apresentação do referido formulário, tendo, por dever ético-jurídico, ter se negado a realizar o ato cirúrgico sem apresentação desse documento. É extremamente relevante, no ponto, destacar que não se tratava de procedimento emergencial, em que se dispensa esse consentimento, ou seja, inexistia iminente perigo de vida. 3. É cediço que o dever de informar à paciente a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis

independentemente do sucesso ou insucesso do procedimento cirúrgico ou tratamento de saúde, sendo que a anuência concedida tem natureza jurídica como um ato jurídico voluntário indispensável, visto abordar direitos legalmente assegurados, como autodeterminação e disposição do próprio corpo.³⁸

Não há que se questionar sobre a natureza contratual existente na relação estabelecida entre profissional da saúde e paciente, sendo uma prestação de serviço regida pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor.³⁹

No Direito do Consumidor, o dever de informar é tido como decorrente do princípio civilista da boa-fé objetiva, “significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial.” (LÔBO, 2001, p. 66). Pode-se assim afirmar que o consentimento esclarecido nada mais é do que um dever lateral do atendimento médico⁴⁰

efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes decorre de lei (art. 10 § 1º, da Lei nº 9.263/1996). Apesar disso, a recorrente responsável pelo procedimento sustentou que a recorrida teve acesso a tais informações, todavia sequer trouxe aos autos cópia dos prontuários médicos dela ou do termo de consentimento informado que aduz haver sido por ela firmado. 4. Recurso conhecido e improvido à unanimidade. (TJ-PA - AI: 201230166030 PA, Relator: CLAUDIO AUGUSTO MONTALVAO DAS NEVES, Data de Julgamento: 22/03/2013, 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Data de Publicação: 26/03/2013)

³⁸ Existem, com efeito, exceções à obrigação geral de obtenção do prévio consentimento do paciente para a realização da providência médica indicada. A primeira delas trata-se de situações de tratamento compulsório, nos quais a intervenção médica é necessária e imposta por autoridade de saúde no intuito de proteger a coletividade, visto estar-se diante de moléstia grave e de alto risco de contágio. Ademais, a necessidade de autorização prévia através de consentimento informado pode ser eliminada em casos de absoluta urgência, quando a intervenção médica é urgente e imprescindível para a vida do paciente e o mesmo não se encontra em condições de exprimir sua real vontade sobre o tratamento ou intervenção que virão a ser executados.

³⁹ Art. 3º CDC: 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.

Art. 9º CDC: O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 14º CDC: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos relativos à prestação dos serviços bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

⁴⁰ Imperioso se faz distinguir o fato de que o consentimento ao tratamento não é o mesmo que o contrato médico celebrado. Pelo consentimento interpreta-se como aquele que baseia o relacionamento entre paciente e profissional, esclarecendo aos dois lados todos os direitos e deveres. Fernando Scaff ainda discorre que coexiste ao dever lateral de obtenção do consentimento informado outros deveres anexos advindos da atividade médica, tais como a garantia de sigilo quanto a questões afeitas ao paciente ou aquele da necessária comunicação

(SCAFF, 2010, p. 88), devendo ser observado em todas as fases contratuais e não apenas naquela que antecede o procedimento a ser realizado.

É forçoso destacar que o consentimento informado não só não é intrínseco ao contrato de prestação de serviço, como vai além. Compreende-se como o “ assentimento para o tratamento de saúde, representando o direito do paciente ao respeito à sua integridade pessoal, bem como a disposição de seu corpo conforme os bons costumes e a moral. ” (ROBERTO, 2010, p. 167)

Analisando o consentimento informado à luz da cláusula geral da boa-fé conclui-se que a informação que o fornecedor está obrigado a prestar deve ser verdadeira, correspondendo com a realidade fática do paciente; completa, sem detrimento de nenhum elemento que possa influir no consentimento; clara e eficiente, e aqui se aborda a questão de ser de fácil compreensão ao paciente-consumidor, que é parte mais vulnerável da relação e que não tem conhecimento técnico do tema abordado.

Filiando-se a tal questão, estatui Scaff (2010, p. 81):

(...) a manifestação de concordância do portador do bem jurídico, que é o paciente com a intervenção ou tratamento médico, para ser válida, pressupõe não apenas uma simples informação, mas um verdadeiro e tão completo como possível esclarecimento, decorrente de um dever especial e funcional do médico (...) de prestar ao seu paciente esclarecimentos com lealdade, em linguagem acessível e apropriada ao seu estado sobre os meios de diagnóstico, inconvenientes, diagnóstico estabelecido, prognóstico, tratamentos indicados, alternativas terapêuticas, efeitos colaterais etc.”

Diante de tudo o que foi até aqui exposto pode-se dizer que o dever de informar do médico decorre não só do princípio da boa-fé objetiva, como do direito à autonomia do paciente. Explica-se. Na relação médico-paciente, o direito à informação, mais que decorrência da boa-fé objetiva, é também tido como desdobramento da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana. No entendimento de Fortes (1999, p. 130):

Respeitar a autonomia é reconhecer que ao indivíduo cabe possuir certos pontos de vista e que é ele que deve deliberar e tomar ações seguindo seu próprio plano de vida e ação, embasado em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando diverjam daqueles dominantes na sociedade.

Pois bem. O dever de informar do médico vai além do respeito à boa-fé e ao dever colateral de informação para abranger o direito à autonomia do paciente, sendo assim consentimento informado a manifestação da essência do princípio da autonomia. Corrobora tal posicionamento Fernando Scaff (2010, p. 90) ao afirmar que a necessidade de obter o consentimento informado assenta na proteção dos direitos à integridade física e moral do doente, abrangidas pela Constituição Federal e que devem ser aplicadas imediatamente por sujeitos de direito público e de direito privado.

Ademais, é imperioso destacar que se tem notado na prática médica a exigência de consentimento informado pelas operadoras de planos e seguro saúde e dos hospitais⁴¹.

É o que se estabelece:

Representa a obtenção do consentimento informado, portanto, o dever do agente de saúde de informar, confirmar o esclarecimento e de obter o consentimento do paciente para a realização de cada um dos diversos procedimentos indicados para o tratamento em curso. Envolve a abrangência dessa noção tanto as relações do paciente com o médico, com o enfermeiro ou com qualquer outro agente de saúde, como também aquelas estabelecidas entre o paciente e as pessoas jurídicas relacionadas ao atendimento médico, sejam elas operadoras de planos de saúde ou se seguros, hospitais, clínicas ou qualquer outra entidade assemelhada. (SCAFF, 2010, p. 89)

O contrato de serviços médicos possui forma estrutural riquíssima, “o que enseja diversas modalidades contratuais: médico-paciente; clínica-paciente⁴²; médico-empresa; clínica-empresa.” (ROBERTO, 2012, p. 85).

⁴¹ Anexo I e II.

⁴² Nesse sentido, vale a referência ao acórdão proferido pelo TJSP (ApCív 144.283.4/6-00), no qual constou, no acórdão proferido, o seguinte: “e essa realidade, precisamente, está em que, com a aplicação, há a possibilidade, ainda que estatisticamente pequena, do choque anafilático, grave, evento este inerente à própria atividade exercida pela clínica-ré. Ainda que inevitável, o fato é previsível. Em vista disso, era dever da clínica comunicar a eventualidade ao paciente, atendendo ao inc. III do art. 6o da Lei 8.078/1990, o qual dispõe: ‘são direitos básicos do consumidor: (...) III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (...)’. E essa informação não foi transmitida, não se colhendo o consentimento por escrito do paciente. Para tanto, basta ler o relatório de atendimento, em que nada consta a adverti-lo e conscientizá-lo sobre a intercorrência consistente no choque anafilático e suas graves consequências. Não se pretende, com a falha de informação por parte da clínica, construir sua culpa, porque desnecessário, já que, no caso, a responsabilidade é objetiva (art. 14 da Lei 8.078/1990). De qualquer modo, esse documento poderia ser utilizado para esse fim, de fixação da conduta culposa, porque embora o fenômeno não tenha sido mencionado na inicial – ou seja, a ausência de informação sobre o risco –, acabou por ser noticiado pela própria clínica ré, com o documento anexado na contestação. No entanto, esse documento, na hipótese em exame, deve ser enquadrado sob outra ótica: a de

Diante dessa gama de atuação dos serviços médicos, acredita-se que a exigência do consentimento informado por todos os supramencionados seja uma prática a mais na observância da boa-fé, da necessidade de informação ao consumidor, buscando também se eximir de qualquer complicação futura advinda da não explicação precisa concedida pelo médico ao seu paciente.

Pode-se, assim, concluir que o consentimento informado surge como um dos institutos mais emblemáticos do moderno direito à saúde, marcado fortemente pelos traços decorrentes da natureza contratual e da relação de consumo que o caracterizam, tendo como objetivos a licitude à intervenção do profissional de saúde e a exoneração de responsabilidades futuras sobre as quais o paciente tenha sido previamente informado.

4.4 BOA-FÉ OBJETIVA NO CONTRATO DE SAÚDE: IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO NAS RELAÇÕES SEGURADO-SEGURADORA

Analisando o até aqui abordado é notório constatar que as relações jurídicas celebradas entre paciente e operadoras de saúde – seguradoras ou planos de saúde – tratam-se de contratações e que, de tal modo, devem respeitar a cláusula geral da boa-fé objetiva. Contudo, ver-se-á nas próximas linhas que existem situações em que ocorre a inobservância de tal princípio, trazendo consequências para as relações celebradas.

As relações entre médico e paciente, no passado, eram norteadas pela confiança transmitida pelo profissional de saúde a seu futuro paciente. Tal confiança não deixou de existir, sendo ainda um requisito obrigatório para alguns, por trazer segurança no possível tratamento ou intervenção cirúrgica. Contudo, na atualidade, a confiança foi transferida, ou compartilhada, para as operadoras de planos ou seguros de saúde, as quais, no momento da contratação, prometem segurança e proteção contra riscos futuros, em troca de pagamentos mensais contínuos e ininterruptos.

que, não prestando informações sobre o risco ao paciente, a própria empresa ficou desarmada, não podendo escusar-se da obrigação a que está respondendo. O único modo de desbloquear as consequências inevitáveis do risco, embora previsíveis, era a comunicação consentida ao paciente, que a própria ré comprova que não fez". (SCAFF, 2010, p. 95)

O Código Civil de 2002 conseguiu superar a lacuna contida no estatuto anterior, de 1916, estabelecendo no art. 422 a figura da boa-fé objetiva; ou seja, o comportamento do contratante em determinada relação jurídica. A boa-fé objetiva cria deveres positivos, já que exige que os contratantes façam tudo para que o contrato seja cumprido em conformidade com o previsto. Antes da edição do novo Código Civil, o CDC já havia estatuído norma a respeito da boa-fé em seu art.4º, inciso III,⁴³ quando disciplinou os princípios que deveriam reger as relações de consumo. Preocupado em proteger o consumidor, o legislador instituiu ainda, como cláusula abusiva, e, portanto, nula de pleno direito, a disposição contratual que coloca aquele em desvantagem exagerada, atentando contra a sua boa-fé⁴⁴.

Pressupõe-se, por força da boa-fé objetiva, que os participantes das relações jurídicas atuem em conformidade com os padrões de conduta tidos como normais e aceitáveis pela comunidade da qual fazem parte. Denota-se assim que a “aplicação jurídica da boa-fé não poderá jamais ficar alheia aos padrões morais existentes em dada sociedade.” (SILVA, 2010, p. 483)

Não obstante todas as proteções legais, por vezes, são inseridas cláusulas abusivas ou de interpretação dúbia nos contratos, culminando por lesar a boa-fé do contratante mais débil, que, por conta de sua boa-fé, acredita que tudo o que foi exposto verbalmente pelo outro contratante será cumprido na época oportuna. Tal quadro não é estranho aos contratos de plano de saúde, dando ensejo a conflitos que vão parar nos Tribunais. A jurisprudência apresenta uma pluralidade de decisões envolvendo o descumprimento de obrigação por parte das operadoras de Plano de Saúde. Dada a exiguidade deste estudo, apresentam-se apenas ementas a título exemplificativo.

0278792-64.2009.8.19.0001 APELAÇÃO DES. MARIO DOS SANTOS PAULO - Julgamento: 06/07/2011- QUARTA CÂMARA

⁴³ Em relação a toda essa evolução do princípio da boa-fé objetiva preleciona Adauto de Almeida Tomaszewski (2006, p. 36): “(...) a função da boa-fé como regra de conduta e recurso de interpretação na esfera negocial, como dito, inexistia na codificação oitocentista, tendo aparecido pela primeira vez na legislação pátria com o advento do Código de Defesa do Consumidor (1990), ficando, ainda assim, restrita somente às obrigações decorrentes das relações de consumo.”

⁴⁴ **Art. 51.** São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

CÍVEL 1- INDENIZATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. 2 - PLANO DE SAÚDE. UNIMED-RIO. 3 - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 4 - A NEGATIVA DO PLANO DE SAÚDE PARA A REALIZAÇÃO DE EXAMES EM CARÁTER DE URGÊNCIA CAUSOU ANGÚSTIA À PACIENTE, GERANDO O DEVER DE INDENIZAR, CONFIGURANDO O DANO MORAL. 5 INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº. 207 DESTE TRIBUNAL. 6. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE, AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 557, DO C.P.C. (grifo nosso) (EMERJ, 2011)

Como debatido anteriormente, ainda que esteja o segurado em débito com suas mensalidades a Lei 9.656/98 proíbe, expressamente, a negativa de realização de exames, internações ou qualquer procedimento em caráter de urgência, uma vez que a proteção à vida do segurado é superior ao valor em atraso, o que demonstra a atitude irregular da operadora de plano de saúde acima colacionada.

Em outra análise:

APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DO IDOSO – REAJUSTE DE MENSALIDADE TOMANDO COMO CRITÉRIO ÚNICO A FAIXA ETÁRIA – ILEGALIDADE – PREVISÃO ABUSIVA – PRESCRIÇÃO DECENAL – REVISÃO DE CLÁUSULA ABUSIVA DE PLANO DE SAÚDE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPRÓVIDO. (TJ-MS - APL: 08258858220148120001 MS 0825885-82.2014.8.12.0001, Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Data de Julgamento: 30/03/2015, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 31/03/2015)

Como não restar evidente a quebra da boa-fé objetiva por parte de uma operadora de plano de saúde que, utilizando-se da vulnerabilidade do consumidor em idade avançada, aumenta de forma deliberada e abusiva o valor mensal a ser pago. Trata-se de conduta reprovada, inclusive, pela Lei 9.656/98, que proíbe tal ação.

Ainda nessa apreciação:

Seguro saúde. Cobertura. Câncer Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. (TJ-RO -

APL: 02828722420088220001 RO 0282872-24.2008.822.0001, Relator: Desembargador Moreira Chagas, Data de Julgamento: 15/06/2010, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 22/06/2010.)

O que se percebe, analisando as situações abusivas envolvendo as operadoras de saúde, é que o fato de estarem em um patamar superior – financeiro, informacional, profissional e jurídico -, faz com que cometam abusividades frente aos consumidores, seja pela prática do aumento abusivo dos valores, seja pela inobservância dos deveres de informação e transparência que advêm da boa-fé. Não obstante o aqui narrado tem-se também o fato de serem tais contratos, em sua maioria, celebrados pela forma “de adesão”, o que impede qualquer manifestação para alteração prejudicial ao consumidor.

Nesse sentido, corrobora Joseane Suzart Lopes da Silva (2010, p. 484):

Pressupõe-se – conforme delineado em termos de digressão sobre os atributos da boa-fé objetiva -, que se condena toda postura maliciosa daqueles que empreendem esforços para instituírem convenções, especialmente as formalizadas por meio de mera adesão, na qual prevalecem os interesses exclusivos dos que exercem uma posição de domínio. Muitos, dentre os quais as operadoras de planos de saúde, ao formularem os termos básicos da negociação, fazem uso de cláusulas obscuras ou duvidosas, para que, em momentos posteriores, possam, de modo insidioso, obter vantagens em desrespeito aos direitos dos outros. A boa-fé objetiva servirá para evitar que a conduta maliciosa do interessado prevaleça, devendo, ao passar pelo crivo judiciário, ser feita uma interpretação lastreada na exigência de que as pessoas devem atuar de modo honesto e escorreito.

Os planos de saúde enquadram-se nessa situação de contratos de adesão, motivo pelo qual a importância de observação da boa-fé se faz ainda mais latente, uma vez que os instrumentos contratuais são confeccionados ao sabor dos interesses das operadoras, sem que os consumidores tenham a oportunidade de questionar qualquer aspecto ou cláusula contratual. Nessa realidade, a incidência da boa-fé objetiva é fundamental, limitando a prática abusiva das operadoras, assim como averiguando se as mesmas não atuaram de forma desmedida nos contratos já celebrados.

Outra questão que deve ser observada sobre os ditames da boa-fé objetiva é a superioridade hierárquica existente na relação operadora –

consumidores. É inegável a condição elevada que as operadoras de saúde dispõem, abrangendo “meios econômico-financeiros e tecnológicos que lhes possibilitam uma posição de superioridade com relação aos consumidores, visto que eles não possuem o mesmo aparato para combater os devaneios a que são submetidos.” (SILVA, 2010, p. 486). Desta feita, a negociação e execução do contrato de saúde deve ser, cuidadosamente, controlado e fiscalizado à luz dos ditames da boa-fé objetiva.

Controvérsia maior se encontra, porém, ao analisar-se a questão da incidência da boa-fé objetiva e da doença preexistente no momento da celebração contratual. O conceito é empregado pelo segurador para excluir da cobertura o tratamento originário de enfermidade existente antes da celebração do negócio.

Houve, contudo, questionamento sobre o que viria a ser doença preexistente, buscando um conceito padrão no âmbito médico – jurídico. Diante da dificuldade de conceituar na esfera médica, uma vez que “é quase sempre muito difícil para o médico identificar com exatidão o momento em que o organismo abandona a higidez e transpassa o portal da doença” (SILVEIRA, 2009, p. 175), formou-se um conceito aplicado ao cunho jurídico que discute a questão, senão vejamos:

O conceito de doença preexistente é um conceito relativo, porque sempre se dará em relação a um fato. No caso concreto desta consulta, o ponto referencial será o da assinatura do contrato. Se é difícil, se não impossível, sob a ótica médica determinar com exatidão a preexistência de uma doença; isto já não ocorre do ponto de vista jurídico, onde valerá todo o conhecimento por parte do segurado em relação à sua saúde quando do momento da assinatura do contrato e da concomitante informação, se assim for solicitado. (SILVEIRA, 2009, p. 176)

Verifica-se, assim, que o conceito de doença preexistente aplicado aos contratos de planos e seguros de saúde são desprovidos de natureza médica, estando exclusivamente ligados ao negócio a ser celebrado.⁴⁵

⁴⁵ O artigo 2º da Resolução Normativa 162 da ANS considerada a doença ou a lesão preexistente como aquele que o beneficiário ou seu representante legal sabia ser portador ou sofredor no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde. Mais uma vez resta claro que a conceituação da doença previamente existente está estritamente relacionada ao contrato celebrado com a operadora de plano ou de seguro saúde, não havendo, portanto, uma definição médica para tal.

Nessa seara, ao ser contratada por consumidor com doença preexistente, a operadora passaria a assumir um risco expressivamente maior de arcar com procedimentos cirúrgicos e tratamentos médicos quando comparadas a contratações efetuadas por consumidores que não apresentassem qualquer enfermidade anterior ao negócio jurídico.

Diante desse cenário, foi necessária a intervenção legislativa na questão, buscando proteção aos consumidores, que não poderiam ficar desamparados pelo fato de serem acometidos por doenças precedentes ao contrato, bem como proteção as Operadoras de Plano ou de Seguro Saúde, que poderiam se prejudicar pela má-fé do segurado.

No que tange à proteção dos consumidores, as cláusulas contratuais que impõem a exclusão de doenças preexistentes, especialmente no seguro de vida, sem o prévio exame médico das condições de saúde do segurado e sem a prestação de informações sobre a exclusão, visam a transferir o risco da atividade econômica ao segurado, e, por conseguinte, são tidas como cláusulas abusivas.

A proteção ao consumidor encontra-se consignada no artigo 14 da Lei 9.656/1998, onde encontra-se que “ em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde”. Desta forma, por força legal, resta claro que as operadoras não podem se recusar a aceitar consumidores que já estejam acometidos por doenças e, tampouco, impossibilitar o ingresso em razão da idade.⁴⁶

A proteção ao setor atuante nesse mercado está prevista na Resolução normativa nº 162 da ANS, na qual estão estipulados os procedimentos a serem respeitados em caso de doença que preceda a contratação, assim como as obrigações das partes envolvidas no contrato.⁴⁷

⁴⁶ Cumpre destacar que a lei fala em proibição de recusa para os portadores de doença precedente aos contratos e aos que atingem idade avançada, não havendo, porém, qualquer óbice à majoração do seguro ou do plano em decorrência de tais fatos. Não se pode exigir que as operadoras de saúde suportem um prejuízo pelos exames e assistência que deverão oferecer aos pacientes que se encaixam em tais situações. Nesses casos, a prática das seguradoras ou operadoras de saúde é a de estipular um acréscimo de valor pela doença preexistente ou pela idade avançada do paciente, já prevendo que as despesas a serem suportadas fazem jus à tal elevação.

⁴⁷ Art. 5º Nos planos privados de assistência à saúde, individual ou familiar, ou coletivos, em que haja previsão de cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, contratados após a vigência da [Lei nº 9.656](#), de 1998, o beneficiário deverá informar à contratada, quando

Na maioria dos casos, ao contratar, o segurador não examina a saúde do segurado e acaba por assumir os riscos. No caso, falta à seguradora a boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil e que lhe manda agir com a cautela necessária. Falha a seguradora, nesse ponto, ao não indagar o segurado sobre a existência de problemas de saúde e não o submetendo a exame médico destinado a apurar a presença de enfermidades. Falha também por falta de transparência, já que não esclarece a questão de doenças preexistentes e das cláusulas de exclusão de cobertura.

Nessa esteira, a jurisprudência posicionou-se no seguinte sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO C/C REPARAÇÃO DE DANOS - SEGURO DE VIDA PRESTAMISTA VINCULADO A CONTRATO DE ADESÃO A GRUPO DE CONSÓRCIO - MORTE DO ADERENTE/SEGURADO - INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA NEGADA SOB O FUNDAMENTO DE DOENÇA PREEEXISTENTE À CONTRATAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE PRÉVIO EXAME MÉDICO, TÃO POUCO DE QUALQUER DECLARAÇÃO DO SEGURADO ACERCA DO SEU ESTADO DE SAÚDE À ÉPOCA DA CONTRATAÇÃO DO SEGURO - RISCO ASSUMIDO PELA SEGURADORA - CLÁUSULAS CONTRATUAIS RESTRITIVAS DE DIREITO QUE DEVEM SER INTERPRETADAS EM FAVOR DO CONSUMIDOR - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO NOS AUTOS ACERCA DA CIENTIFICAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE COBERTURA EM CASO DE FALECIMENTO DECORRENTE DE DOENÇA PREEEXISTENTE - FLAGRANTE AUSÊNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO - DEVER DE INDENIZAR INEQUIVOCAMENTE DEMONSTRADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS DE APELAÇÃO CONHECIDOS E DESPROVIDOS (TJPR, 9ª. Câm. Cív., Ap. 3.1224746, Rel. Des. Moraes Panza, j. 20.nov.2014).

expressamente solicitado na documentação contratual por meio da Declaração de Saúde, o conhecimento de DLP, à época da assinatura do contrato ou ingresso contratual, sob pena de caracterização de fraude, ficando sujeito à suspensão da cobertura ou rescisão unilateral do contrato, nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 13 da [Lei nº 9.656](#), de 1998.(Redação dada pela RN nº 200, de 2009)

§1º O beneficiário tem o direito de preencher a Declaração de Saúde mediante entrevista qualificada orientada por um médico pertencente à lista de profissionais da rede de prestadores credenciados ou referenciados pela contratada, sem qualquer ônus para o beneficiário.

§2º Caso o beneficiário opte por ser orientado por médico não pertencente à lista de profissionais da rede assistencial da contratada, poderá fazê-lo, desde que assuma o ônus financeiro dessa entrevista.

§3º O objetivo da entrevista qualificada é orientar o beneficiário para o correto preenchimento da Declaração de Saúde, onde são declaradas as doenças ou lesões que o beneficiário saiba ser portador ou sofredor, no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, além de esclarecer questões relativas aos direitos de cobertura e consequências da omissão de informações.

§4º É vedada a alegação de omissão de informação de DLP quando for realizado qualquer tipo de exame ou perícia no beneficiário pela operadora, com vistas à sua admissão no plano privado de assistência à saúde.

Em idêntico senso:

AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA - DOENÇA PREEXISTENTE OMITIDA NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE MÁ-FÉ DA SEGURADA - SEGURADORA QUE NÃO REALIZA EXAMES PRÉVIOS - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO - SENTENÇA ULTRA PETITA - AUSÊNCIA - LIMITES DA LIDE RESPEITADOS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS - RECURSO DESPROVIDO. Apelação Cível n. 1.239.304-3 (TJPR, 9ª. Câm. Cív., Ap. 12393043, Rel. Des. Domingos Perfetto, j. 30.out.2014).

No mesmo sentido:

Plano de saúde - Alegação de ocultação de *doença preexistente*. Má-fé do réu não demonstrada - Inexistência de precaução por parte da autora, que deixou de realizar exames admissionais Improcedência - Sentença mantida Recurso desprovido (TJSP, 5ª. Câm. Dir. Priv., Ap. 0008182-93.2008.8.26.0066, Rel. Moreira Viegas, j. 28.jan.2015).

Ainda nesse posicionamento:

SEGURO-SAÚDE. Doença preexistente. AIDS. Omissa a seguradora tocante à sua obrigação de efetuar o prévio exame de admissão do segurado, cabe-lhe responder pela integridade das despesas médico-hospitalares havias com a internação do paciente, sendo inoperante a cláusula restritiva inserta no contrato de seguro-saúde. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido. (REsp. 234.219-SP, DJ 20.08.2001, Rel Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, STJ)

No STF, a questão está pacificada, sendo certo que, não provada a má-fé do segurado e não tendo o segurador exigido exames prévios, a recusa é ilícita. Veja-se:

Esta Corte Superior é firme no entendimento de que, sem a exigência de exames prévios e não provada a má-fé do segurado, é ilícita a recusa da cobertura securitária sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro (STJ, 3ª. Turma, AgRg no Agravo em Recurso Especial 506.378 - PR 2014/0094548-5, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas, j. 16.set.2014).

Portanto, a partir da concepção contemporânea do princípio da boa-fé objetiva, consolidou-se o entendimento de que cabe ao segurador realizar prévio exame médico antes da celebração do contrato de seguro-saúde.

Há, porém, parte doutrinária que discorda do posicionamento acima apresentado, defendendo que, caso tenha agido o segurado de má-fé, ainda que ausente o exame prévio, não deverá a seguradora ou operadora de planos de saúde honrar e arcar com as despesas advindas do tratamento médico.

O artigo 5º da Lei dos Planos e Seguros de Saúde é preciso ao dizer que compete ao futuro segurado, naquele instante consumidor, a obrigação de informar acerca do conhecimento de doença ou lesão preexistente no momento da celebração do contrato, sob pena de suspensão à cobertura ou rescisão unilateral do contrato, sob a alegação de fraude.

Asseverando tal posicionamento, enfatiza Maria Helena Diniz (2014, p. 553):

(...) é um contrato de boa-fé (CC, arts. 765,766 e parágrafo único), pois o contrato de seguro, por exigir uma conclusão rápida, requer que o segurado tenha uma conduta sincera e leal em suas declarações a respeito do seu conteúdo, do objeto e dos riscos, sob pena de receber sanções se proceder com má-fé, em circunstâncias em que o segurador não pode fazer as diligências recomendáveis à sua aferição, como vistorias, inspeções ou exames médicos, fiando-se apenas nas afirmações do segurado, que por isso deverão ser verdadeiras e completas, não omitindo fatos que possam influir na aceitação do seguro.

Na mesma esteira, sustenta Fabio Ulhoa Coelho (2014, p. 545):

O segurado tem o dever de prestar informações verídicas para que a seguradora possa dimensionar o risco a que se submete o interesse objeto do contrato e o valor do prêmio a ser pago. A inobservância deste dever é sancionada com a perda do direito ao seguro, em prejuízo da cobrança do prêmio (CC, art. 766).

Por fim, ao defender que a boa-fé tem papel fundamental e de destaque na celebração dos contratos de seguro, Fernando Scaff (2010, p. 39) estatui que por boa-fé significava dizer “que a seguradora se remete inteiramente à lealdade do segurado: ela se refere a essas declarações sem estar obrigada, de maneira geral, a verificar todos os elementos declarado.”

Para melhor embasar o posicionamento apresentado, colaciona-se alguns julgados:

ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR. Seguro saúde. Doença preexistente omitida pela associada. Recusa de cobertura, sob a

alegação de existência de cláusula restritiva expressa, clara e inequívoca comprovação de má-fé da segurada, já que omitiu informações no questionário admissional para constatar as condições gerais de sua saúde. Recusa justa. Recurso provido. (TJ-SP - AC: 4000014600 SP, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 19/02/2009, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/03/2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. DECLARAÇÃO DE SAÚDE PREENCHIDA PELO AUTOR. INTERNAÇÃO DE DEPENDENTE QUÍMICO. DOENÇA PREEXISTENTE. PRAZO DE CARÊNCIA NÃO CUMPRIDO. NEGATIVA. LEGALIDADE. 1. Admitese, na contratação de planos de saúde, a existência de cláusulas restritivas, as quais, porém, devem ser redigidas, com destaque e clareza, de forma que permitam imediata e fácil compreensão, atendendo os requisitos do § 4º do art. 54 do CDC. 2. Aditivo contratual de Cobertura Parcial Temporária, no qual consta a assinatura do autor-agravante, onde este declara não ser usuário de drogas e afins. Expressa previsão que tratamentos ligados a estas substâncias devem respeitar o prazo de carência de 24 meses. (TJ-PE - AGV: 3048228 PE, Relator: José Fernandes, Data de Julgamento: 08/01/2014, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 14/01/2014)

Diante da controvérsia doutrinária e jurisprudencial em tela defende-se que, tanto os consumidores quanto as operadoras de planos de saúde apresentam obrigações que devem ser respeitadas quando da celebração do contrato, e, em caso de descumprimento, poderão sofrer a responsabilização equivalente.

Devemos nos ater ao fato de que existe um contrato celebrado entre as partes para que a cobertura do plano ou seguro de saúde passe a ter validade, e presume-se a incidência da boa-fé antes, durante e depois da celebração contratual.

Sendo assim, às operadoras de planos de saúde cabe se resguardar no momento que precede a celebração do contrato, através de exame médico, não sendo cabível alegação posterior de existência de lesão ou doença que precedeu o contrato, salvo nos casos em que fique comprovada a má-fé do consumidor.

Aos consumidores, para aqueles que tenham conhecimento de moléstia preexistente, cabe o dever de informação à seguradora ou operadora de saúde no momento que antecede a contratação, objetivando assim a cobertura completa de sua saúde, a atuação de boa-fé perante à seguradora, que não arcará com prejuízos no tratamento visto ter conhecimento da doença

existente, bem como a impossibilidade de imputação a si de futura responsabilidade por atuação de má-fé.

Como remate, é importante reiterar o entendimento esposado acerca da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva na prestação de informações limitativas, exclusões de responsabilidade e termos técnicos relacionados ao contrato de seguro-saúde.

4.5 ANÁLISE DO CASO DA UNIMED PAULISTANA E A QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA

O Sistema Empresarial Cooperativo Unimed é uma das maiores empresas de prestação de serviços médicos do mundo e a maior do ramo no Brasil. Fundado no Brasil em 1971, congrega mais de cem mil facultativos e possui mais de cem hospitais próprios no País. Seu ambiente negocial é o dos planos de saúde e dos contratos de seguro-saúde. Este sistema está ramificado nos principais Estados da Federação. Suas unidades estaduais são chamadas “Federações”, sendo certo, ainda, que existem unidades que atuam em âmbito municipal.

Dentre as várias unidades menciona-se a Unimed Paulista, que, desde o ano de 2009, está envolta em múltiplos e graves problemas administrativos e financeiros, sofrendo, por isso, intervenção da Agência Nacional de Saúde (ANS).⁴⁸ Não tendo a operadora cumprido as obrigações ditadas pela agência, entrou em colapso, deixando em risco mais de 740 mil associados. Estes, de uma hora para outra, viram-se sob ameaça de desassistência.⁴⁹

⁴⁸ A Unimed Paulista enfrentava há anos uma crise financeira e fechou o ano de 2014 com patrimônio líquido negativo em R\$169 milhões e um passivo tributário de R\$ 263 milhões, segundo o último relatório. Nesse mesmo relatório informou ter, ao final do ano de 2014, mais de 2.300 médicos cooperados, 231 clínicas e 87 hospitais credenciados, e um total de mais de 4,2 milhões de consultas realizadas no ano. A Unimed Paulista era a quarta maior empresa do sistema Unimed Brasileiro. (Fonte: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/02/ans-retira-unimed-paulistana-do-mercado-de-planos-de-saude.html>)

⁴⁹ Importante salientar que problemas como os que serão aqui relatados não são exclusivos da já bancarota Unimed Paulista. A Unimed do Rio de Janeiro, mesmo sendo a maior das cooperativas do sistema Unimed do Brasil (com faturamento de 4,6 bilhões de reais), teve prejuízo de 200 milhões de reais no ano de 2014. As dívidas, em setembro de 2015, chegavam a 1 bilhão de reais e fornecedores tiveram pagamentos atrasados durante todo o ano passado. A cooperativa carioca, que por mais de 16 anos patrocinou o time de Futebol Fluminense com 25 milhões de reais ao ano cancelou o contrato e sofreu, em março de 2015, a intervenção da

É importante salientar que muitos dos clientes sob risco encontravam-se já há muitos anos em contrato com a operadora.⁵⁰ Inviabilizada a prestação dos serviços, a operadora simplesmente pré-avisou seus associados, fazendo-lhes saber que cessaria a cobertura.

Diante disso, a ANS determinou a transferência compulsória dos associados a outras entidades que exploram o ramo, encargo que a operadora vem realizando desde então.

Chama a atenção a conduta da operadora, violadora do princípio da boa-fé objetiva. Não pode ela, depois de décadas executando as obrigações contratuais, fornecendo cobertura a milhares de associados, em quem criou expectativas e de quem sempre recebeu contraprestação pecuniária, abandoná-los imotivadamente.

Ocorre que nova contratação com outras operadoras imporá sérios ônus aos associados, que, dentre vários encargos, terão de cumprir novo prazo de carência e começarem do zero novo negócio jurídico, certamente mais caro e menos vantajoso que o contrato mantido com a antiga operadora.⁵¹ Muitos

Agência Nacional de Saúde (ANS) que está a supervisionar o dia a dia para conter eventuais danos e gastos. Em que pese esse cenário preocupante, o atendimento aos pacientes continua normal. (Fonte: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1098/noticias/na-unimed-o-perigo-ainda-nao-passou>)

⁵⁰ Cerca de 740.000 paulistanos (o equivalente a 10% da população da capital) eram conveniados à Unimed Paulistana, sendo tal companhia a maior do gênero no estado. Desde o fim de 2015, vários clientes enfrentaram problemas sérios no que tange à operadora de saúde. Por dezenas de hospitais e consultórios pipocaram epopeias de pacientes deixados à própria sorte, que arcaram com as consequências da falta de atendimento ou gastaram com cirurgias e internações, devido ao colapso do negócio. A revista Veja São Paulo abordou inúmeros casos de então segurados que tiveram dificuldades para encontrar um novo plano, nos moldes do anterior, ou que tiveram de arcar, no susto, com procedimentos cirúrgicos e tratamentos que totalizaram valores altos, e que agora buscam via judiciário a indenização pelo gasto suportado. (Fonte: <http://vejasp.abril.com.br/materia/unimed-paulistana-falencia-vitimas-capa>)

⁵¹ No dia 02 de setembro de 2015 a ANS determinou a alienação compulsória da carteira de benefícios da Unimed Paulistana e estipulou o prazo de 30 dias para a transferência dos planos a uma operadora que deveria possuir situação econômico-financeira adequada e manter as condições dos contratos sem prejuízo aos consumidores, sem exigir qualquer tipo de carência. Contudo, tal prática não foi o que se deu, conforme os relatos trazidos por notícias vinculadas na internet. A situação mais alarmante encontrada foi a do advogado José Alexandre Amaral, que presenciou a mensalidade do plano realizado para a família (ele, esposa, filha e seus pais) saltar de R\$ 2.663,91 para R\$ 4.860,20. Destaque se dá para o que tange aos genitores, onde o aumento da cobrança foi de 118%. Diante da perspectiva assustadora o advogado não aderiu ao novo plano e teve de recorrer à Justiça para realizar uma cirurgia bariátrica de urgência. (Fonte: <http://noticias.band.uol.com.br/cidades/noticia/100000774150/unimed-paulistana-novos-planos-custam-30-a-mais-com-mudan%C3%A7a.html>)

deles são idosos, portadores de patologias severas e que exigem acompanhamento constante e sem solução de continuidade.

Nesse sentido, não era lícito à operadora relegar ao abandono seus associados. Era dever seu reconduzi-los a nova operadora, assegurando-lhes as mesmas vantagens oferecidas no contrato original. O que se vislumbrou foi um abandono e à deriva dos assegurados, que deveriam, sem a intervenção da prestadora de serviços, procurar outra operadora ou seguradora para não perderem a proteção até então existente.

Destaca-se um trecho da nota vinculada pela Unimed Paulistana à época dos fatos:

Para a garantia de atendimento aos beneficiários da Unimed Paulistana, a ANS prorrogou por mais 30 dias o prazo para que esses consumidores exerçam a portabilidade de carências para plano com segmentação assistencial equivalente ao antes contratado junto à Unimed Paulistana. Desta forma, a Unimed do Brasil reitera o alerta da ANS para que os beneficiários da Unimed Paulistana realizem a migração o mais rápido possível para assegurar o atendimento por meio de outros planos de saúde. (<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/02/ans-retira-unimed-paulistana-do-mercado-de-planos-de-saude.html>)

O desrespeito à obrigação de assegurar aos associados os direitos que vinham exercendo ao longo dos anos e pelos quais sempre pagaram justifica a intervenção da ANS. O fundamento é a ruptura do princípio da boa-fé objetiva e a quebra do objetivo contratual.

O contrato em questão consiste na obrigação de a operadora garantir o tratamento à saúde do segurado sempre que necessário. De tal modo, os consumidores, ao adquirirem um contrato médico-hospitalar, pretendiam assegurar proteção contra riscos à sua saúde ou de seus familiares. E sendo futuro e incerto o risco à saúde para o qual se busca proteção, na sua ocorrência, surgiria então a obrigação da empresa, em virtude do pactuado, de prestar ao consumidor e aos seus familiares ou dependentes os serviços contratados, quais eram, a realização e consultas, exames e tratamentos médicos, internações hospitalares, intervenções cirúrgicas, etc.

Destaca-se o fato de que, ainda que prestada pela iniciativa privada, a saúde não perde seu caráter de relevância pública, o que impõe restrições e cuidados a todos aqueles que decidem prestar serviços de saúde e, sem

dúvida, devem arcar com as responsabilidades pela má-gestão das carteiras de vidas por ele administradas.

Ademais, a vinculação existente entre consumidor e fornecedor nesta modalidade contratual é marcada por serviços de trato sucessivo. É no contexto desta relação jurídica, marcada pelo trato sucessivo de suas prestações, dependência e expectativa quanto à segurança de determinado plano de assistência médico-hospitalar, que o segurado acabou sendo surpreendido pela falta de continuidade dos serviços que eram prestados pela Unimed Paulistana, e com o total descaso de tal cooperativa em garantir o efetivo cumprimento do contrato.

O contrato firmado pelos segurados com a cooperativa tem o dever de observar, inclusive na fase pós contratual, dentre outros princípios da boa-fé, previsto no artigo 422 do Código Civil e no artigo 4, inciso III do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, é importante salientar que no caso em comento está-se diante de uma relação de consumo, haja vista figurar de um lado o consumidor que contratou o plano de saúde e do outro a Unimed Paulistana.

Corroboram esta afirmação as súmulas 469 do Superior Tribunal de Justiça e 100 do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Súmula 469: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Súmula 100: O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.

No caso em questão, uma vez que a cooperativa Unimed é afamada pela sua notoriedade no segmento, bem como pelo atendimento a mais de um milhão de consumidores em todo o Brasil, cria, no consumidor, uma expectativa uníssona de segurança, de bom investimento e alto grau de confiança, de modo que, com a conduta praticada acabaram por violar o princípio da boa-fé objetiva, visto que, na prática, não honraram com a segurança e confiança que era esperada.

Sobre confiança nos contratos de consumo a Professora Claudia Lima Marques (2006, p. 104) assim leciona:

De modo que, pela **Teoria da Confiança, hoje majoritária, admite-se a responsabilidade de quem, por seu comportamento na sociedade, faz nascer no outro contratante a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações.** Vamos observar reflexos desta teoria no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, **quando a publicidade ou as informações prestadas pelo vendedor vão ser inseridas no contrato (art.30), uma vez que criam no consumidor justificadas expectativas em relação ao bem, ao serviço ou as obrigações acessórias ao contrato.** Em outras palavras, na nova concepção de contrato, o declarante deve responder pela confiança que o outro contratante nele depositou ao contratar. (Grifo nosso).

O ensinamento supra colacionado coaduna-se perfeitamente com a situação fática que aqui se leva à apreciação, já que o que foi apresentado, ofertado e vendido ao segurado pela Unimed Paulistana, não é o que de fato o consumidor poderá usufruir, pois, desde que ocorreu a alienação da carteira e da cooperativa em questão o consumidor se vê abandonado à própria sorte no que tange à sua saúde, buscando outras alternativas, sendo que muitas delas são expressivamente mais caras do que os valores anteriormente pagos.

Frise-se, nesse sentido, que a alienação compulsória da Unimed Paulistana é violação expressa ao princípio da boa-fé objetiva.

No mesmo sentido, cabe destacar que a confiança depositada pelo consumidor na cooperativa foi potencializada por ela mesma. Tal prática, introduzida no mundo jurídico, exemplifica a denominada Teoria da Aparência, que se resume no que é apresentado ao consumidor ao adquirir um produto ou serviço. Quando adquiriu o produto “plano de saúde Unimed”, o consumidor aderiu a toda a segurança, nacionalmente conhecida, do grupo ao qual a cooperativa paulistana fazia parte. Desta feita, é por tal razão se dizer que a confiança depositada pelo consumidor na cooperativa foi, por ela mesma, majorada.

A jurisprudência é uníssona na aplicação da teoria da aparência no caso em comento, ao considerar que o:

Sistema Nacional Unimed que se fragmenta pelo país, em várias pessoas jurídicas distintas, aparentando para o consumidor ser uma única empresa. Responsabilidade no atendimento ao conveniado entre as cooperativas de trabalho da mesma operadora. (...)
(Relator(a): Fábio Podestá; Comarca: Santos; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/03/2015; Data de registro: 15/04/2015)

De acordo com o voto condutor do acórdão,

(...) esta Corte Recursal possui entendimento de que a rede Unimed constitui uma entidade única, subdividida em diversas outras. Referida constatação é evidenciada pelo uso do mesmo nome comercial "UNIMED" e logotipo comum, de forma a refletir tal imagem perante os consumidores. Conquanto as diversas unidades da Unimed sejam autônomas, são interligadas e integram um mesmo grupo econômico, aparentando entidade única ao consumidor. Deve-se prestigiar a boa-fé nas relações de consumo, onde há prestação de serviços intermediada em sistema de intercâmbio pelas rés.

Diante do exposto, resta evidente, portanto, que o direito dos consumidores de serem amparados pela própria Unimed e não terem de, por conta e risco próprios, buscar um novo contrato de plano ou seguro saúde, possui total respaldo legal, doutrinário e jurisprudencial, visto que celebraram um contrato de cunho civil e consumerista, devendo as partes honrarem com a boa-fé objetiva e os deveres anexos dela decorrentes, em que pese já se esteja na fase pós contratual, visto a alienação.

CONCLUSÃO

É sabido que ao celebrar um contrato dá-se às partes a possibilidade de avençarem da forma como melhor lhe aprouverem, buscando acertar as vontades e trazer o resultado que almejam com o negócio, tendo assim a autonomia privada. Os efeitos jurídicos criados por tal contrato emanam da autonomia concedida às partes uma vez que a essência do contrato está na discricionariedade concedida a quem o celebra.

Por muitos anos a Teoria Clássica vigeu no ordenamento jurídico pátrio, assegurando que a vontade das partes era lei, ainda que trouxesse desequilíbrio e prejuízos aos contratantes ou a terceiros. Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 observaram-se significativas alterações no Direito Privado e no Direito Civil – o que chamamos de constitucionalização do Direito Civil -, passando a incidir a Teoria Pós-Moderna, a qual determinava que embora fosse a vontade o centro do contrato, deveria haver o respeito a certos princípios norteadores de todas as relações jurídicas existentes.

Os princípios mencionados e defendidos pela Teoria Pós-Moderna tratam-se da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Anteriormente à vigência da codificação civil de 2002 era adotada no Brasil a boa-fé subjetiva, baseada na vontade do agente, relacionada com a sua consciência, com o psicológico e com o conhecimento ou não sobre determinado fato tido como prejudicial. Após a transição da Era Moderna para a Pós-Moderna a boa-fé com caráter de subjetividade deu espaço à boa-fé objetiva, a qual concebe um modelo de conduta social, um *standart* jurídico fundamentado na cooperação, lealdade, confiança e honestidade.

O princípio da boa-fé objetiva tem como grande virtude fazer florescer nas partes de um contrato a atuação recíproca de cooperação em todas as fases contratuais, e não somente nas tratativas ou enquanto o objetivo é almejado. Deve cada contratante ser honesto e leal a todo o instante, sob qualquer situação, ainda que lhe traga prejuízos. Denota-se assim que, a autonomia da vontade anteriormente mencionada passou a ser limitada pelo princípio da boa-fé objetiva, visto que na vigência do direito civil constitucional deve haver uma limitação ao exercício do direito subjetivo das partes,

impedindo que ocorram desigualdades ou desequilíbrios a algum dos lados ou à coletividade.

Forçoso ainda ressaltar a necessidade de respeito à boa-fé objetiva como cláusula geral dos contratos, o que ocasiona a observância como princípio real, basilar e incidente em todas as contratações, do qual surgem derivações, os chamados deveres colaterais de conduta. Tratam-se de deveres anexos ao princípio em questão – lealdade, honestidade, informação, transparência, cooperação -, e que, muito embora não estejam expressamente descritos nas cláusulas contratuais devem ser considerados e exercidos pelas partes, uma vez decorrerem de cláusula geral.

O Código Civil dispõe expressamente em seu texto a obrigação dos contratantes guardarem, em todas as fases contratuais a probidade e a boa-fé, sendo, pois, uma conduta a ser seguida por todos. Pois bem. Por força normativa o que se contrata, como e os efeitos que se deseja produzir, devem nascer de vontade séria, honesta e que traga equilíbrio entre as partes, sem a predominância do individualismo outrora dominante, mas sem perder de vista a possibilidade de autonomia privada e de defesa aos interesses sociais e coletivos.

Em que pese a existência de inúmeros contratos possíveis de serem celebrados observou-se que, em decorrência da ineficaz atuação do Poder Público e da busca constante por proteção, a coletividade tem celebrado, em índices elevados, contratos que visam a proteção à vida e à saúde. O anseio em amparar ao bem mais precioso tem feito com que a população pátria contrate serviços particulares para suprir a insegurança gerada pela atuação estatal. É nessa realidade que se analisou o contrato de saúde, e mais especificamente a incidência da boa-fé objetiva nessa gama contratual.

Que a boa-fé objetiva tem incidência em todos os contratos já restou claro e não há como discutir, visto ser determinação legal. Porém, avaliando entendimentos jurisprudenciais restou evidente que por vezes, segurado, seguradora ou operadoras de planos de saúde ignoram a incidência da boa-fé objetiva no contrato, em decorrência de interesses próprios e prejudiciais ao contrato como um todo.

Todavia, o princípio da boa-fé objetiva exige das partes condutas de lealdade, probidade e confiança tanto na formação, quanto na execução e na

fase pós-contratuais, não mais se admitindo, portanto, que as partes atuem no sentido de prejudicar uma a outra, mas sim que dirijam sua vontade no sentido de efetivar o contrato de saúde utilizando-se de boa-fé.

Analisando o caso específico dos contratos de saúde e a incidência da boa-fé questionou-se sobre a escada pontiana: teria a boa-fé incidência em qual plano do negócio jurídico – existência, validade ou eficácia? Por ser a boa-fé cláusula presente e incidente em todas as fases contratuais verificou-se reflexos advindos de eventual violação dos deveres secundários, em cada degrau pontiano, demonstrando assim que a inobservância da cláusula geral é capaz de gerar inexistência, invalidade ou ineficácia ao negócio jurídico celebrado, em especial ao contrato de saúde.

Observou-se ainda que, sendo de sua essência a boa-fé objetiva, o contrato de seguro e, especialmente sua modalidade seguro-saúde, postula a observância dos deveres anexos de informação e transparência. Eles ocorrem quando os contratantes, segurador e segurado, informam um ao outro as circunstâncias e particularidades capazes de influir na aceitação das propostas.

Note-se que, conquanto a modalidade contratual em questão esteja sob a égide do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o dever de informação é de ambos os contratantes, e não só do segurador. Isso decorre não apenas do art. 422 do Código Civil, mas também da natureza principiológica da boa-fé objetiva, que funda as normas do Direito Contratual.

No caso de seguro-saúde, uma das aplicações práticas do princípio da boa-fé objetiva repousa na interpretação do contrato quando o segurado omite doença preexistente. Em tal caso, é de averiguar se a doença ocultada é grave o bastante para alterar a proposta formulada pelo segurador. Em caso positivo, justa é a recusa à cobertura. Em caso negativo, injusta será a recusa.

Naquelas hipóteses em que o segurado, agindo em boa-fé, declara ser portador de doença grave e o segurador dispensa a realização de exames de saúde prévios, há quebra da boa-fé por parte do segundo, que se omitiu quando era dever seu exigir os exames. Nesse caso, o segurador assumirá os riscos de sua omissão.

O dever de informação, derivação da boa-fé objetiva, é de extrema importância no contrato de seguro-saúde. Por isso devem as partes observar

com rigor seu dever de informar, atingindo, com isso, a ideia da transparência contratual, um dos cânones de regência do contrato de consumo.

Ademais, conclui-se que, no contrato de saúde, o princípio da boa-fé objetiva, ou os deveres que dela decorrem, necessitam estar presentes nas atitudes do segurado e seguradora, futuro paciente e operadora de saúde, com a finalidade de garantir segurança e confiança ao negócio jurídico celebrado.

Ao fim, analisando a situação da Unimed Paulistana, que ao ter falência decretada demonstrou que, embora a boa-fé tenha força normativa, assegurada pelo Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e leis esparsas, por vezes ela ainda é inobservada trazendo inúmeros prejuízos às partes contratuais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *A boa-fé na relação de consumo*. Revista Direito do Consumidor, São Paulo, RT, v. 14, abr.-jun. 1995.

_____, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Resolução*. 2. Ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALBUQUERQUE, J.B Torres de. *Contrato de Seguro no novo Código Civil*. Edijur, São Paulo, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALVES, Ribamar. *Comissão parlamentar de Inquérito sobre Planos de Saúde*. 2003. Disponível em <<http://manager.sinlabpr.com.br/files/Arquivos/Downloads/Relatorio%20Final%20Aprovado.pdf>>. Acesso em 16 abril 2016.

ALVIM, Pedro. *O Contrato de Seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. Ed., ver. Modificada aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

AMARAL, Francisco. *O Direito Civil na Pós- Modernidade*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

ANDRADE, Mônica Viegas; LISBOA, Marcos de Barros. *O Seguro-Saúde nos Estados Unidos*. Revista Conjuntura Econômica. Julho/2000, vol 54, n.7. Fundação Getúlio Vargas – Instituto Brasileiro de Economia – FGV/ IBRE. p. 47 a 52.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *A boa-fé na formação dos contratos*. Revista da Faculdade de Direito USP, São Paulo, nº 87, pg 79-90, 1992

_____, *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*. 4ª edição. Saraiva, 02/2002. VitalSource Bookshelf Online.

_____, *Teoria geral do direito: estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Lucas Abreu. *Evolução histórica*. In: MORRIS, Amanda Zoe; BARROSO, Lucas Abreu (Coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do Negócio Jurídico Nulo*. Tese Doutorado Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. Disponível em: <
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp029464.pdf>> Acesso em: 12 junho 2016

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do negócio jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual – Plano de Existência*. 2007. Disponível em: <
www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_maio2008/docente/doc2.doc>. Acesso em: 12 junho 2016

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil*. – Salvador: Edições Juspodivm, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 junho 2016.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>, Acesso em: 11 junho 2016.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Súmula 469. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=consumidor&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 11 junho 2016.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo em Recurso Especial nº 506.378-PR. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <
<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/141694194/agrg-no-agravo-em-recurso-especial-n-506378-pr-do-stj>>. Acesso em: 17 junho 2016.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul*. Apelação Civil nº 0825885-82.2014.8.12.001. Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Disponível em <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204836996/apelacao-apl-8258858220148120001-ms-0825885-8220148120001/inteiro-teor-204837026>. Acesso em: 11 junho 2016.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Acórdão nº 02196379. Relator: Teixeira Leite. Disponível em: <
<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2361309/apelacao-civel-ac-4000014600-sp/inteiro-teor-100922190>>. Acesso em: 17 junho 2016.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Apelação Civil nº 0007924-66.2013.8.26.0597. Voto n. 5.385 – Gilson Miranda - Relator.

Disponível em: <
http://webmail.oabsp.org.br/service/home/~/ACORD%C3%83O.pdf?auth=co&loc=pt_BR&id=44345&part=2>. Acesso em: 18 Outubro 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Apelação Civil 10519677320148260100. Relator: Des Fábio Podestá. Disponível em: <
<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/174550412/apelacao-apl-10519677320148260100-sp-1051967-7320148260100>> Acesso em: 11 junho 2016.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Súmula 110 TJSP. Disponível em: <
<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/SecaoDireitoPrivado/Jurisprudencia/Jurisprudencia.aspx?Id=4547>>. Acesso em 11 junho 2016.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco*. Agravo de Instrumento 3048228. Relator: José Fernandes. Disponível em: <
<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159614203/agravo-agv-3048228-pe>>. Acesso em 17 junho 2016.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1999

BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial*. Col. Profº Agostinho Alvim. 2ª edição, Saraiva, 05/2008. VitalSource Bookshelf Online.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad. Seminario de Filosofía del Derecho. n. 21, I, 1998, p. 209-220

CAMPOS, Diego Araujo. *Direito Internacional: público, privado e comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARLINI, Angélica; FARIA, Maria da Glória. *Fundamentos Jurídicos e Técnicos dos Contratos de Seguro – O dever de proteção de Mutualidade*. In: *Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil: direito empresarial e direito do consumidor/ coordenação Bruno Miragem e Angélica Carlini*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO SOBRINHO, Lineu Rodrigues de. *Seguros e Planos de Saúde*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001.

CATALAN, Marcos Jorge. *Autonomia Privada: O poder jurígeno dos sujeitos de direito*. In *Scientia Iuris*, v.5/6, páginas 430-463, 2001/2002. Disponível em: <
<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/11197/9957>>. Acesso em: 12 junho 2016.

CHAGAS, Carlos Orlandi. *Novos defeitos do Negócio Jurídico*. Tese de Doutorado em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-20012015-161629/pt-br.php>> Acesso em: 14 junho 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito da empresa*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994

CONSTITUIÇÃO ARGENTINA. <http://www.constitution.org/cons/argentin.htm> Acesso em 19 abril 2016.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984, vol.1.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 6 ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1994

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007

DE CARA, Marília. *A aplicabilidade do seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores no âmbito da administração das companhias*. Dissertação Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EMERJ, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. *Curso de Direito em Saúde Suplementar*. Judicialização da Saúde, parte 1: saúde suplementar no direito brasileiro. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaodasaude.pdf>> Acesso em: 11 junho 2016.

EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Harbra, 2004.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas*. Editora Juspodivm, 2º série, 2013

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Planos de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FIUZZA, César. *Direito civil: curso completo*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. Reflexões sobre a bioética e o consentimento esclarecido. Artigo publicado na Revista Bioética, v. 2, n. 2, 1999, pp. 129 a 135. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/458/341>. Acessado em 29 abril 2016

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Os Deveres Contratuais nas Relações Cíveis e de Consumo*. Curitiba, Juruá, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, volume 4, tomo II: contratos em espécie. 7ª edição. Saraiva, 12/2013. VitalSource BookShelf Online.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil — Parte Geral*. 8. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Volume 3: contratos e atos unilaterais. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HALPERIN, Isaac. *Contrato de Seguro*, Buenos Aires, 1966, 2ª Edição.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JR PUCCINELLI, André. *Col. Ícones do Direito – manual de direito civil*. Volume único, 1ª edição. Saraiva, 2/2015. VitalSource Bookshelf Online.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. *Teoria Geral dos Contratos Cíveis*. 2º Edição – Editora Juspodivm, 2009

LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 2001.

LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo: Atlas, 2012. 212 p. ISBN 9788522468966

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. Artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, n. 37, jan/mar. 2001, pp. 59 a 76.

_____. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Consumidores de seguros e planos de saúde*. In: Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LYRA, Marcos Mendes. *Controle das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MARENSI, Voltaire Giavarina. *O seguro no direito brasileiro*. São Paulo: Thompson, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O novo processo civil*. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Os princípios do contrato na nova ordem civil*. 2004. Artigo disponível em < <https://jus.com.br/artigos/5996/os-principios-do-contrato-na-nova-ordem-civil>>. Acesso em 24 de março de 2016.

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

_____, Mercado e solidariedade social entre *cosmos e táxis*: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

MARTINS, João Marcos Brito. *Direito de seguro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20ª edição. Saraiva, 12/2013. VitalSource. Bookshelf Online.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 10ª edição. 7/2015. VitalSource. Bookshelf Online.

MIRAGEM, Bruno. *Diretrizes interpretativas da função social do contrato*. In: Revista de Direito do Consumidor. v.56. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Direito do Consumidor: Fundamentos do Direito do Consumidor: Direito Material e Processual do Consumidor: Proteção Administrativa do Consumidor: Direito Penal do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, v III, 1972.

MIRANDA, Custodio de Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do negócio jurídico*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: LÚMEN Juris, 2001, p. 167-190.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed., Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: volume 1: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Fernanda Chaves. *Fundamentos técnicos-atuariais do Seguro*. In: *Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil: direito empresarial e direito*

do consumidor/ coordenação Bruno Miragem e Angélica Carlini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *O novo Código Civil e seus critérios*. 2002. Artigo disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>>. Acesso em 14 outubro 2015.

_____. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*. 2002. Artigo disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vqgcc.htm>>. Acesso em 15 outubro 2015.

REINALDO FILHO, Demócrito. *A natureza jurídica do plano de saúde coletivo: sua repercussão em termos de abusividade da cláusula que permite o reajuste por sinistralidade*. 2004. Artigo disponível em <https://jus.com.br/artigos/5424/a-natureza-juridica-do-plano-de-saude-coletivo/1>. Acesso em 21 abril 2016.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde & consentimento informado*. 2ª ed. (ano 2008), 3ª reimpr. Curitiba: Juruá: 2012.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALVATORI, Carlos Eduardo D'Elia. *Incidência dos Princípios da Boa-fé e da Função Social conforme os Planos do Negócio Jurídico*. Dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri: Manole, 2004. 97 p. (Cadernos de direito privado; série da Escola Paulista da Magistratura v. 1.) ISBN 85-204-1928-3

SANTOS, Ricardo Bechara. *Direito de seguro no cotidiano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. Saraiva, 05/2010. VitalSource Bookshelf Online.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil dos planos & seguros de saúde*. 1ª ed. (ano 2003), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004.

SÉGUIN, Élide. *Biodireito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Ivan Oliveira. *Curso de Direito do Seguro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 287 p. (Biblioteca de teses ISBN 85-7147-437-X);

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

SILVEIRA, Alípio. *A boa-fé no código civil*. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda, 1973, t I e II.

SILVEIRA, Karyna Rocha da. *Doença Preexistente nos Planos de Saúde*. 1ª edição. Saraiva, 05/ 2009. VitalSource Bookshelf Online.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 2008.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual: Aspectos doutrinários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 3. Ed. São Paulo: Método, 2008, V. 3.

_____. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. 2005. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjd66_7mdrLAhUHkx4KHfHWDuQQFghBMAY&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fartigos%2FTartuce_duty.doc&usq=AFQjCNEat4i1P9GT_B4cibY3AJSq_CKUG&sig2=ZTKnvHy0GLOJ2u9w70tNGw&bvm=bv.117604692,d.dmo>. Acesso em 25 março 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5 – 2003-2004. Disponível em <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>>. Acesso em: 15 de março de 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Lições fundamentais de direito*. Londrina: Ed. do Autor, 2006. 2.v

TORRES, Bernardo Zuleta. *El contrato de Seguro en el nuevo Código de Comercio*. Editora Temis Librería, Colombia, 1981.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós modernidade*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil: contratos em espécies*. Vol 3, 19ª edição. Saraiva, 2012. VitalSource Bookshelf Online.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A suppressio e o direito à prestação de contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 915, 2012.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. CARRO, José Luis (Trad.). 2. ed. Madrid: Civitas, 1979.

<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/02/ans-retira-unimed-paulistana-do-mercado-de-planos-de-saude.html>

<http://vejasp.abril.com.br/materia/unimed-paulistana-falencia-vitimas-capa>

<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1098/noticias/na-unimed-o-perigo-ainda-nao-passou>)

ANEXOS