



**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE**  
**BRUNA DA ROCHA CECHINEL**

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA BOA-FÉ OBJETIVA NA RESILIÇÃO UNILATERAL DE PLANO DE SAÚDE DE NATUREZA COLETIVA POR PARTE DA SEGURADORA**

**CRICIÚMA**  
**2013**

**BRUNA DA ROCHA CECHINEL**

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA BOA-FÉ OBJETIVA NA RESILIÇÃO UNILATERAL DE PLANO DE SAÚDE DE NATUREZA COLETIVA POR PARTE DA SEGURADORA**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

Orientadora: Msc. Sheila Martignago Saleh

**CRICIÚMA**

**2013**

**BRUNA DA ROCHA CECHINEL**

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA BOA-FÉ OBJETIVA NA RESILIÇÃO UNILATERAL DE PLANO DE SAÚDE DE NATUREZA COLETIVA POR PARTE DA SEGURADORA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito Constitucional.

Criciúma, 14 de novembro de 2013.

---

Professora e orientadora Sheila Martignago Saleh, Mestre.  
Universidade do Extremo Sul Catarinense

---

Professor Gustavo Miranda Schlösser  
Universidade do Extremo Sul Catarinense

---

Professor Vladimir Trizotto  
Universidade do Extremo Sul Catarinense

*Aos meus pais.  
Aos meus irmãos Adriano e Cleber.  
Ao meu amado Ivan.  
Ao meu afilhado Kelvin.  
Eles sabem por quê.*

## **AGRADECIMENTOS**

Quem me dera pudessem minhas mãos descrever o que passa em meu coração. Lamento não ter recebido o dom da palavra culta e o toque de poeta. Sinto, por outro lado, ter sido agraciada com a fonte de todas as belas palavras: o amor. E o amor, na sua simplicidade, não exige palavras nem poesia. Basta amar.

Por isso, com muito amor, quero agradecer, primeiramente, aos meus pais, por sempre me guiarem pelo caminho do bem, por me ensinarem, dentre tantas virtudes, a ser uma pessoa honesta, a olhar o outro com igualdade, a ajudar a quem precisa, a lutar por aquilo em que acredito e a fazer tudo com dedicação.

Obrigada por me fazerem enxergar que todo o bem que eu faço hoje é realizado em prol da minha própria consciência e paz interior. Obrigada por me mostrarem que não há dinheiro que pague ou que compre a felicidade, porque ela é resultado das nossas próprias ações e não das coisas materiais a nossa volta.

Obrigada por me incentivarem a estudar e a dar sempre o melhor de mim em tudo o que fizer, a reconhecer o trabalho dos outros e a respeitar na medida em que eu gostaria de ser respeitada. Obrigada por me ajudarem a concretizar muitos dos meus sonhos.

Agradeço, também, aos meu irmãos Adriano da Rocha Cechinel e Cleber Cechinel, pela amizade e companheirismo, por me fazerem entender que o amor fraterno é insubstituível e essencial a nossa formação pessoal e profissional. A vocês que sempre dividiram comigo, desde o berço, as maiores felicidades e desapontamentos que a vida resolveu nos proporcionar, minha eterna gratidão. Ter um irmão é ter, para sempre, uma infância lembrada com segurança em outro coração.

De forma especial, dirijo meu agradecimento ao meu amado Ivan Bitencourt, por me proporcionar incansáveis debates sobre as mais variadas celeumas do Direito, e que muito contribuíram para a minha formação. Obrigada por estar sempre presente, por dividir comigo momentos maravilhosos, por estar ao meu lado nos momentos difíceis, por compreender as minhas preocupações e, sobretudo, por acreditar no meu potencial. Obrigada, também, por me fazer confiar que todo o sacrifício de hoje um dia será recompensado e por me mostrar que não existem limites para obtermos conhecimentos.

Agradeço ao meu afilhado Kelvin, por simplesmente me fazer sorrir. Seu sorriso espontâneo, sua pureza infantil e sua expressão angelical fazem desaparecer, nos momentos que estou em sua companhia, todos os problemas que por ventura existirem.

Deixo aqui o meu carinho especial à pequena e amada Júlia, por sua espontaneidade, por sempre manifestar, através de palavras e gestos, a felicidade de estar em minha companhia, por sempre perguntar quando irei vê-la novamente, por enxergar o meu interior e por me direcionar os elogios mais sinceros que já ouvi.

Quero agradecer à minha amiga Luana Búrigo Medeiros, pela fiel e sincera companhia nestes cinco anos de curso e, de forma extensiva, a todos os demais amigos e familiares que, embora não mencionados, torceram pelo meu sucesso.

Agradeço, por fim, mas não com menor estima e consideração, à minha orientadora Sheila Martignago Saleh, por dividir sua bagagem de conhecimentos, que muito contribuíram para a produção desta monografia. Agradeço, também, por sua receptividade quando a procurei para que me orientasse e em todos os momentos que a solicitei.

*“Quando o direito é desalojado do lugar em que deveria estar, a injustiça não é a culpada desse fato, mas sim quem se conformou com essa situação.”*

*Rudolf Von Ihering*

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a possibilidade de se aplicar a vedação à suspensão ou rescisão unilateral aos planos privados de assistência à saúde contratados de forma coletiva, à luz dos novos princípios do direito contratual, tal como ocorre com os planos contratados individualmente, cuja previsão encontra-se inserta no artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.656/98. Utilizou-se o método dedutivo-histórico, com a utilização das técnicas de pesquisa teórica bibliográfica, qualitativa e prescritiva. Iniciou-se o estudo a partir da evolução histórica do contrato e dos conceitos de contrato, contrato de adesão e contrato coletivo, passando pela delimitação conceitual dos princípios contratuais antigos, quais sejam, princípio da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos e da relatividade subjetiva, até chegar à nova realidade das relações contratuais com os novos princípios, tais como a boa-fé, a equivalência material e a função social do contrato. Por fim, analisou-se a problemática da rescisão unilateral de plano de saúde de natureza coletiva por parte da seguradora, através dos precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. A pesquisa chegou à conclusão de que, embora a referida lei faça alusão apenas à contratação individual, diante da insuficiência de norma para regulamentar essa dialética contratual, à doutrina e à jurisprudência incumbe o papel de suprir temporariamente essa lacuna, recorrendo aos princípios gerais do direito, notadamente ao princípio da função social do contrato e da boa-fé objetiva, previstos nos artigos 421 e 422 do Código Civil, para amortecer este desequilíbrio e tutelar os interesses transindividuais dentro desta lógica entre mercado e pessoa.

**Palavras-chave:** Plano de saúde coletivo. Rescisão unilateral. Vedação. Função social do contrato. Boa-fé objetiva.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Des. – Desembargador

n. – Número

p. – Página

Rel. – Relator

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 – HISTÓRICO E ACEPÇÕES DO CONTRATO</b> .....	<b>14</b>
1.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO.....	14
1.2 – CONCEITUAÇÃO DE CONTRATO.....	19
<b>1.2.1 – Conceito de contrato de adesão</b> .....	<b>21</b>
<b>1.2.2 – Conceito de contrato coletivo</b> .....	<b>24</b>
1.3 – DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS .....	26
<b>1.3.1 – Princípios antigos do direito contratual</b> .....	<b>26</b>
1.3.1.1 – Princípio da autonomia da vontade .....	27
1.3.1.2 – Princípio da força obrigatória dos contratos .....	29
1.3.1.3 – Princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato .....	32
<b>2 – A NOVA REALIDADE DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS</b> .....	<b>34</b>
2.1 – OS NOVOS PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL.....	36
<b>2.1.1 – A boa-fé como um princípio jurídico</b> .....	<b>36</b>
<b>2.1.2 – A boa-fé objetiva</b> .....	<b>39</b>
<b>2.1.3 – Princípio da equivalência material</b> .....	<b>42</b>
<b>2.1.4 – A função social do contrato</b> .....	<b>44</b>
2.1.4.1 – A função social do contrato e a boa-fé objetiva como cláusulas gerais.....	48
<b>3 – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA RESILIÇÃO UNILATERAL DE PLANO DE SAÚDE DE NATUREZA COLETIVA POR PARTE DA SEGURADORA</b> .....	<b>52</b>
3.1 – CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE PLANO E SEGURO DE SAÚDE COLETIVOS.....	53
<b>3.1.1 – Classificação do contrato de seguro</b> .....	<b>58</b>
3.1.1.1 - Quanto à natureza da obrigação.....	58
3.1.1.2 – Quanto à forma .....	60

3.1.1.3 – Quanto ao tempo de sua execução.....	60
3.2 – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL .....	61
<b>3.2.1 – Entendimento do Superior Tribunal de Justiça .....</b>	<b>62</b>
<b>3.2.2 – Entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina .....</b>	<b>67</b>
3.3 – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA RESILIÇÃO UNILATERAL DE PLANO DE SAÚDE DE NATUREZA COLETIVA POR PARTE DA SEGURADORA .....	72
<b>4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>84</b>
<b>5 – REFERÊNCIAS.....</b>	<b>87</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objeto o estudo da possibilidade de se aplicar a vedação à suspensão ou rescisão unilateral aos planos privados de assistência à saúde contratados de forma coletiva, tal como previsto com os planos contratados individualmente.

Isso porque a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, deixou consignado que é vedada a suspensão ou rescisão unilateral dos contratos de planos privados de assistência à saúde contratados individualmente.

Porém, amparadas por uma interpretação literal da lei, e aproveitando-se da omissão legislativa, as seguradoras têm promovido a rescisão unilateral, mediante cláusula inserida nos contratos de plano de saúde, quando contratados de forma coletiva.

Diante das alterações substanciais que o contrato vem sofrendo, fundado na realidade social e na proteção do contratante mais vulnerável, não é crível que a vontade fique lesada perante aquele que direciona as cláusulas contratuais.

Não obstante as diversas construções doutrinárias, o que se tem buscado é uma nova dimensão acerca do conceito de contrato, levando-se em consideração valores concernentes à proteção humana.

A partir da compreensão da disparidade entre mercado e pessoa, iniciou-se uma mudança de concepção dos reflexos dos direitos individuais no contexto social e a Constituição Federal de 1988 significou uma grande transformação no cenário jurídico brasileiro. A ampliação de direitos deu margem para aplicação da Lei Maior diretamente no campo do direito privado.

Essa nova concepção de negócio jurídico é conduzida por alguns princípios, quais sejam, o princípio da boa-fé, da equivalência material e da função social do contrato, que passam a poder incidir direta ou indiretamente nas relações privadas, como forma de garantir a efetividade do Texto Constitucional, buscando um equilíbrio entre o indivíduo e o social.

Ao se atentar à socialidade e receber a função social do contrato na codificação novel, o legislador almejou que o envolvimento negocial existente entre os indivíduos e as empresas não fossem mais vistos apenas no que tange às partes

envolvidas, mas que se atenda, também, tudo que possa ter consequências extrapartes, ou que afete de algum modo o meio social.

Neste diapasão é que subsiste a necessidade de se fazer um estudo acerca de possível aplicação da vedação da rescisão unilateral prevista no artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.656/98 aos contratos coletivos.

Assim, diante da insuficiência de norma para regulamentar determinadas dialéticas contratuais, será elucidado no presente trabalho uma alternativa para amortecer este desequilíbrio, identificando-se os princípios como nova diretriz da teoria geral dos contratos.

É por consideração a esta premissa que o presente estudo tem como objetivo geral demonstrar que a função social do contrato e a boa-fé objetiva devem ser observadas como o intuito pelo qual pretende o ordenamento jurídico oferecer aos contratantes mecanismos capazes de reprimir qualquer desigualdade que se faça presente na relação contratual, sobretudo quando se versa sobre contrato de adesão, onde a relação de desigualdade encontra-se manifesta.

Como objetivos específicos, pretende-se realizar um resgate histórico acerca da transformação contratual, bem como a conceituação contemporânea de contrato, além de analisar os princípios gerais do direito civil, das teorias clássica e moderna, aplicados às relações contratuais.

Por fim, almeja-se identificar o princípio da função social e da boa-fé objetiva como nova diretriz da teoria geral dos contratos, aplicando-os especificamente nos contratos de adesão aos planos de saúde de natureza coletiva, a fim de evitar a rescisão desmotivada por parte das operadoras.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizar-se-á, no decorrer do trabalho, a pesquisa bibliográfica, lastreada nas referências doutrinárias, artigos eletrônicos, legislações e precedentes jurisprudenciais a respeito do tema.

O método de abordagem para o presente trabalho monográfico será o dedutivo-histórico e as técnicas de pesquisa utilizadas compreendem a teórica, qualitativa e prescritiva. Para tanto, necessário cindir-se a pesquisa em três capítulos.

Diante da importância da história de formação dos contratos para se compreender a moderna teoria, o primeiro capítulo trará uma análise introdutiva acerca das transformações do contrato e os conceitos deste instituto.

Assim, iniciar-se-á o primeiro capítulo com o estudo da evolução histórica do contrato, percorrendo as principais fases deste instituto. Ato contínuo, abordar-se-á os conceitos de contrato, de contrato de adesão e contrato coletivo, para finalizar com uma delimitação conceitual dos princípios contratuais que norteavam a teoria clássica.

No segundo capítulo, limitar-se-á a um estudo da nova realidade das relações contratuais, abordando-se os princípios da moderna teoria do direito contratual, quais sejam, o princípio da boa-fé, o princípio da equivalência material e o princípio da função social do contrato.

O terceiro capítulo será constituído do tema central deste trabalho. Iniciar-se-á com pormenorizado estudo a respeito dos contratos de plano de saúde coletivos e a classificação do contrato de seguro. Em seguida, analisar-se-á o posicionamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a partir de um caso concreto de cada tribunal, para se contrapor os entendimentos e argumentos utilizados pelos julgadores.

Por fim, analisar-se-á a possibilidade de aplicação do princípio da função social do contrato e da boa-fé objetiva na rescisão unilateral de plano de saúde de natureza coletiva por parte da seguradora, a fim de coibir essa prática adotada atualmente.

## 1 – HISTÓRICO E ACEPÇÕES DO CONTRATO

### 1.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO

Para se adquirir os primeiros conhecimentos acerca do instituto dos contratos, faz-se necessária uma análise introdutiva acerca da formação histórica da moderna teoria do contrato e o conceito deste instituto.

Impende destacar que não constitui objeto do presente estudo a apuração exaustiva da história do contrato no decorrer dos tempos. Limita-se, pois, neste tópico, a uma explanação lacônica de informações introdutórias.

Como é cediço, o contrato é um dos institutos mais antigos na história da humanidade e, por corolário lógico, em vista das transformações inerentes ao convívio social, passou por diversas transformações, na medida em que os valores foram se modificando.

A doutrina é unânime em assinalar que a noção de contrato é ancestral e muito anterior às codificações, uma vez que os seres humanos precisavam se relacionar e viver em sociedade, o que se tornou um fator determinante para a sucessão pacífica da espécie. (TARTUCE, 2007)

Fonseca (2007, p. 95), ao discorrer acerca da formação desse instituto, assinala que “O contrato está presente na vida da humanidade desde os tempos mais antigos. O homem é um animal que por sua própria natureza se relaciona em sociedade, negocia barganha, troca, transaciona dos mais diferentes modos”.

Nos tempos primitivos, aponta Teizen Júnior (2004, p. 41) que “predominava uma propriedade comunitária com um domínio coletivo sobre as coisas úteis, ficando a propriedade privada reservada para objetos de uso exclusivamente pessoal”. Dessa forma, o coletivismo era o caráter dominante da propriedade primitiva.

O conceito de contrato, tal como temos hoje, foi delineado nos primórdios do Direito Romano<sup>1</sup> e modificou-se ao longo do tempo, tanto na forma e conteúdo

---

<sup>1</sup> Marky (1995, p. 5) afirma que “O Direito Romano é o complexo de normas vigentes em Roma, desde a sua fundação (lendária, no século VIII a.C.) até a codificação de Justiniano (século VI d.C.)”. Para melhor compreensão, divide-se este lapso temporal em períodos, tendo em conta sua evolução interna: Período Arcaico (da fundação de Roma no século VIII a.C. até o século II a.C., Período Clássico (até o século III d.C.) e Período Pós-clássico (até o século VI d.C.). (MARKY, 1995).

quanto nas funções, em decorrência das necessidades e mutações da própria sociedade. (TARTUCE, 2007)

No Direito Romano, a obrigação era dotada de caráter personalista. Além do vínculo contratual, compunha a estrutura da relação contratual também a pessoa dos obrigados, que eram considerados elementos integrantes da obrigação.

Não obstante as mutações sobrevindas, diante do que assinala a doutrina, pode-se dizer que o Direito Romano forjou a estrutura do contrato, basilares que foram se alterando, mas que ainda hoje subsistem.

A partir dessa realidade, Cretella Junior (1994, p. 250), acentuou em sua obra que:

O estudo do direito comparado revela que, neste particular, também, o gênio jurídico romano contribuiu para sempre, no tempo e no espaço, na estruturação das linhas mestras do instituto contratual, ultrapassando a casuística de Roma e atingindo o grau necessário de universalidade que lhe permitiu atravessar os séculos e servir de ponto de referência aos mais modernos sistemas jurídicos.

Mais tarde, já na Idade Média<sup>2</sup>, o indivíduo era tido como uma ferramenta na consecução dos fins ansiados pelas corporações, não possuindo vontade própria. Segundo Teizen Júnior (2004, p. 32), “a liberdade de contratar, quando existia, era limitada. A vontade individual sucumbia diante das corporações”.

Nesse período, o contrato sofreu transformações inspiradas na religião, segundo o qual a invocação das divindades tornou-se parte do juramento e, assim, reforçava a obrigação pactuada, além da confissão e da penitência na sensibilidade jurídica. Daí proveio não apenas a culpa do direito penal, mas ainda a teoria civilística dos contratos. (WIEACKER, 1993)

Diante dessa premissa, observa-se que, à época, o Direito Canônico<sup>3</sup> estava em constante interação com a ciência do direito civil, interferindo em aspectos fundamentais para a teoria dos contratos.

---

<sup>2</sup> Segundo Madeira (2011, p. 4) “A Idade Média é constituída por dois grandes períodos: a alta idade média, que se estende dos séculos V a IX, é marcada pelos direito romano e germânico, bem como pela formação e desenvolvimento do direito canônico; e a baixa, dos séculos IX a XV, pelo direito feudal e pelo renascimento do direito romano nas universidades”.

<sup>3</sup> Conforme ensina Marques (2011, p. 62), “O Direito Canônico contribuiu decisivamente para a formação da doutrina da autonomia da vontade e, portanto, para a visão clássica do contrato, ao defender a validade e a força obrigatória da promessa por ela mesma, libertando o direito do formalismo exagerado e da solenidade típicos da regra romana. O simples pacto faz nascer a obrigação jurídica, como fruto do ato do homem. [...] Para os canonistas, a palavra dada conscientemente criava uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo”.



De outra banda, o dever moral de respeito à palavra dada pela manifestação livre da vontade justificava a necessidade de cumprir a obrigação pactuada, qualquer que fosse a forma de avença. Daí a necessidade de adoção de regras jurídicas para assegurar a força obrigatória dos contratos, mesmo aquele nascido por simples consentimento dos contratantes. (GOMES, 1997)

As primeiras feições da teoria moderna do contrato são delineadas pelo jusnaturalismo<sup>4</sup> do século XVIII, para o qual o indivíduo encontra limitações em sua liberdade jurídica, conforme a posição inserida em determinado grupo ou comunidade. É nesse contexto de ideias do jusnaturalismo, aliadas às necessidades geradas pela Revolução Industrial, que surgiu a primeira sistematização legislativa do direito dos contratos, inserta no Código Civil francês, o Código de Napoleão, de 1804. (THEODORO NETO, 2007)

O Código Napoleônico foi a primeira grande codificação moderna. Reflete a conquista obtida pela burguesia, na revolução de 1789, com suas conquistas políticas, ideológicas e econômicas. No sistema francês, o contrato era um instrumento para se alcançar e proteger a propriedade (título aquisitivo de propriedade), onde o indivíduo tinha total autonomia de contratar e possibilidade de ser proprietário. Por isso, à época, o contrato era colocado apenas como um meio de circulação de riquezas, antes à mão apenas de uma classe favorecida. (VENOSA, 2003)

A propósito, Reale (1990, p. 95) acentua que “A primeira fase do direito moderno entende-se, grosso modo, desde a Revolução Francesa até a última década do Século XIX”.

De idêntico teor é o entendimento de Teizein Júnior. De acordo com os seus ensinamentos doutrinários:

Foi no Código de Napoleão, símbolo do ideário liberal-burguês, monumento jurídico na Revolução Francesa, que o contrato foi definido. Os princípios fundamentais que regem o contrato, como a *autonomia da vontade*, o *consensualismo*, a *força obrigatória* e a *boa-fé* foram a garantia jurídica para o livre comércio, princípios estes, fundamentais à cristalização do capitalismo e sua expansão. (2004, p. 55)

---

<sup>4</sup> Segundo Wieacker “Pode-se designar a época do jusnaturalismo os dois séculos (1600-1800) nos quais a antiga filosofia jurídica e social do ocidente, na forma que lhe foi dada pelo primeiro iluminismo, adquiriu uma influência da maior parte dos povos da Europa”. (1993, p. 279)

Quanto às características desse instituto à época, com muita propriedade explica Venosa (2003, p. 363) que:

O contrato, no sistema francês, é posto como ponto máximo do individualismo. O contrato vale e é obrigatório, porque assim foi desejado pelas partes. Nesse sentido, diz o art. 1.134 do Código francês: “As convenções feitas nos contratos formam para as partes uma regra à qual devem se submeter como a própria lei.” Não há outras limitações para o contrato que não aquelas fundadas em interesse público.

Corroborando a mesma imagem, Saleh (2006, p. 289) acentua que:

O Código Civil francês, cuja tendência política da época era negar o regime feudal, exacerbou a liberdade, por uma igualdade centralizadora. Portanto, o objetivo máximo era proteger a vontade criadora das partes contratantes e assegurar a execução do contrato, protegendo, assim, a propriedade privada.

Todas as codificações que seguiram no século XIX percorreram sobre o modelo francês, como, por exemplo, o Código Civil Italiano, já revogado, e a grande maioria dos Códigos Civis latino-americanos. (VENOSA, 2003)

O positivismo normativo<sup>5</sup>, presente na doutrina liberal e iluminista do século XIX, trouxe consigo a ideia do contrato como ato decorrente da manifestação livre de vontade do indivíduo e relacionado exclusivamente às partes contratantes. (THEODORO NETO, 2007)

A propósito, extrai-se a seguinte lição de Fonseca (2007, p. 99):

Na concepção liberal, não deve o Estado interferir na relação interna entre os contratantes. As pessoas são livres para contratar, e se resolvem contratar, o pacto deve ser respeitado. Cada um sabe o que é melhor para si e, se todos são iguais, não caberia ao Estado tutelar as relações entre os particulares a ponto de influir naquilo que resolveram pactuar. O papel do Estado se limita a verificar se a vontade foi livremente manifestada e, a partir daí, a garantir que as partes cumpram o que foi combinado, seja qual for o conteúdo da contratação.

Na ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era o princípio norteador do direito e, como consequência, da teoria contratual. A função das leis era a de proteger essa vontade e assegurar a realização dos efeitos aspirados pelos contratantes. No momento da contratação, os pressupostos teóricos eram a autonomia, a igualdade e a liberdade. (TEIZEIN JÚNIOR, 2004)

---

<sup>5</sup> Segundo Assis (2010, p. 4) “Para o positivismo normativo, a norma é um dever-ser que confere ao comportamento humano um sentido prescritivo. Assim, o fato ou a conduta humana possui o significado jurídico que a norma lhe atribui”.

A primeira década do século XX foi nomeada de segunda fase do Direito Moderno. O experimento industrial culminou na concentração de capitais, formação de grandes empresas e produção em larga escala. Esses fatos marcaram o início de uma intensa transformação no sistema de produção, o que atingiu, por consequência, o campo contratual, deixando as partes em condições desiguais, diante da disparidade econômica. (TEIZEIN JÚNIOR, 2004)

Sob esta ótica, a doutrina considera que:

O livre-arbítrio dos contratantes sofre, assim, as ingerências legislativas, permitindo o intervencionismo nas relações contratuais. Os tribunais começam admitir a teoria da imprevisão, a resolução por excessiva onerosidade, o abuso do direito, jogando por terra a antiga majestade do *pacta sunt servanda*. (TEIZEIN JÚNIOR, 2004, p. 71)

As mutações do direito contratual contemporâneo se devem, sobretudo, às mudanças econômicas do século XX, decorrência da chegada da produção em massa e evidente inferioridade dos contratantes, principalmente os consumidores, comumente prejudicados pelo mercado. (TEIZEIN JÚNIOR, 2004)

Iniciou-se, assim, uma mudança de concepção no enfoque dos reflexos dos direitos individuais no contexto social. A partir deste entendimento, pode-se observar que o individual subsiste, mas cede lugar ao social, quando com ele conflita. (THEODORO NETO, 2007)

Nesse sentido, a doutrina de Theodoro Neto explica que:

Mormente no início do século XX, passou-se a preocupar com a função social da tutela jurídica dispensada aos interesses considerados em tese individuais. Não deveriam mais os direitos ser vistos exclusivamente pelos reflexos na esfera individual do seu titular, mas também pelas repercussões desejáveis ou não no contexto social em que inserido. (2007, p. 2)

Com efeito, o chamado direito civil-constitucional renovou o direito civil brasileiro, cujo foco é uma ordem jurídica amoldada aos problemas sociais. Essa preocupação está voltada, principalmente, à promoção da dignidade da pessoa humana. (TEIZEIN JÚNIOR, 2004)

A constitucionalização do direito Civil tem como fundamento a superação da lógica patrimonial (proprietária, produtiva, empresarial) pelos valores da pessoa humana. (TEIZEIN JÚNIOR, 2004)

Sobre a busca de valores constitucionais para conceituar e interpretar institutos do direito Civil, Saleh (2006, p. 292) esclarece que:

É por essa razão que, a partir do século XX, a teoria geral dos contratos passou por uma transformação de paradigma, também chamada de “quebra de paradigma”, por muitos. Hoje, essa transformação é visível em alguns artigos do novo Código Civil. Portanto, a preocupação com os contratantes é resultado das mudanças que vem passando o Direito Civil, cujo eixo axiológico deixou de ser a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração: liberdade e patrimônio privado e passou a ser a proteção do homem e seus elementos intrínsecos, ou seja, da dignidade da pessoa humana, incluindo-se os direitos de segunda, terceira, quarta geração. O sentido é o da valorização da dignidade humana dos contratantes e, não somente, a proteção do objeto do contrato. Em contrapartida, há o interesse da coletividade, como bem maior a ser tutelado, contrapondo o sentimento individualista.

As mudanças descritas suscitaram uma alteração na linha interpretativa dos contratos. Dessa forma, por prescindir grande importância, esse fenômeno do pós-modernismo será melhor elucidado no capítulo seguinte.

## 1.2 – CONCEITUAÇÃO DE CONTRATO

Para melhor compreensão do estudo, faz-se imprescindível destacar o conceito de contrato.

A palavra contrato, em sua essência, significa unir, contrair. No Direito Romano, contrato não era o único termo utilizado para finalidades similares, sendo também utilizadas as palavras convenção, de *conventio*, que provém de *cum venire* e significa vir junto, além de pacto, proveniente de *pacis si* e significa estar de acordo. (VENOSA, 2003)

Do espírito do Direito Romano, explica Cretella Júnior (1994, p. 250), que “contrato, dum modo geral, é o acordo de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto, seguido de formalidades e produzindo efeitos jurídicos sobre os contratantes”.

Segundo o autor, pelo contrato, portanto, duas ou mais pessoas elegem um montante de normas jurídicas, mediante prévio e livre acordo de vontades de ambas as partes, que passam a reger o que elas pactuaram. (CRETELLA JÚNIOR, 1994)

Conforme a lição de Venosa (2003, p. 264), em comentário ao instituto em apreço:

Como linguagem figurativa, modernamente podemos usar as expressões como sinônimos, embora só contrato tenha sentido técnico. *Convenção* é

termo mais genérico, aplicável a toda espécie de ato ou negócio bilateral. O termo *pacto* fica reservado para cláusulas acessórias que aderem a uma convenção ou contrato, modificando seus efeitos naturais, como o pacto de melhor comprador na compra e venda e o pacto antenupcial no casamento. *Pacto*, usado singelamente, não tem a mesma noção de contrato. Utiliza-se para denominar um acordo de vontades sem força cogente.

Atualmente, a lei não deixou expresso o conceito de tal instituto, trazendo apenas a definição das figuras contratuais. Com vistas a preencher essa lacuna, a doutrina pátria sempre procurou e continua trabalhando para trazer à baila o conceito de contrato.

Assim, para Azevedo (2004, p. 23), o contrato é a “manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial”.

Em síntese, são contratos todas as espécies de convenções ou estipulações que possam ser instituídas pelo acordo de vontades e também por outros elementos acessórios, propendendo a uma finalidade essencialmente patrimonial.

Podem ser citados como fatores acessórios relevantes para a formação do contrato, por exemplo, a imposição de condutas pela sociedade, as informações que chegam aos contratantes, a vontade de consumir, a desigualdade entre as partes no momento da negociação. (TARTUCE, 2007)

Não obstante as diversas construções doutrinárias, o que se tem buscado é uma nova dimensão acerca do conceito de contrato, levando-se em consideração valores concernentes à proteção humana.

Gagliano entende que apresentar um conceito de contrato é um dos encargos mais intrincados na doutrina. Segundo o entendimento do autor:

Contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia de suas próprias vontades. (2006, p. 11)

O civilista Nalin (2005, p. 255) tem contribuído para a construção de um conceito pós-moderno, que, segundo ele, não se trata de um conceito, mas de uma proposição ou asserção, a partir da qual se pode dizer o contrato como sendo “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à

produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.

É que, na visão do jurista, seria incorreto afirmar que um único conceito de contrato pudesse dar vazão a todas as formas contratuais da atualidade, que está caracterizada pela pluralidade de fontes materiais, impossibilitando, desta forma, à unificação do pensamento. (NALIN, 2001)

Segundo Nalin (2001, p. 254), “hoje inexistente um conceito de contrato; talvez vários conceitos possam coexistir; porém, jamais, um conceito, fundado no modelo clássico, enquanto síntese das estruturas contratuais”.

Destaca, ainda, o autor, que:

[...] A massificação das relações jurídicas, as novas tecnologias e a ciência cibernética, enfim, os novos direitos, já deram conta de alertar sobre as variantes contratuais, que são tantas. A busca de uma definição que pudesse “resumir” o fenômeno em único conceito implicaria um grande lapso. (2001, p. 254)

Diante disso, denota-se que o mercado e as relações contratuais devem se atentar às pessoas e seus valores existenciais, além dos puramente contratuais. O axioma proposto pela realidade atual leva em conta a compatibilidade do mercado com a normativa constitucional, sendo o estado de crédito e débito uma simples fração da relação contratual. (NALIN, 2001)

À luz dessa lição, mostra-se, portanto, indiscutível a importância do julgador na construção desta nova proposição contratual, sobretudo para valorizar a solidariedade constitucional e preencher as cláusulas gerais previstas no ordenamento jurídico, notadamente no Código Civil.

Essa nova concepção de negócio jurídico é conduzida por alguns princípios, que serão devidamente mencionados e explicados no próximo capítulo deste trabalho.

### **1.2.1 – Conceito de contrato de adesão**

Com a passagem do tempo, principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial e do surto da industrialização, no expressivo entender de Fonseca (2007), mudaram o Estado, a sociedade e a economia, o que provocou uma urbanização acelerada e uma sociedade de massas.

Entende o jurista que a sociedade de massas é “caracterizada pela despersonalização das relações privadas. Os contratos tornam-se repetitivos e fogem do figurino tradicional do acordo de vontades refletido e negociado. Os contratos se objetivam”. (FONSECA, 2007, p. 117)

Neste processo de evolução da sociedade e dos mecanismos, passou-se a exigir celeridade nas negociações, situação que provocou o surgimento de novas modalidades de contratação, como forma de padronizar e facilitar as contratações em massa. São os chamados contratos de adesão. (TARTUCE, 2007)

De acordo com Schmitt (2008, p. 81), o contrato de adesão “possui como característica essencial a ausência de discussão preliminar sobre o conteúdo negocial e, por consequência, a imposição unilateral desse conteúdo previamente elaborado por uma das partes”.

Como se pode observar, a dinâmica atual social afasta a plano secundário o contrato essencialmente privado e paritário. Torna-se cada vez mais incomum a contratação com uma pessoa física. A pessoa jurídica, seja ela empresa de grande ou pequeno porte, e o próprio Estado são os que fornecem os bens e serviços para o consumidor final. Os contratos se tornaram negócios de massa para a sociedade de consumo da atual economia. O mesmo contrato, com cláusulas similares, é oferecido a número indeterminado de pessoas que necessitam de determinados bens ou serviços. (VENOSA, 2003)

A objetivação do contrato, aliado ao processo de multiplicação, gera a padronização, onde passam a prenominar os contratos de adesão, nos quais uma das partes dita de antemão os termos contratuais. (FONSECA, 2007)

Para o doutrinador Gomes (1997, p. 120), contudo, o que caracteriza o contrato de adesão “é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido”.

Diniz, ao conceituar contrato por adesão, ensina que:

Os contratos por adesão (standard verträgen) constituem uma oposição à ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro, aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos. (2002, p. 104)

No mesmo norte é o ensinamento de Marques (2011, p. 76), a qual aponta que:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

Venosa segue a mesma vertente e ensina que contrato de adesão:

É o típico contrato que se apresenta com todas as cláusulas predispostas por uma das partes. A outra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato. [...]. O consentimento manifesta-se, então, por simples adesão às cláusulas que foram apresentadas pelo outro contratante. (2003, p. 382)

O Código de Defesa do Consumidor atentou-se em conceituar o contrato de adesão em seu artigo 54. De acordo com esse dispositivo legal:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (BRASIL, 2013 d)

Diante de todas as construções doutrinárias e do que preceitua o Código Consumerista, convém destacar que contrato de adesão é aquele em que uma parte (estipulante) estabelece o conteúdo negocial, restando à outra parte (aderente) a alternativa de aceitar ou não o conteúdo desse negócio (TARTUCE, 2007)

O artigo 423 do Código Civil exprime regra de interpretação reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, ao estabelecer que “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. (BRASIL, 2013 f)

Na melhor exegese do dispositivo citado, não há como se deixar de levar em conta de que o redator do contrato deve ser claro quando da edição das cláusulas insertas. Não o sendo, a ambiguidade deverá operar-se contra ele, a fim de se evitar que sejam propositalmente obscuros com o intuito de obterem vantagens em detrimento do aderente.

Quanto aos elementos subjetivos do contrato de adesão, explica a doutrina de Tartuce (2007) que podem ser indicados, de um lado, o estipulante ou aderido, ou seja, aquele que atribui as regras do negócio, principalmente por estar



em condição economicamente mais forte e, do outro, o aderente ou aceitante, que comumente encontra-se em situação desprestigiada por ser financeiramente a parte mais vulnerável da relação contratual.

Presume-se que todo contratante almeje obter alguma vantagem com o contrato. O problema surge quando essa vantagem torna-se desproporcional, afetando o equilíbrio do negócio.

Destarte, Lisboa acrescenta que:

Em caso de prejuízo ao hipossuficiente, tratando-se de contrato de adesão - aquele em que se fazem presentes cláusulas, de regra, gerais -, cabível a tutela de interesses do mesmo, não somente por ele próprio, como também por todos os entes legitimados para tanto – uma vez que não se discute da proteção a uma necessidade meramente individual, porém coletiva ou difusa, consoante a espécie. (2000, p. 109)

Quando isso ocorre, explica Schmitt (2008, p. 92), “deve o direito ser aplicado de modo a reequilibrar a relação”. Segundo o autor, aí reside a imprescindível obrigação da intervenção estatal nos contratos massificados, seja com a edição de leis reguladoras, ou mesmo com a atividade revisional prestada pelo Poder Judiciário.

Essa prestação do Estado visa coibir os excessos e, especialmente, o emprego de cláusulas abusivas nos contratos por aqueles que detêm o maior poder econômico.

### **1.2.2 – Conceito de contrato coletivo**

A contratação de forma coletiva surgiu no direito do trabalho e foi se expandindo para outros campos, como, por exemplo, na área do direito do consumidor. (FONSECA, 2007)

Assim, nos contratos dessa natureza, torna-se possível visualizar um número determinável de pessoas, alocadas em um grupo ou categoria determinada.

Deve-se ainda ter em conta que o contrato coletivo não pode ser confundido com contrato de massa e serem tratados como sinônimos.

Impende registrar que o professor e jurista Lisboa traz em sua obra o conceito de ambas as classificações.

Para o citado autor, o contrato de massa “é negócio jurídico bilateral ou plurilateral, podendo-se chamá-lo de contrato de direitos transindividuais

(metaindividuais), difusos ou coletivos, ou, ainda, contrato de interesses sociais”. (2000, p. 149)

Já o contrato coletivo, por outro lado, “é aquele celebrado por classes ou categorias determinadas, em relações trabalhistas ou de consumo”. (LISBOA, 2000, p. 103)

Sem precisar nenhuma qualidade hermenêutica especial, diante dos conceitos supramencionados, fica evidente que os contratos de massa são mais abrangentes e, sendo assim, são dirigidos a um número indeterminado de pessoas, embora não seja uma indeterminação absoluta, enquanto os contratos coletivos destinam-se a pessoas ou grupos passíveis de identificação.

No que toca ao objeto dos negócios jurídicos dos contratos coletivos, explica Lisboa que:

O objeto mediato dos contratos difusos e coletivos será invariavelmente indivisível, não se admitindo a divisibilidade do bem (hipótese concebível nos direitos individuais ou, por vezes, nos casos de direitos individuais homogêneos), por sua fruição ser essencialmente transindividual. (LISBOA, 2000, p. 210)

De outra ponta, o contrato coletivo cria obrigações de origem contratual para partes que não intervieram diretamente no acordo e, portanto, possui incidência da função social do contrato, o que implica na restrição ao princípio da relatividade dos seus efeitos. (FONSECA, 2007)

Com efeito, torna-se proeminente frisar que o contrato coletivo, além de satisfazer os interesses individuais de cada contratante, deve cumprir sua função social, sob o ímpeto de tornarem-se ineficazes contratos contrários aos ditames dessa nova realidade.

Abstraindo essa questão, Lisboa deixou sedimentado em sua obra que:

É intrínseca à função social do contrato o cumprimento da cláusula negocial em consonância com o ordenamento jurídico, dirimidor de eventuais conflitos entre o inadimplente e o credor, que se encontra respaldado pelo interesse geral. (2000, p. 105)

Assim, não há como se deixar de levar em conta que, independente da feição e característica que assumam o instrumento contratual, a função social do contrato deve subsistir, constituindo, em sua essência, a observação aos direitos socialmente relevantes desde a sua formação, seguindo por seu conteúdo e, por fim,

na perfeita execução do negócio jurídico, para a consecução da sua função primordial, que é a livre e lícita circulação de riquezas na comunidade.

### 1.3 – DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Os princípios são fontes do direito, conforme previsão expressa do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual estabelece que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Neste caso, os princípios denotam um caráter normativo. (BRASIL, 2013 b)

A respeito do tema, explica Gagliano (2006, p. 27) que se devem entender os princípios como “os ditames superiores, fundantes e simultaneamente informadores do conjunto de regras do Direito Positivo. Pairam, pois, por sobre toda a legislação, dando-lhe significado legitimador e validade jurídica”.

De outro giro, Tartuce (2007, p. 100) entende que “Do ponto de vista dos seus efeitos, os princípios são regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto ou ramo jurídico, visando a auxiliar o operador do direito na busca da justiça e da pacificação social”.

Sob o prisma de sua origem, explica Tartuce (2007, p. 100) que “os princípios são abstraídos das normas jurídicas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais”.

Superada esta fase conceitual do tema em comento, cumpre analisar os princípios que norteavam as relações privadas antes do advento do Código Civil de 2002 e a chegada dos novos princípios após a mudança de entendimento, que se deu com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consequente constitucionalização do direito civil.

#### 1.3.1 – Princípios antigos do direito contratual

As principais características da concepção clássica de contrato estão fundadas no preceito da autonomia da vontade e no seu efeito mais importante, qual seja, a liberdade contratual. Segundo essa concepção, a vontade dos contratantes é o elemento central do contrato. Representa, além do nascimento do contrato, sua legitimação e o seu poder vinculante obrigatório. (TEINZEN JUNIOR, 2004)

Tal concepção clássica de contrato, individualista, liberal e centrada no conceito de respeito à vontade, influenciou todo o pensamento do Código Civil brasileiro de 1916 e os princípios reguladores deste momento foram, principalmente, a autonomia da vontade, a força obrigatória e a relatividade subjetiva, os quais serão elucidados a seguir.

#### 1.3.1.1 – Princípio da autonomia da vontade

Desde o direito romano, as partes são livres para contratar. Essa liberdade abrange o direito de convencionar sobre o que quiserem, como, quando e com quem quiserem, ou seja, o direito de contratar ou não, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato pertence às pessoas envolvidas no negócio. (GONÇALVES, 2011)

De acordo com o entendimento de Gagliano (2006), não há como se falar de contrato sem a autonomia da vontade. Segundo o autor, mesmo em um sistema que tem como basilar a função social do contrato, o princípio da autonomia da vontade, ou do consensualismo, não poderá ser desdobrado a ponto de neutralizar a livre iniciativa das partes envolvidas.

Essa liberdade de contratar, portanto, manifesta-se no plano pessoal, ou seja, na possibilidade de eleger a pessoa com a qual convencionar. (GAGLIANO, 2006)

A autonomia da vontade forjou seus pilares no individualismo e no liberalismo, onde a sociedade e o direito giravam em torno do indivíduo. O Estado deveria ser um espelho das vontades individuais e o poder instituidor da vontade privada refletia nos atos jurídicos. (TEINZEN JUNIOR, 2004)

Como se sabe, a vontade é a mola propulsora que define as escolhas do homem. É um verdadeiro instrumento da liberdade humana e, portanto, constitui o elemento central do negócio jurídico.

Sobre o tema, Gonçalves leciona que:

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não os contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados. (2011, p. 41)

O domínio da vontade dos contratantes foi uma conquista sobrevivida de um vagaroso processo histórico, coadunando com o “respeito à palavra dada”, principal legado deixado pelos contratos romanos e expressão motivadora da ideia central de contrato como fonte obrigacional. (TARTUCE, 2007)

Com a chegada do liberalismo, sobretudo após a divulgação das ideias iluministas, esse princípio ganhou ainda mais visibilidade. (GAGLIANO, 2006)

Contudo, a autonomia da vontade, predominante no século XIX e início do século XX, sofreu consequências drásticas com a chegada dos movimentos sociais. Ainda assim, o princípio não foi aniquilado, uma vez que, nas palavras do autor, contrato sem vontade não é contrato. (GAGLIANO, 2006)

No decorrer do século XX, com o desenvolvimento tecnológico e a passagem de guerras e revoluções, as quais provocaram grande mudança geopolítica do mundo, o individualismo liberal cedeu lugar ao intervencionismo do Estado, que passou a interferir cada vez mais na atividade econômica. (GAGLIANO, 2006)

A codificação civil, portanto, passou a intervir na esfera das relações contratuais, de modo a restringir abusos e reequilibrar a relação negocial por meio da previsão de instrumentos ou mecanismos jurídicos em favor do hipossuficiente econômico, como, por exemplo, quando prevê a inversão do ônus da prova, a responsabilidade civil objetiva, a desconsideração da pessoa jurídica, a teoria da imprevisão e etc. (GAGLIANO, 2006)

Com isso, observa-se que a autonomia da vontade permanece como alicerce da noção de contrato, mas fica limitada por normas de ordem pública em prol do bem comum. (GAGLIANO, 2006)

Sobre o tema, Tartuce (2007, p. 175) assevera que “À luz do Direito Civil contemporâneo, não se pode mais conceber direito absoluto. Mesmo os direitos de personalidade, quando confrontados entre si, encontram limitações”.

Saleh (2003, p. 98) explica, também, que:

Nesse contexto de mudança de eixo interpretativo, categorias consideradas imprescindíveis e tidas como fundamentais como a autonomia da vontade, a liberdade contratual e a segurança jurídica, sofrem limitações e dão lugar a uma concepção social do Direito, cujo objetivo final é a paz social.

Não há dúvida de que a vontade perdeu a importância que exercia no passado para a formação dos contratos e negócios jurídicos. Outros critérios entram em cena para a concretização da prática desses institutos. Tudo deve ser analisado sob o prisma do que o contrato representa para o meio social.

A propósito, explica Tartuce (2007, p. 180) que:

A constituição do contrato, atualmente, deve ser encarada a partir de uma soma de fatores e não mais decorrente apenas da vontade pura dos contratantes, delineando-se o significado do princípio da autonomia privada, pois outros elementos de cunho particular influenciarão na formação e no conteúdo do negócio jurídico patrimonial.

É pertinente lembrar que, muitas vezes, a supremacia econômica de uma pessoa sobre a outra fará com que uma parte economicamente mais forte dite as regras contratuais. Neste caso, a vontade do mais fraco, sem dúvida, estará mitigada. [...].

Ao avaliar a limitação da manifestação da vontade dos contratantes, Gagliano (2006, p. 36) pondera que “Todas essas limitações não significam, como se disse, a aniquilação da autonomia privada, pois, sem esta, as relações de direito privado se estagnariam e a sociedade contemporânea entraria em colapso”.

Convém destacar que a autonomia da vontade é um dos elementos que dá cor à liberdade expressa na Constituição, notadamente nas relações privadas, já que permite ao indivíduo decidir sobre o seu comportamento.

Em resumo, tem-se que, como consequência da liberdade individual na seara negocial, a liberdade de contratar foi colocada ao patamar de princípio. No entanto, não pode ser interpretada de forma absoluta. (GAGLIANO, 2006)

Este ponto é suficiente para fixar que, para um princípio que no passado já esteve não distante de ser absoluto, hodiernamente a autonomia da vontade conta com algumas restrições, seja em decorrência da observância de interesses sociais, ou em razão da sua imprescindível harmonia com os demais direitos e princípios fundamentais previstos na nossa Lei Maior.

### 1.3.1.2 – Princípio da força obrigatória dos contratos

O princípio da força obrigatória já vigia no Direito Romano, segundo o qual deveria preponderar o *pacta sunt servanda*, ou seja, a força obrigatória do estipulado. Não poderia, sem qualquer motivo, o pacto ser revisto ou extinto, uma

vez que acarretaria insegurança jurídica ao sistema. Nessa acepção, chegou-se a alegar que o contrato ocasionaria uma escravidão às partes. (TARTUCE, 2007)

Decorrente do princípio da autonomia da vontade, o princípio da força obrigatória dos contratos preconiza que tem força de lei o estipulado pelas partes, obrigando os contratantes a promoverem a execução do conteúdo completo do negócio jurídico. (TARTUCE, 2007)

De acordo com Gagliano (2006, p. 38), “De nada valeria o negócio jurídico, se o acordo firmado entre os contraentes não tivesse força obrigatória. Seria mero protocolo de intenções, sem validade jurídica”.

O princípio em epígrafe, também chamado de princípio da intangibilidade dos contratos, representa a força vinculante das convenções. Em razão disso, também é denominado princípio da força vinculante dos contratos. (GONÇALVES, 2011)

Em outras palavras, o preceito da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Sugere que, sendo observados todos os pressupostos ensejadores a sua validade, deverá o pacto ser executado pelas partes de forma imperativa, tendo em vista que o contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que deva ser cumprido.

Não fosse a importância e o reconhecimento da obrigatoriedade dos contratos, a palavra dos homens careceria de força jurídica, o que resultaria em manifesto prejuízo à segurança das relações negociais. (GAGLIANO, 2006)

A doutrina de Teizen Junior explica que:

Tal ideia da força obrigatória dos contratos significa que, uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações e não poderão se desvincular, a não ser por meio de um outro acordo de vontades ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito. (2004, p. 60)

De acordo com o princípio da autonomia da vontade, ninguém é compelido a contratar. A ordem jurídica confere a cada um a liberdade de convencionar e deliberar os termos e objeto da avença. No entanto, sendo o contrato válido e eficaz, os que o fizerem devem cumpri-lo, não podendo esquivar-se das suas consequências, a não ser com o consentimento do outro contratante. (GONÇALVES, 2011)

Conforme o entendimento de Hironaka (2008), o principal efeito do contrato é o desenvolvimento de obrigações para as partes envolvidas. Denota-se, assim, que, após o contrato ser concluído, as partes ficam vinculadas à execução das respectivas prestações, tendo em conta que a regra do direito privado é de que os contratos nascem para serem cumpridos.

Assim, a doutrina entende que o aludido princípio tem por fundamentos:

a) a necessidade de segurança nos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra emprenhada, gerando a balbúrdia e o caos; b) a intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes, personificada pela máxima *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), não podendo ser alterado nem pelo juiz. Qualquer modificação ou revogação terá de ser, também, bilateral. O seu inadimplemento confere à parte lesada o direito de fazer uso dos instrumentos judiciais para obrigar a outra a cumpri-lo, ou a indenizar pelas perdas e danos, sob pena de execução patrimonial (CC, art. 389). (GONÇALVES, 2011, p. 49)

Em uma visão clássica, portanto, este princípio implica em legítima restrição da liberdade, que se tornou limitada a partir do momento em que aqueles que celebram a convenção vieram a formar o contrato, consensualmente e por vontade autônoma. (TARTUCE, 2007)

A única limitação a esse princípio, segundo a concepção clássica, é a escusa por caso fortuito ou força maior, ambas consignadas no Código Civil. (GONÇALVES, 2011)

Não há previsão expressa deste princípio no Código Civil de 2002. No entanto, o princípio encontra-se implícito no referido Diploma Legal, o que afasta qualquer dúvida quanto à sua existência e legitima sua obrigatoriedade nas convenções ajustadas.

Não obstante a sua validade, Gagliano (2006) defende que esse princípio não pode ser levado às últimas consequências, ou seja, o *pacta sunt servanda* não deve ser evitado de caráter absoluto.

De acordo com o entendimento do autor, enquanto prevaleceram as ideias liberais e individualistas do século XIX, era compreensível que a vontade das partes poderia ser traduzida em lei imutável, uma vez que predominava a ideia de que as partes seriam formalmente iguais. (GAGLIANO, 2006)



Contudo, a humanidade passou por diversas mudanças no decorrer do século XX, o que provocou uma acentuação das desigualdades sociais, facilitando ainda mais o abuso do mais vulnerável pelo economicamente mais forte.

Partindo-se dessa premissa, aliado ao fato de que a lei não manteve seu caráter neutro e passou a interferir na atividade negocial, a ideia de que o princípio deveria se manter imutável não pode subsistir. (GAGLIANO, 2006)

Em um período como o atual, em que os contratos paritários cedem lugar aos contratos de adesão, o *pacta sunt servanda* adquiriu uma tendência mais sutil, uma vez que ficou mitigado por mecanismos jurídicos de regulação do equilíbrio contratual. (GAGLIANO, 2006)

Alfim, compreende-se que o princípio da força obrigatória do contrato é uma regra que, por sua natureza, direciona à imutabilidade. Por isso, tem merecido cada vez mais atenção do intérprete da lei, já que o aludido princípio não pode ser absoluto, pois deve coexistir com os demais princípios e, principalmente, porque, dentro da atual sistemática, não consegue traduzir a realidade social.

#### 1.3.1.3 – Princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato

Este princípio está fundamentado na ideia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes envolvidas, ou seja, àqueles que despontaram sua vontade, sujeitando-os ao seu conteúdo, de modo que não afete terceiros nem seu patrimônio. (GONÇALVES, 2012)

Em outras palavras, “os contratos só geram efeitos entre as próprias partes contratantes, razão por que se pode afirmar que sua oponibilidade não é absoluta ou *erga omnes*, mas, tão somente, relativa”. (GAGLIANO, 2006, p. 40)

Mostra-se este princípio coerente com o modelo clássico de contrato, que objetiva exclusivamente a satisfação das necessidades individuais e que, portanto, só produzia efeitos entre aqueles que o haviam celebrado, mediante acordo de vontades. Em razão desse perfil, não se poderia conceber que o ajuste estendesse os seus efeitos a terceiros, vinculando-os à convenção. (GONÇALVES, 2012)

Assim, como relação jurídica em que há manifestação livre da vontade para adquirir obrigações, as disposições do contrato, inicialmente, interessa somente às partes envolvidas, não expondo terceiros estranhos à relação jurídica negocial. (GAGLIANO, 2006)

Comungando da mesma opinião, Tartuce (2007, p. 190) entende que a melhor concepção do princípio da relatividade é aquela que “somente atinge as partes contratantes, não prejudicando nem beneficiando terceiros estranhos a ele”.

Extrai-se das lições de Venosa (2003, p. 377) que o princípio da relatividade “não se aplica tão somente em relação às partes, mas também em relação ao objeto. O contrato sobre bem que não pertencem aos sujeitos não atinge terceiros. Essa regra geral também pode sofrer exceções”.

Esse entendimento ficou ultrapassado após a chegada do novo Código Civil, que não enxerga mais o contrato somente como ferramenta de satisfação de interesses particulares dos contraentes, mas lhe reconhece uma função social. Isso traz como corolário, por exemplo, a possibilidade de que terceiros, que não são necessariamente partes do contrato, possam dele participar, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos. (GONÇALVES, 2012)

Embora ainda se mantenha em vigor, o princípio foi bastante suavizado pela importância das cláusulas gerais, que, por conterem normas de ordem pública, tutelam o interesse da coletividade, que deve prevalecer quando em conflito com os direitos individuais. (GONÇALVES, 2012)

Nesse diapasão, explica Gonçalves (2012, p. 40) que:

Nessa conformidade, a nova concepção da função social do contrato representa, se não a ruptura, pelo menos abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, tendo em vista que este tem seu espectro público ressaltado, em detrimento do exclusivamente privado das partes contratantes.

Assim, o contrato não pode mais ser aceito como algo que se associa tão somente às partes, como definia a leitura clássica do princípio da relatividade dos efeitos do contrato. A sociedade contemporânea estabelece a necessidade de o contrato ser visto e compreendido como um fato social, que produz seus efeitos para além de seus contratantes.

Formalizadas as acepções históricas acerca do contrato, assim como os conceitos e princípios antigos que regulavam este instituto, abordar-se-á, no próximo capítulo, a nova realidade das relações contratuais, destacando-se, sobretudo, os princípios norteadores atuais, quais sejam, a boa-fé objetiva, o princípio da equivalência material e a função social do contrato e suas principais influências na teoria contratual contemporânea.

## 2 – A NOVA REALIDADE DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Com as mudanças estruturais por que passou a sociedade contemporânea, consequência dos novos princípios reguladores das economias de mercado e da influência determinante da globalização, bem como dos resultados que o avanço tecnológico ocasionou nos meios de produção e de circulação de riqueza, lutava-se em defesa de um redimensionamento de alguns conceitos da teoria contratual, condicionando o instrumento de sua realização aos reclamos sociais envolvidos no processo histórico descrito. (HIRONAKA, 2008)

Conforme visto no capítulo anterior, nas codificações modernas, dentre as quais o Código Civil Napoleônico, de 1804, a denominada liberdade de contratar tinha caráter fundamentalmente capitalista, no qual preponderava a autonomia da vontade, em que as partes debatiam livremente as condições do contrato em posição de igualdade.

Já no contexto atual, a autonomia da vontade ficou mitigada e a força obrigatória dos contratos não se mede mais sob o prisma do dever moral de manutenção da palavra dada e sim na realização do bem comum. Assim sendo, a liberdade de contratar está subordinada ao interesse social.

A par do assunto, explica Santos (2009, p. 206) que:

O direito privado está passando atualmente por uma mudança de paradigmas, em que abandona a visão estritamente individualista, concebida sobre um sistema jurídico fechado, pautada essencialmente pelos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, para admitir princípios sociais, como a função social da propriedade, a função social dos contratos, a boa-fé objetiva e a necessidade de equilíbrio contratual.

A Constituição Federal de 1988 significou uma grande transformação no cenário jurídico brasileiro. A ampliação de direitos deu margem para aplicação da Lei Maior diretamente no campo do direito privado. Os princípios constitucionais passam a poder incidir direta ou indiretamente nas relações privadas, como forma de garantir a efetividade do Texto Constitucional, buscando um equilíbrio entre o indivíduo e o social. (FONSECA, 2007)

Acerca dessa mudança, Saleh (2003, p. 73) preleciona que:

O Direito positivo do Século XX somente sofre alterações consideráveis no final do referido Século, essencialmente, a partir da Constituição Federal de 1988, do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, e, na atualidade, do

recente Código Civil de 2002. Todavia, trata-se de uma evolução ou desenvolvimento do processo do intervencionismo contratual do Estado, no sentido de editar normas privadas na sua essência, que teve início com a edição da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), da Lei do Inquilinato, do Estatuto da Terra [...].

Esclarece a jurista, ainda, que:

[...] no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, o Direito Privado começou a sofrer suas transformações e, em especial, a teoria contratual. Tudo consequência de uma necessidade urgente de socialização do Direito em proteção aos mais fracos, que foi se intensificando a partir das Guerras Mundiais, pela interferência estatal na economia e, como consequência, pelo intervencionismo do Estado, a fim de evitar abusos nas relações negociais (SALEH, 2003, p. 74/75)

Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono de uma postura patrimonialista herdada do século XIX, migrando para uma concepção em que se privilegia a dignidade da pessoa humana.

A legislação infraconstitucional também sustentou o sentimento social proveniente da nossa Constituição Federal. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/1942, com alterações de redação dada pela Lei nº 12.376/2010, preconiza em seu artigo 5º que, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (BRASIL, 2013 b)

Portanto, da melhor interpretação deste artigo, extrai-se que, ao invés de prender-se à letra da lei, o aplicador deve atentar-se no objetivo da norma e da justiça. Entende-se, portanto, que os fins sociais a que se refere o texto da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro estão intimamente ligados ao desejo de maior igualdade entre os cidadãos e, conseqüentemente, à restrição de algumas características do direito contratual, que deixa de ser absoluto e indiscutível para traduzir-se num instrumento de igualdade social.

Para fazer valer essa mestria técnica da norma, portanto, torna-se imprescindível o amparo nos princípios modernos da teoria contratual, cujos conceitos serão explanados no tópico a seguir.

## 2.1 – OS NOVOS PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

### 2.1.1 – A boa-fé como um princípio jurídico

A boa-fé está diretamente ligada às relações interpartes e diz respeito, em suma, ao dever de lealdade entre os contratantes.

O princípio da boa-fé determina que as partes se manifestem de maneira correta durante todo o processo de formação até o cumprimento efetivo do contrato e é por isso que ela é presumida. A má-fé, do contrário, deverá ser provada por quem a alega. (GONÇALVES, 2012)

Gonçalves (2012, p. 46), em comentário ao tema em apreço, enumera que “A boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar”.

No mesmo norte, Saleh (2003, p. 77) explica que “A boa-fé cria deveres entre as partes, como o de informar, o de sigilo e o de proteção e se estende desde a fase pré-contratual à pós-contratual”.

Diferente do que vigorava no ordenamento anterior, cujo conteúdo seguia uma diretriz individualista, uma vez que preponderavam os ditames da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, o novo sistema civil proporciona ao julgador novos instrumentos, produzidos com base nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade, os quais ofereceram nova feição aos princípios fundamentais dos contratos. (GONÇALVES, 2012)

O princípio da boa-fé divide-se em boa-fé subjetiva, também chamada de concepção psicológica da boa-fé, e boa-fé objetiva, também denominada concepção ética da boa-fé. (GONÇALVES, 2012)

A boa-fé subjetiva esteve inserta no Código Civil de 1916, com o propósito de interpretação do negócio jurídico. Dizia respeito à ciência ou à ignorância da pessoa a certos fatos. Era utilizada para favorecer e proteger aquele que tinha a consciência de estar agindo de acordo o direito, embora a realidade fosse outra. (GONÇALVES, 2012)

A partir deste contexto, Costa (2000, p. 411) acentua que:

A expressão boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito

(sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz subjetiva justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção.

Gagliano (2006, p. 64) explica que a boa-fé subjetiva “[...] consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação, sem ter ciência do vício que a inquina”.

Santos (2009, p. 214), em comentário ao instituto em apreço assevera que “Boa fé subjetiva é o estado psicológico ou crença do indivíduo de que age conforme o direito e de que não está prejudicando terceiros, quando de fato está, ou seja, é a situação psicológica de ignorância em prejudicar o direito de outrem”.

Por outro lado, a boa-fé que compõe inovação do Código Civil de 2002 e conduziu uma intensa transformação no direito obrigacional clássico é a objetiva, que se funda em uma norma jurídica baseada em um princípio geral do direito, o qual preceitua que as partes devem agir de boa-fé nas suas relações recíprocas. Considera-se, assim, como regra de conduta, ao passo que deixa de ser princípio geral de direito para transformar-se em cláusula geral de boa-fé objetiva. É, portanto, fonte de direito e de obrigações. (GONÇALVES, 2012)

Na visão de Santos (2009), a boa-fé objetiva “é um modelo de conduta social, é o dever ético dos contratantes de agir com honestidade, retidão, lealdade. É o dever que cada um dos contratantes tem de se preocupar com a outra parte, cuidando para que sua conduta não a prejudique”.

Ao arremate, sobre o tema em voga, Costa (2000, p. 411) explica que:

Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar [...] modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subjuntivo.

Assim, observa-se que, ao revés da boa-fé subjetiva, que é endógena e está intimamente ligada ao comportamento das partes na relação contratual, a boa-fé objetiva tem suas feições exteriorizadas, sendo observada como regra de conduta, nas mais variadas relações obrigacionais.

A par disso, extrai-se das lições de Gonçalves (2012, p. 48/49) que:

Denota-se, portanto, que a boa-fé é tanto forma de conduta (subjetiva ou psicológica) como norma de comportamento (objetiva). Nesta última acepção, está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio.

De idêntico teor é o entendimento de Gagliano (2006, p. 65), o qual afirma que a boa-fé subjetiva diferencia-se da objetiva uma vez que esta “[...] tendo natureza de princípio jurídico – delineado em um conceito jurídico indeterminado -, consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica”.

Nesse sentido, segundo o autor, “em uma dada relação jurídica, presente o imperativo dessa espécie de boa-fé, as partes devem guardar entre si a lealdade e o respeito que se esperam do homem comum”. (GAGLIANO, 2006, p. 66)

É importante salientar que o contrato não se exaure com o simples cumprimento da obrigação de dar, fazer ou não fazer. Isso porque, ao lado desse dever jurídico principal, deve estar presente a boa-fé objetiva, que consiste na observância de deveres jurídicos anexos ou de proteção, como, por exemplo, de lealdade, assistência, informação, entre outros. (GAGLIANO, 2006)

A ideia de lealdade, explica Gagliano (2006, p. 71), “infere o estabelecimento de relações calcadas na transparência e enunciação da verdade, com a correspondência entre a vontade manifestada e a conduta praticada [...]”.

Quanto ao dever de assistência, assinala o aludido jurista que tal dever “refere à concepção de que, se o contrato é feito para ser cumprido, aos contratantes cabe colaborar para o correto adimplemento da sua prestação principal, em toda a sua extensão”. (GAGLIANO, 2006, p. 72)

De outra ponta, no que toca ao dever de informação, dispõe a doutrina de Gagliano (2006, p. 73) que tal preceito, derivado da boa-fé, aborda “uma imposição moral e jurídica: a obrigação de comunicar à outra parte todas as características e circunstâncias do negócio e, bem assim, do bem jurídico, que é seu objeto, por ser imperativo de lealdade entre os contraentes”.

Em epítome, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva, por se tratar de uma norma flexível, cujo conteúdo não pode ser rigorosamente ordenado, não é possível relacionar todas as possibilidades em que ela pode ser aplicada, uma vez que está sujeita às circunstâncias do caso concreto. (GONÇALVES, 2012)

Contudo, essa mobilidade faz-se necessária num sistema aberto, para que o julgador tenha liberdade de determinar o seu significado e sua abrangência em cada caso. (GONÇALVES, 2012)

Realizada esta análise mais abrangente acerca deste princípio, far-se-á, a seguir, considerações acerca da boa-fé objetiva, objeto de estudo deste trabalho.

### **2.1.2 – A boa-fé objetiva**

O princípio da boa-fé objetiva, na visão doutrinária, é vista como um modelo de conduta social, segundo o qual, cada parte da relação negocial deverá direcionar sua conduta a um modelo onde se impera a lealdade, a probidade, a honestidade, etc.

De acordo com Santos (2009, p. 218),

Embora com destaque nas relações contratuais, a boa-fé objetiva foi estabelecida como um modelo de conduta que extrapola não só o direito das obrigações, mas o próprio direito privado, para orientar todas as relações sociais. Prova disso é que a jurisprudência vem usando o princípio da boa-fé para fundamentar julgados de direito público.

Mas, em princípio, não é possível revelar o significado do valor a ser utilizado mediante a boa-fé objetiva. Isso porque se trata de norma cujo conteúdo não tem o condão de ser fixado de forma rigorosa, já que depende sempre do caso concreto. (COSTA, 2000)

A cláusula geral da boa-fé objetiva é abordada em três artigos do novo Código Civil, quais sejam: artigo 422 (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”); artigo 113 (“Os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”) e o artigo 187 (“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”). (BRASIL, 2013 f).

O artigo 422<sup>6</sup> do Código Civil é o mais importante dos dispositivos mencionados, não por haver hierarquia entre eles, mas por estar intimamente ligado

---

<sup>6</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL, 2013f).



à função social do contrato, e, assim, a boa-fé é tratada como princípio de direito. (GAGLIANO, 2006)

Ao editar a norma, o legislador cuidou em imputar como obrigação a observância dos princípios da probidade e boa-fé. Pecou, por outro lado, ao prever que tal disposição valeria somente durante a execução do contrato até sua conclusão. (GAGLIANO, 2006)

Ocorre que a boa-fé deve estar presente nas fases pré e pós-contratual, ou seja, sua incidência precisa ocorrer antes e após o cumprimento da avença. Do contrário, estar-se-ia permitindo condutas desleais em tais fases, o que é completamente inconsistente e em desacordo com o que a lei visa resguardar. (GAGLIANO, 2006)

Da melhor exegese do artigo 422 do Código Civil, extrai-se, também, que o acenado dispositivo é uma norma legal aberta. Com base no princípio ético que ela disciplina, fundado na lealdade, confiança e probidade, incumbe ao juiz a tarefa de estabelecer a conduta que deveria ter sido tomada pelo contratante naquelas circunstâncias, levando-se em consideração, ainda, os usos e costumes. (GONÇALVES, 2012)

Encontrado um modelo considerado correto para a situação, cabe ao julgador confrontá-lo com a conduta efetivamente realizada. Se houver divergência entre elas, a conduta é ilegítima porque infringiu a cláusula da boa-fé. Somente depois dessa análise, que tem o condão de preencher a lacuna normativa, será possível identificar os limites dos direitos e deveres das partes. (GONÇALVES, 2012)

A probidade, de que trata o supramencionado artigo 422 do Código Civil, trata-se de uma das feições objetivas do princípio da boa-fé, podendo ser interpretada como a honestidade ou a maneira sensata de cumprir com as obrigações ajustadas. (GONÇALVES, 2012)

Ocorre que, ao lado dos deveres principais, devem andar os deveres acessórios da boa-fé-objetiva, que devem ser cumpridos concomitantemente à obrigação principal, consistentes em deveres de proteção, informação e lealdade, com vistas a garantir que a relação negocial se discorra de forma justa e adequada a ambas as partes. (SANTOS, 2009)

Acerca desta ideia de relação de cooperação entre as partes em toda a relação obrigacional, explica Costa (2000, p. 457) que:

Sob esta ótica, apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida. Nesse campo tem a boa-fé objetiva particularíssima operatividade em matéria de resolução contratual [...].

No Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé é abordada como princípio a ser adotado para atenuar os interesses dos participantes da relação de consumo, conforme dispõe o artigo 4º, inciso III, *in verbis*:

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**. (Grifou-se). (BRASIL, 2013 d).

Ao abordar o tema, Santos (2009, p. 219) acentua que:

No art. 4º do CDC, bem como no art. 422 do CC/2002, a boa-fé objetiva assume o papel de cláusula geral, ou seja, cabe ao juiz, no caso concreto, verificar se o ato ou a omissão de um dos contratantes foi ou não contrário à boa-fé objetiva e determinar a consequência de tal violação.

Além disso, no diploma consumerista, a boa-fé objetiva é tida como critério para definição da abusividade das cláusulas, conforme preconiza abaixo o artigo 51, inciso IV:

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 seja, **incompatíveis com a boa-fé ou a equidade**. (grifou-se). (BRASIL, 2013 d)

Acerca do dispositivo supracitado, explica Santos (2009, p. 219) que:

No contexto do art. 51, IV, do CDC, que trata das cláusulas abusivas no contrato de consumo, a boa-fé objetiva funciona como conceito legal indeterminado, pois, embora fique a critério do juiz decidir se a cláusula contratual violou a boa-fé, a própria lei já determina a consequência para tal violação (nulidade da cláusula).

O propósito dos dispositivos acima transcritos nada mais é do que promover um equilíbrio nas relações de consumo, uma vez que o emprego de cláusulas abusivas ou a não observância dos interesses pressupõe manifesta má-fé daquele que a estipulou e impede o consumidor de obter o que aspirava com a celebração do contrato.

### 2.1.3 – Princípio da equivalência material

Outro princípio de vital importância para o direito contratual é o princípio da equivalência material, que está inserido no rol dos novos princípios sociais contratuais.

Conquanto não esteja mencionado expressamente como os princípios anteriormente descritos, o referido princípio encontra-se consagrado em alguns dispositivos, consistindo na ideia de que deve haver uma troca, ou uma equivalência, de obrigações entre as partes contratantes.

Através do princípio da equivalência material, pode-se garantir a igualdade de condições no momento da contratação ou de aprimoramento da relação jurídica patrimonial, ou seja, há um compromisso de tratamento igual nas contratações. (TARTUCE, 2007)

Este ponto é suficiente para fixar que o princípio da equivalência material foi inspirado pelo princípio da isonomia.

Em comentário ao princípio em voga, Saleh (2003, p. 77) esclarece que:

O princípio da equivalência material busca o justo equilíbrio contratual, tanto a formação, como na execução dos Contratos. Na verdade, vem desmistificar o brocardo *pacta sunt servanda*, por levar em consideração acontecimentos supervenientes à celebração do Contrato, os quais desequilibram a relação contratual, com o objetivo de harmonizar os interesses das partes.

O civilista Gagliano (2006, p. 60) trata desse princípio como uma vertente do princípio da função social do contrato, tendo em conta que aquele se encontraria inserto no alcance deste último. De frente a este entendimento, o autor explica que:

Em verdade, tal princípio pode ser considerado um desdobramento da manifestação intrínseca da função social do contrato e da boa-fé objetiva, na consideração, pelo julgador, do desequilíbrio recíproco real entre os poderes contratuais ou da desproporcionalidade concreta de direitos e deveres, o que, outrora, seria inadmissível. (GAGLIANO, 2006, p. 60)

Assim, não há como se deixar de levar em conta que o tão ansiado solidarismo social somente poderá ser alcançado com o amparo da dignidade da pessoa humana, se o contrato efetivamente buscar o equilíbrio entre as prestações das partes envolvidas na avença, evitando-se, dessa forma, o abuso do poder econômico em face do mais vulnerável e a ditadura do já ultrapassado *pacta sunt servanda*. (GAGLIANO, 2006)

Com efeito, os institutos jurídicos como a lesão, o estado de perigo e a teoria da imprevisão foram criados com o fim de proteger essa equivalência material, e, em última análise, a própria função social do contrato. (GAGLIANO, 2006)

O princípio de equivalência material está contido no Código Civil de forma indireta nos artigos 423 e 424, os quais disciplinam o contrato de adesão. Este princípio inspirou também a teoria da imprevisão prevista nos artigos 478 a 480 do Código Civil. Rezam os referidos dispositivos que:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. (BRASIL, 2013 f)

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. (BRASIL, 2013 f)

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (BRASIL, 2013 f)

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. (BRASIL, 2013 f)

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. (BRASIL, 2013 f)

Abstraindo a questão acerca do acima redigido, tem-se que o princípio da equivalência material procura atingir e resguardar o equilíbrio fidedigno de direitos e deveres no contrato, em todas as suas fases, com vistas a preservar a harmonização dos interesses e o equilíbrio contratual. Ele deve ser aplicado tanto para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações contraídas, quanto para ajustar as desigualdades supervenientes. (LÔBO, 2002)

Com essa nova releitura do direito contratual, o que preocupa mais não é a reivindicação cega de cumprimento do contrato, mas sim se seu cumprimento não ocasiona vantagem excessiva para uma das partes ou desvantagem demasiada para outra.

#### **2.1.4 – A função social do contrato**

O Código Civil de 2002 marca um novo capítulo no direito civil brasileiro, voltado para os novos tempos, já que nasceu sob o amparo da Constituição Federal de 1988. (FONSECA, 2007)

A codificação novel buscou desviar-se das visões individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir uma direção compatibilizada com a socialização do direito contemporâneo.

O princípio da socialidade por ele recepcionado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sendo esta uma das características mais marcantes do novo Código, em contraste com a concepção individualista que prevaleceu anteriormente. (GONÇALVES, 2001)

Diante deste cenário, o legislador pátrio, procurando inspirar na norma a nova realidade em que vivemos, fez presente, no novo Código Civil, em seu artigo 421<sup>7</sup>, a limitação da liberdade de contratar e a função social do contrato, o que representa evidente preocupação com a tutela dos interesses sociais.

Reza o referido dispositivo que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. (BRASIL, 2013 f)

O dispositivo supracitado é uma importante inovação no direito obrigacional, já que o principal objetivo desta codificação é prever que a liberdade de contratar deve ser exercida em conformidade com a concepção do meio social em que estão inseridos, de modo a evitar onerosidade excessiva ou situações de injustiça às partes contratantes, garantir que a igualdade entre elas seja respeitada e equilibrar a relação em que houver a situação de um dos contratantes preponderar sobre o outro. (TARTUCE, 2007)

Corroborando o mesmo entendimento, Venosa explica que:

---

<sup>7</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (BRASIL, 2013f)

Neste cenário, o novo Código procura inserir o contrato como mais um elemento de eficácia social, trazendo a ideia básica de que o contrato deve ser cumprido não unicamente em prol do credor, mas como benefício da sociedade. De fato, qualquer obrigação descumprida representa uma moléstia social e não prejudica unicamente o credor ou contratante isolado, mas toda uma comunidade. (2003, p. 368)

Neste sentido, pode-se afirmar, conforme retirado da lição de Theodoro Junior (2004, p. 31), que a função social do contrato “consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes)”.

Segundo Saleh (2003, p. 99/100):

De início, o operador do Direito e demais estudiosos encontram a primeira dificuldade: a definição da Categoria Função Social. Não se trata de um conceito pronto, acabado. Está em fase evolutiva de interpretação. Talvez, a própria dificuldade, que pode ser um obstáculo indesejável para uns, seja o principal motivo de crescimento e desenvolvimento do Direito social.

Theodoro Neto (2007, p. 153) entende que “A ideia da função social do contrato remete à reflexão do contrato em face dos outros não-contratantes. Etimologicamente esse é o significado da expressão *função social*”. A expressão, portanto, segundo o autor, refere-se ao papel que o contrato irá desempenhar em um determinado meio social.

Para Nalin (2001, p. 219) a função social não se trata de uma limitação da liberdade contratual, mas “[...] de uma remodelação dos elementos do Contrato, sobressaindo-se o do ‘direito subjetivo’ exercido pelos titulares contratantes, no trâmite das esferas de liberdade em atuação”.

No que tange a este novo entendimento, atinente ao contrato e sua função social, apenas para fins de ponderação, é de se destacar que a função social do contrato é um princípio pós-moderno que vem a se acrescentar aos clássicos do contrato, quais sejam, o princípio da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos, da imutabilidade do seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos.

Portanto, abstraindo-se esta questão, embora estejam livres para ajustar os termos do acordo, os contratantes deverão agir continuamente dentro dos limites necessários para evitar que sua ação negocial se torne prejudicial ou traga efeitos indesejáveis e injustos perante terceiros. (THEODORO JUNIOR, 2004)

A doutrina de Fonseca, ao lecionar acerca da função social e do conteúdo contratual, esclarece que:

No aspecto interno ao contrato, a função social do contrato justifica a proteção da parte economicamente mais fraca na relação, bem como a imposição de normas de ordem pública de resguardo de valores de relevância social, como a proteção do meio ambiente, dos consumidores ou da saúde pública. (2007, p. 236)

Na visão do autor, perante o fenômeno atual de sociedade de massas, com a propagação de contratações de adesão similares e a emergência do domínio negocial das empresas, a função social do contrato deve ser utilizada como harmonização desta realidade, através dos princípios e objetivos constitucionais. (FONSECA, 2007)

De acordo com a reflexão de Saleh (2003, p. 75), “A massificação das relações contratuais originada pela rapidez negocial, fruto da crescente e disparada tecnologia, fez com que o Direito refletisse sobre o dogma da autonomia privada.”

No que se refere à realidade brasileira, o princípio da função social ganha relevância a partir da promulgação da Constituição de 1988, por meio da resignificação da ideia de propriedade e dos demais diplomas legais dela decorrentes.

De acordo com o que leciona Gonçalves (2011, p. 25), atualmente, a percepção social do contrato mostra-se como o que o autor chama de “um dos pilares da teoria contratual”.

Segundo o jurista, por identidade lógica, o princípio da função social do contrato possui relação íntima com o princípio da função social da propriedade, este último previsto na Constituição Federal. Ambos, na sua visão, têm o intuito de atenuar as desigualdades entre as partes. (GONÇALVES, 2011, p. 25)

Comungando da mesma ideia, Reale (2003) assevera que:

Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art. 5º, salvaguarda o *direito de propriedade* que “atenderá a sua função social”. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade.

Fonseca (2007), ao trabalhar o tema, defendeu que, atualmente, a Constituição deve ter a máxima eficácia possível e que os princípios dela decorrentes devem ser aplicados a todas as relações jurídicas existentes, mesmo as estritamente privadas, como nos contratos entre particulares.

Anote-se que o mesmo jurista deixou consignado em sua obra que:

Desenvolve-se o que se convencionou chamar de direito civil-constitucional, através do qual se busca uma unidade do sistema jurídico, interpretando-se a lei civil, e as leis extravagantes aplicáveis às relações privadas, à luz de critérios extraídos de comandos constitucionais, ou ainda fazendo-os incidir diretamente. (FONSECA, 2007, p. 26)

A liberdade de contratar prevista no Código Civil de 2002, portanto, deve ser envolvida por este contexto constitucional, atendendo, além do interesse dos contratantes, à função social.

O artigo 421 do Código Civil, neste caso, é de ser interpretado conforme a Constituição, promovendo-se uma relação harmônica entre os dois ordenamentos, sob a égide dos demais princípios constitucionais e do próprio Código, ponderando-se os valores eventualmente em conflito de acordo com as características de cada situação a ser analisada. (FONSECA, 2007)

No expressivo dizer de Saleh (2003, p. 103):

Está declarada a limitação à liberdade de contratar através da Função Social do Contrato. O dispositivo legal respectivo (artigo 421 do Código Civil Brasileiro) é consequência do princípio constitucional da propriedade e da Justiça, presentes nos ditames da ordem econômica e social.

Preservar a função social do contrato como instrumento principal da atividade comercial exige uma limitação à autonomia da vontade, que ainda não está presente em todos os instrumentos de contratação.

Alterado o panorama histórico, Ustároz (2007, p. 33) afirma que:

Pensar o contrato, atualmente, é pensar simultaneamente: (a) na realização individual dos cidadãos; (b) nas expectativas que a relação desperta em ambos os participantes; (c) no efeito da contratação perante terceiros; (d) na projeção social da relação negocial; (e) no equilíbrio relativo entre as prestações e (f) na satisfação mútua.

Enfim, mudando o que deve ser mudado, entende-se que é sob esse panorama que merece ser interpretado o dispositivo dedicado à função social do contrato. Ou seja, combinar o individual com o social, de modo a harmonizar o interesse das partes e da sociedade.

Em última análise, denota a conservação do equilíbrio contratual e a consideração dos interesses da sociedade que, em alguns casos, pode não se afinar com os dos contratantes, mas que, por outro lado, é notório que a aplicação do



princípio proporcionou uma autêntica forma de controle de abusos nas relações contratuais.

#### 2.1.4.1 – A função social do contrato e a boa-fé objetiva como cláusulas gerais

Atualmente, reconhece-se que o Direito está integrado em um sistema mais dinâmico e flexível, o qual admite maior discricionariedade do julgador e intérprete da lei no caso concreto, que pode utilizar até mesmo de conceitos de outras ciências, externos ao âmbito jurídico, para obter um julgamento mais justo e é sob este contexto que se insere a chamada cláusula geral.

A chamada cláusula geral do contrato é vista como uma das mais importantes diretrizes da moderna teoria dos contratos, uma vez que visa alcançar um contrato que encontre o equilíbrio entre a livre iniciativa e a justiça social.

O artigo 421 e 422 do Código Civil de 2002, os quais preveem a aplicação da função social do contrato e da boa-fé objetiva nas relações contratuais, são uma típica cláusula geral, um tipo normativo aberto que permite ao intérprete e aplicador do direito certo grau de abrangência e mobilidade na sua concretização diante do fato concreto. (FONSECA, 2007)

Acerca do conceito de cláusula geral, ensina Costa (2000, p. 274) que:

[...] constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.

De acordo com Fonseca (2007, p. 12) “O emprego das cláusulas gerais no novo Código Civil foi propositado, para permitir a evolução do direito diante das necessidades concretas reveladas pela prática”.

Comungando do mesmo entendimento, Gagliano sugere que:

Como se pode notar, trata-se de cláusulas gerais ou conceitos abertos (indeterminados) que, à luz do princípio da concretude, devem ser preenchidos pelo juiz, no caso concreto, visando a tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa. (2007, p. 43).

Como se observou, a opção do legislador pela fixação de princípios e de cláusulas gerais decorreu da impossibilidade da lei prever todas as soluções que deverão ser dadas em situações que se modificam constantemente.

Sobre o tema, Teizen Junior assevera que:

Dessa forma tem-se que entender o direito não mais como um sistema fechado, porém, em constante transformação, assim, deve ser entendido como um sistema aberto, que permite transmutar-se constantemente e cada vez mais rápido, de modo a se amoldar aos valores sociais vigentes. Sem, no entanto, se tornar injusto, porém delineado em modelo jurídico que permita certa elasticidade ao intérprete.

Tal modelo só se amolda em um sistema de cláusulas gerais, um sistema aberto, cuja técnica legislativa por “tipos vagos” permite ao jurista dar maior completude à análise de soluções mais adequadas à vagueza dos conceitos jurídicos construídos nos sistemas abertos moldados pelas cláusulas gerais, permitindo, assim, interagir de forma mais justa. (2004, p. 98).

A aplicação da função social do contrato e da boa-fé objetiva sobrevieram, sobretudo, como fatores limitativos à liberdade de contratar.

Portanto, seria um contrassenso permitir que se conceba um contrato com relevante potencial econômico ou financeiro, se, por outro lado, existir um conflito negativo ou de depreciação no campo social. É de se dizer que o negócio não pode ser analisado tão somente pelo ângulo formal dos seus pressupostos de validade, mas sob todos os seus reflexos. (GAGLIANO, 2006)

No expressivo dizer de Gagliano (2006, p. 44), para ser aprovado pelo Poder Judiciário, o contrato “deve respeitar regras formais de validade jurídica, mas, sobretudo, normas superiores de cunho moral e social, que, por serem valoradas pelo ordenamento como inestimáveis, são de inegável exigibilidade jurídica”.

Sobre o tema, com muita propriedade acentua Costa (2000, p. 299):

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente a todos os problemas da realidade, uma vez que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes. Não se trata - é importante marcar desde logo esse ponto - de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Ao remeter ao juiz esses critérios aplicativos, a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal. Em outros casos, por não preverem, determinadamente, quais são os efeitos ligados à infringência do preceito, abrem a possibilidade de serem também estes determinados por via jurisprudencial.

Contudo, de acordo com o entendimento de Fonseca (2007), é imenso o poder que as cláusulas gerais concedem ao magistrado, na análise dos casos concretos. Mas este poder, que possibilita a realização da justiça nas mais variadas situações fáticas que o legislador não seria capaz de prever em detalhe, é também um poder que, se mal utilizado, tem a possibilidade de desvirtuar o objetivo da própria norma, e ter consequências negativas para o sistema jurídico.

Quanto à função do julgador, assevera Santos (2009, p. 221) que:

O juiz irá, portanto, por meio do princípio da boa-fé, moldar a solução para o caso concreto. A cláusula geral tem essa função, que é a de ser uma moldura, que será preenchida de acordo com a natureza do caso em litígio. Fica delegada à jurisprudência a responsabilidade de, a partir da cláusula geral, criar as soluções para os diversos tipos de casos.

As vantagens da cláusula geral, explica Teinzen Junior (2004, p. 111), é que esta “[...] faz o sistema ficar vivo e sempre atualizado, prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, amoldando-os às necessidades da vida social, econômica e jurídica. Evita o engessamento da lei civil”.

Quanto às desvantagens, entende o autor que a cláusula geral “Confere certo grau de incerteza, dada a possibilidade de o juiz criar a norma pela determinação dos conceitos, preenchendo o seu conteúdo com valores”. (TEINZEN JUNIOR, 2004, p. 111)

Divergindo deste entendimento, Santos (2009, p. 222) assevera que:

Contudo, a crítica não é correta, pois, se de um lado o sistema confere certa liberdade ao juiz para verificar qual a melhor solução ao caso concreto, de outro, o magistrado está limitado pelas próprias balizas legais, devendo decidir sempre de acordo com a prudência, o bom senso e o que seja socialmente aceito e considerado razoável.

Por fim, no entendimento de Nalin (2001), a função social do contrato divide-se em intrínseca e extrínseca. Segundo o autor, será intrínseca quando buscar a observância dos princípios novos (boa-fé objetiva, equidade e igualdade material) entre as obrigações das partes contratantes. Será extrínseca, por outro lado, quando romper com a relatividade dos efeitos do contrato e se preocupar com as relações sociais, uma vez sua repercussão possa interessar pessoas que não tenham feito parte da relação jurídica inicial.

Realizadas tais considerações, passa-se à análise do tema objeto de estudo do presente trabalho, destacando-se que o próximo capítulo está reservado para as características dos contratos de plano de saúde, notadamente os de natureza coletiva, bem como para a análise dos precedentes jurisprudenciais que circundam a celeuma abraçada neste estudo.

### 3 – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA RESILIÇÃO UNILATERAL DE PLANO DE SAÚDE DE NATUREZA COLETIVA POR PARTE DA SEGURADORA

Diante do processo de crescimento industrial, do tráfego de veículos, do processo de deterioração provocada pelo homem ao meio ambiente, entre outras situações que comprometem, em maior ou menor grau, a saúde de todas as pessoas, independentemente de sua condição social, houve uma expressiva ampliação dos riscos e, com eles, inevitavelmente, majora a possibilidade de ocorrência de eventos danosos. (BARROSO, 2008)

Dessa forma, fica evidenciada a necessidade de maior segurança, para além daquela já oferecida pelo Estado, que tem se sucedido pela procura de uma proteção para os eventos futuros, mediante o ingresso em planos ou seguros de saúde. O conceito do seguro, neste caso, é colocado como uma forma de rede que resguarda os indivíduos e suas famílias dos riscos a que estão sujeitos. (BARROSO, 2008)

Em razão disso, o instituto do seguro tem crescido de forma expressiva, mas não somente no plano individual como antes sucedia, e sim de forma coletiva, de modo a atingir um grande número de indivíduos mediante o pagamento de um prêmio que seria, em tese, mais acessível.

Apesar de aparentemente mais vantajoso, o plano ou seguro de saúde coletivo apresenta, ainda, algumas deficiências, as quais serão exploradas a seguir.

A Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, deixou consignado que é vedada a suspensão ou rescisão unilateral dos contratos de planos privados de assistência à saúde contratados individualmente. (BRASIL, 2013 e)

Assim, o artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.656/98, é claro ao dispor que:

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, **contratados individualmente**, terão vigência mínima de um ano, **sendo vedadas**:

[...]

**II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato**, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; (Grifou-se). (BRASIL, 2013 e)

Porém, amparadas por uma interpretação literal da lei, as seguradoras têm promovido o rompimento unilateral, mediante cláusula inserida nos contratos de plano de saúde, quando contratados de forma coletiva.

Nesse caso, diante das alterações substanciais que o contrato vem sofrendo, conforme já visto nos capítulos anteriores, fundado na realidade social e na proteção do contratante mais vulnerável, a vontade fica lesada perante aquele que direciona as cláusulas contratuais.

Diante da insuficiência de norma para regulamentar determinadas dialéticas contratuais, será elucidado no presente capítulo uma alternativa para amortecer este desequilíbrio e tutelar os interesses transindividuais dentro desta lógica entre mercado e pessoa, identificando os princípios da função social e da boa-fé objetiva como novas diretrizes da teoria geral dos contratos, especificamente nos de adesão aos planos de saúde de natureza coletiva.

Mas antes de adentrar no mérito desta contenda, faz-se necessário elucidar alguns conceitos atinentes aos contratos de plano de saúde de natureza coletiva.

### 3.1 – CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE PLANO E SEGURO DE SAÚDE COLETIVOS

Antes de listar as características dos contratos de plano e seguro de saúde coletivos, cumpre trazer em pauta um conceito genérico de contrato de plano de saúde, já que ambos estão pautados na ideia de solidariedade e possuem um vínculo recíproco de cooperação. Quanto a este instituto, segundo a doutrina de Marques (2011, p. 514):

Em resumo, os contratos de planos e seguro-saúde são contratos cativos de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, que é assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde, de sua família, dependentes ou beneficiários.

Com efeito, a Lei n. 9656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê, em seu artigo 1º, inciso I, o conceito de plano privado de assistência à saúde, trazendo no bojo do seu dispositivo que se trata de:

[...] prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor. (BRASIL, 2013 e)

Inicialmente, é importante destacar a principal diferença entre planos e seguros de saúde.

Isso porque, o seguro de saúde não se presta a cobrir as despesas no momento do sinistro, mas sim em momento posterior, prevendo o reembolso do montante despendido, através de um prêmio, até o limite estipulado no contrato.

Conforme explica a doutrina de Figueiredo (2006, p. 185):

Trata-se de pacto celebrado entre a seguradora de saúde e o respectivo segurado, no qual este se obriga ao pagamento do valor pecuniário de contratação estipulado na apólice e do valor de franquia, quando estiver previsto, ao passo que aquele se obriga a pagamento do prêmio, quando da ocorrência de enfermidade eventualmente cobertas.

O plano de saúde, por outro lado, assegura o atendimento em estabelecimentos específicos, previamente credenciados, por intermédio de convênios, sem que o paciente necessite despendar de valor em espécie no momento da consulta ou do procedimento médico.

De acordo com Figueiredo (2006, p. 183):

Podemos conceituar o contrato de plano privado de assistência à saúde como o pacto celebrado entre a entidade e o beneficiário, no qual este se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária e periódica, ao passo que aquele que se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus financeiro, tão-somente, nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente cobertas.

Para fins de conclusão deste estudo, os conceitos serão utilizados constantemente como sinônimos, dispensando-se suas características peculiares, uma vez que a problemática encontra-se em ambos os institutos. Isso porque, segundo entendimento de Marques (2011) tanto os contratos de seguro-saúde, de planos de saúde como os contratos de assistência médica possuem características e, sobretudo, uma finalidade em comum, qual seja, o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde do consumidor e de sua família.

Passados os conceitos preliminares acerca das características das obrigações envolvidas nos contratos de plano e seguro de saúde, cumpre analisar a sua classificação, sob a égide da Lei de Plano de Saúde que os regulamenta.

Quanto às formas de contratação, o plano de saúde pode ser individual ou familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial. Interessa ao estudo apenas os contratos de natureza coletiva.

Entende-se por contrato coletivo, em suma, aquele assinado entre uma operadora de plano ou seguro de saúde e uma pessoa jurídica que o oferece a um grupo de pessoas a ela vinculadas, como, por exemplo, funcionários, associados ou sindicalizados.

De acordo com a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, o plano de saúde coletivo trata-se de um contrato formalizado por uma pessoa jurídica perante a seguradora, para oferecer assistência médica ou odontológica às pessoas vinculadas a essa pessoa jurídica, podendo ser um plano de saúde. (BRASIL, 2013).

A Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, em seu artigo 16, inciso VII, alíneas “a”, “b” e “c”, institui que o regime ou o tipo das contratações deve corresponder às modalidades: individual ou familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão. (BRASIL, 2013 e).

Como se observou, então, o plano de saúde coletivo pode ser de duas espécies, quais sejam, coletivo empresarial ou coletivo por adesão.

A propósito, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, em comentário ao instituto processual em apreço, enumera:

Existem dois tipos de planos coletivos: os empresariais, que prestam assistência à saúde dos funcionários da empresa contratante graças ao vínculo empregatício ou estatutário; e os coletivos por adesão, que são contratados por pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, como conselhos, sindicatos e associações profissionais. (BRASIL, 2013)



Em resumo, ao passo que os planos coletivos empresariais são financiados pelos empreendimentos, cujo vínculo existente é estritamente empregatício, os planos coletivos por adesão são proporcionados por entidades de classe e a relação existente é profissional.

Com efeito, conforme explicação exarada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, quando a adesão do grupo ao plano é espontânea, o contrato é chamado de coletivo por adesão. Por outra ponta, se a adesão ao plano é automática, em consequência do vínculo, e envolve a conjunto no todo ou a maioria absoluta das pessoas vinculadas, o contrato é denominado coletivo empresarial. (BRASIL, 2013)

A doutrina, por outro lado, não diverge quanto à pessoa jurídica que disponibiliza o plano de saúde coletivo e trata-o como um único instituto, sem diferir se possui natureza empresarial ou profissional.

A par disso, colaciona-se do ensinamento de Filho (2004, p. 1):

O plano de saúde empresarial trata-se de uma modalidade contratual estabelecida entre duas pessoas, onde uma é o empregador, sindicato ou entidade associativa, que convencionam com outra, que pode ser a operadora ou administradora do plano, para prestar serviços de assistência à saúde de terceiros, mediante o pagamento de determinado valor mensal em dinheiro pelos beneficiários ou de forma rateada com o empregador.

Por isso, é preciso ter em mente que os planos coletivos não são uma escolha arbitrária para todos que dele necessitem, uma vez que, para contratá-los, é imperioso que se tenha um mediador, neste caso, uma empresa empregadora, uma associação ou um sindicato.

Assim, se o interessado não é funcionário de uma empresa que tem plano coletivo, associado ou sindicalizado, a seguradora está impossibilitada de promover a avença.

Apenas para fins de ponderação, cumpre destacar as diferenças básicas de cada tipo de contrato.

Com efeito, abstraindo os conceitos ditos acima, compreendeu-se que a contratação dos planos privados de assistência à saúde coletivos pode ocorrer mediante contratação empresarial ou por adesão.

A contratação coletiva empresarial proporciona cobertura a um grupo delimitado de pessoas, que está ligado a uma pessoa jurídica. O vínculo é

essencialmente empregatício e o assentimento do grupo ao plano de saúde ocorre de forma automática, desde a data do acordo ou no momento em que a pessoa se vincula à pessoa jurídica (contraente). (BRASIL, 2013)

A par disso, assevera Figueiredo (2006, p. 187) que:

São planos contratados por pessoas jurídicas para atender a uma massa populacional específica, com quem mantém um vínculo empregatício, associativo ou sindical, sob forma de benefício salarial, isto é, salário indireto. Tais planos podem ser fruto de negociações sindicais, oriundos de convenções, acordos ou dissídios coletivos, Nessa modalidade não há liberdade de adesão, sendo a entrada no plano compulsória a todos os membros da coletividade congregada pelo contratante.

Por outro lado, no que toca à contratação coletiva por adesão, tem-se que esta forma de avença oferece cobertura a um conjunto de pessoas, que estão ligadas a certa pessoa jurídica, também por vínculo associativo ou sindical. Em outras palavras, é aquele que oferece cobertura ao indivíduo vinculado a pessoas jurídicas de forma profissional, como, por exemplo, conselhos profissionais, entidades de classe, sindicatos, associações profissionais, cooperativas de categorias ou profissões, etc. (BRASIL, 2013)

Sobre o plano coletivo por adesão, Figueiredo (2006, p. 186) explica que:

São planos opcionais oferecidos por uma pessoa jurídica, a qual congrega uma determinada categoria, unida por vínculo empregatício, associativo ou sindical com o contratante, aos seus respectivos membros. Todos têm livre escolha de aderir ou não.

Contudo, o que os diferencia, essencialmente, é que, neste último, a adesão ao plano se dá de forma espontânea, ou seja, a escolha é facultada do funcionário.

Frise-se que em ambos os casos é permitida a inserção dos dependentes legais. Além do titular, poderão fazer parte do plano os parentes até terceiro grau de consanguinidade e os parentes por afinidade até o segundo grau. (BRASIL, 2013).

Deve-se ainda ter em conta que, apesar de a contratação coletiva apresentar a mesma finalidade, a carência a ser preenchida altera de acordo com o tipo de contrato e, principalmente, com o número de participantes.

Em resumo, no plano coletivo empresarial, não é permitida a exigência de cumprimento de carência quando o número de participantes superar a margem de trinta e aderirem ao plano em até trinta dias da assinatura do contrato com a

empresa a qual estão vinculados. Somente é possível exigir se o número de trinta participantes não for atingido ou caso a admissão ao plano ocorra após o período de trinta dias. (BRASIL, 2013)

Já no plano coletivo por adesão, atentando-se aos prazos definidos em lei, é permitida a exigência de carência, independentemente do número de aderentes. (BRASIL, 2013)

No que tange ao pagamento do prêmio à seguradora, este deverá ser promovido pela pessoa jurídica contratante. A operadora não poderá efetuar cobrança diretamente do beneficiário. A forma de pagamento pelo beneficiário à pessoa jurídica será estipulada mediante cláusula do contrato de adesão firmado pelo consumidor. (BRASIL, 2013)

### **3.1.1 – Classificação do contrato de seguro**

A classificação dos contratos é de suma importância para o exame de qualquer contrato, para que se possa interpretá-lo e compreender suas consequências jurídicas

Dessa forma, o contrato de seguro deve ser classificado quanto à natureza da obrigação como bilateral, oneroso, aleatório, de execução continuada e de adesão, sendo este último já explanado no primeiro capítulo deste trabalho.

Quanto à forma, o aludido contrato é classificado como solene e consensual. E, quanto à pessoa do contratante, classifica-se como individual ou coletivo. Vejamos, então, a definição de cada uma das características jurídicas que o reveste.

#### **3.1.1.1 - Quanto à natureza da obrigação**

Apresentada como a classificação mais abrangente, na visão da doutrina de Gagliano (2006, p. 112), entende-se por natureza da obrigação “a classificação dos contratos em função da prestação pactuada, uma vez que, em virtude da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, o conteúdo do contrato pode ser o mais diverso possível”.

Quanto à classificação do contrato bilateral, extrai-se da doutrina que nele “tem-se a produção simultânea de prestações para todos os contratantes, pela

dependência recíproca das obrigações, [...], motivo pelo qual tais contratos também são, em geral, conhecidos como sinalagmáticos ou de prestações correlatas”. (GAGLIANO, 2006, p. 113)

Portanto, em suma, é bilateral ou sinalagmático o contrato que pressupõe a manifestação de duas ou mais vontades, que implique em direitos e obrigações recíprocas. (GAGLIANO, 2006)

Comungando do mesmo entendimento, Venosa (2013, p. 414) explica que são contratos bilaterais ou com prestações recíprocas aqueles que “[...] no momento de sua feitura, atribuem obrigações a ambas as partes, ou para todas as partes intervenientes. [...] Cada contratante tem o direito de exigir o cumprimento do pactuado da outra parte”.

Oneroso é classificado o contrato quando se estabelece uma relação jurídica contratual onde ambas as partes experimentam benefícios e deveres, ou seja, fala-se em contrato oneroso “quando a um benefício recebido corresponder um sacrifício patrimonial”. (GAGLIANO, 2006, p. 115)

Acerca do tema, discorre a doutrina de Venosa (2013, p. 426) que:

Nos contratos onerosos, pois, ambos os contratantes têm direitos e deveres, vantagens e obrigações; a carga ou responsabilidade contratual está repartida entre eles, embora nem sempre em igual nível. As partes concedem-se reciprocamente direitos e reciprocamente contraem obrigações. A onerosidade identifica-se primordialmente pela contraprestação que se segue à prestação, pela vantagem que decorre de um sacrifício do contratante. Pode ocorrer que o dever de um dos contratantes esteja em âmbito maior que o do outro.

Outra classificação é a do contrato aleatório, que, por sua vez, é uma subdivisão do contrato oneroso. De acordo com Venosa (2013, p. 427):

É aleatório o contrato em que ao menos o conteúdo da prestação de uma das partes é desconhecido quando da elaboração da avença. O conhecimento do que deve conter a prestação ocorrerá no curso do contrato, ou quando do cumprimento da prestação. [...] O contrato pode ser aleatório por sua própria natureza ou a álea pode resultar da vontade das partes.

Em outras palavras, conforme ensina o professor e jurista Gagliano (2006, p. 119), “quando a obrigação de uma das partes somente puder ser exigida em função de coisas ou fatos futuros, cujo risco da não-ocorrência for assumido pelo outro contratante, fala-se em contrato aleatório”, tal como previsto do dispositivo supramencionado, como é o caso dos contratos de seguro.

O contrato de adesão, que emergiu como uma técnica de contratação em massa, insurge quando o contrato conta com cláusulas predispostas, ou seja, o consentimento manifesta-se pela adesão às cláusulas do negócio jurídico que foram predeterminadas pelo outro pactuante. (GAGLIANO, 2006)

### 3.1.1.2 – Quanto à forma

Segundo Gagliano (2006), quando à forma, os contratos são classificados sob dois aspectos. O primeiro diz respeito à necessidade ou não de uma forma prescrita em lei para que o negócio jurídico seja válido. O segundo, porém, está relacionado à maneira pela qual o negócio jurídico é considerado concluído.

Segundo Venosa (2013, p. 438), são solenes ou formais “os contratos cuja validade depender da observância de uma forma preestabelecida em lei”.

O contrato de seguro, portanto, é considerado solene, uma vez que necessita de uma forma prescrita em lei para a sua validade.

Com relação à forma pela qual o negócio jurídico é considerado acabado, o contrato de seguro é considerado consensual. Isso porque, conforme o conceito extraído da doutrina de Venosa (2013, p. 437), “Os contratos são consensuais quando se aperfeiçoam pelo mero consentimento, manifestação de vontade contratual, seja esta formal ou não”.

Tendo em vista que o contrato de seguro é concretizado com a simples declaração da vontade, ou seja, basta o consentimento recíproco das partes para a sua conclusão, sem necessitar de entrega ou tradição para atingir sua validade, tem como característica ser consensual.

### 3.1.1.3 – Quanto ao tempo de sua execução

Quanto ao tempo, o contrato de seguro é considerado como de duração, que também é chamado de contrato de trato sucessivo, execução continuada ou débito permanente. Isso porque tem como característica o cumprimento por meio de atos reiterados, ou seja, são aqueles em que a prestação é ininterrupta. (GAGLIANO, 2006).

Quando às características dos contratos de duração ou trato sucessivo, não é despidendo trazer à baila o conceito abordado por Venosa (2013, p. 440):

Os contratos são de execução sucessiva quando as relações das partes desenvolvem-se por um período mais ou menos longo, devido à própria natureza da relação. É o que sucede com o contrato de locação, de trabalho, de mútuo, comodato, sociedade, seguro, etc.

Dessa forma, por ser a prestação de assistência à saúde ininterrupta, o contrato de seguro ou plano de saúde encontra-se inserido nesta classificação.

### 3.2 – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Como explanado anteriormente, de acordo com a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, fica vedada a suspensão ou rescisão unilateral dos contratos individuais de planos privados de assistência à saúde. (BRASIL, 2013 e)

Contudo, a lei não deixou expresso que tal vedação seria aproveitada aos planos de saúde contratados de forma coletiva, o que tem deixado lacuna para que as seguradoras promovam a rescisão de convênios dessa natureza, mediante cláusula inserida no contrato.

Sobre o tema, a maioria dos Tribunais de Justiça dos Estados, vem adotando o entendimento quanto à impossibilidade de rescisão<sup>8</sup> unilateral dos contratos de plano de saúde coletivo por parte da operadora.

Para efeitos de limitação de estudo, abordar-se-á o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, mediante a apreciação de um caso concreto, uma vez que tal posicionamento apresenta-se em confronto com o entendimento seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, que abertamente admite a possibilidade de rescisão unilateral dos referidos contratos.

Mas antes de abordar os argumentos que levaram os desembargadores do referido Tribunal de Justiça Estadual a proferirem suas decisões, as quais coadunam com o objeto deste estudo, impende tecer comentários acerca da decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

---

<sup>8</sup> Diferentemente da resolução, cujo termo é reservado para as hipóteses de inexecução do contrato por uma das partes e da rescisão, que traz a noção de extinção da relação contratual por culpa ou nulidade, segundo Venosa (2013, p. 521) “A rescisão é a cessação do vínculo contratual pela vontade das partes, ou, por vezes, de uma das partes. A resolução é, portanto, termo reservado para o desfazimento voluntário do contrato”.

### 3.2.1 – Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Tomando-se como exemplo os julgados dessa natureza, selecionou-se um acórdão do Superior Tribunal de Justiça para compor o presente estudo, uma vez que ele conta com um voto divergente e é sob ele, juntamente com o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que a fundamentação deste trabalho pretende se apegar.

No Recurso Especial nº 889.406/RJ, acordaram os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso especial, julgando prejudicada a medida cautelar nº 12.430/RJ, nos termos do voto do Ministro Relator. Contudo, divergindo, um dos ministros conheceu e deu provimento ao recurso especial, julgando procedente a cautelar e confirmando a liminar, mas seu voto foi vencido.

A Turma, por maioria dos seus membros, votou foi no sentido de admitir a rescisão unilateral de contrato de plano de saúde de natureza coletiva, sob a alegação de que o artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.656/1998, o qual veda a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde, aplica-se exclusivamente a contratos individuais ou familiares. Mas essa argumentação tem gerado controvérsia.

Por oportuno, colaciona-se a ementa do acórdão supracitado:

RECURSO ESPECIAL - SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DE CONTRATAÇÃO COLETIVA - PACTUAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.656/1998 - APLICAÇÃO, EM PRINCÍPIO, AFASTADA - CLÁUSULA QUE PREVÊ A RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO, COM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO - LEGALIDADE - A VEDAÇÃO CONSTANTE DO ARTIGO 13 DA LEI Nº 9.656/1998 RESTRINGE-SE AOS PLANOS OU SEGUROS DE SAÚDE INDIVIDUAIS OU FAMILIARES - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - VIOLAÇÃO - INOCORRÊNCIA - DIREITO DE DENÚNCIA UNILATERAL CONCEDIDA A AMBAS AS PARTES - RECURSO IMPROVIDO.

I - O contrato de assistência médico-hospitalar em tela, com prazo indeterminado, fora celebrado entre as partes em data anterior à entrada em vigor da Lei nº 9.656 de 1998, o que, em princípio, afastaria sua incidência à espécie;

**II - O pacto sob exame refere-se exclusivamente a plano ou seguro de assistência à saúde de contratação coletiva, enquanto que o artigo 13, parágrafo único, II, "b", aponta a nulidade da denúncia unilateral nos planos ou seguros individuais ou familiares;**

III - O Código de Defesa do Consumidor considera abusiva e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula contratual que autoriza o fornecedor a rescindir o contrato unilateralmente, se o mesmo direito não for concedido ao consumidor, o que, na espécie, incontestavelmente, não se verificou;

IV - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 889.406/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Quarta Turma, julgado em 20/11/2007, DJe 17/03/2008). (Grifou-se)

Os elementos constantes no acórdão dão conta de que a recorrente ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, objetivando a declaração de nulidade de cláusula contratual que autorizaria a rescisão unilateral do contrato de seguro de saúde.

Isso porque a seguradora, no caso, estava preocupada apenas com o aspecto econômico da relação, sem se atentar que seu objetivo não é tratar de bens e serviços de natureza supérflua, mas sim do direito fundamental à saúde.

Inicialmente, no momento da contratação, a seguradora buscou angariar uma gama considerável de pessoas para aderirem ao plano, oferecendo inúmeras vantagens, sem prever o aumento da sinistralidade em razão das condições pessoais do aderente.

Em seguida, quando o contrato não lhe era mais conveniente, em razão de algumas pessoas, inclusive idosas, serem diagnosticadas com doenças sérias e graves, o que demandava uma frequência maior de dispêndios para os tratamentos, com toda a frieza, a contratada abandonou seus segurados à própria sorte, sob a alegação de que o contrato estaria economicamente inviável e, também, porque estava inserida no contrato uma cláusula que permitia a rescisão unilateral. Deixou a seguradora, com essa atitude, um número considerável de pessoas abandonadas no curso de seu tratamento e, conseqüentemente, emocional e fisicamente abaladas por não saberem o que o futuro reservaria a elas.

O Juízo de Direito de primeiro grau julgou improcedente a demanda, revogando, ainda, a antecipação da tutela anteriormente concedida. Irresignada, a recorrente interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça negou provimento. Buscou a recorrente, então, amparo para a reforma da decisão no Superior Tribunal de Justiça, em vão.

O Excelso Tribunal, por sua vez, por intercessão dos ministros Massami Uyeda, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha, ao se deparar com a questão referente à aplicabilidade do artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.656/98 aos contratos coletivos, sob a lavra do eminente ministro relator Massami Uyeda, chegou à conclusão de que a legislação especial teve-se unicamente aos planos ou seguros individuais ou familiares e que, por isso,



encontra-se manifesta a intenção do legislador em vedar apenas a renúncia unilateral de planos desta natureza, excluindo-se, por consequência, o plano de saúde de contratação coletiva, pacto sob exame no presente acórdão, conforme se vê na esteira do precedente abaixo:

Veja-se que a referida legislação especial, em seu artigo 13, parágrafo único, II, "b", atendo-se, unicamente, aos planos ou seguros de assistência médica individuais ou familiares, aponta a nulidade da denúncia unilateral (excepcionando os casos de fraude ou inadimplemento da mensalidade por período superior a sessenta dias, a cada ano de vigência do contrato).

Sobreleva anotar, contudo, que o pacto sob exame refere-se exclusivamente a plano ou seguro de assistência à saúde de contratação coletiva, devidamente definido no artigo 4º da Resolução nº 14 do Conselho de Saúde Suplementar, como sendo aquele em que, embora oferecido por pessoa jurídica para massa delimitada de beneficiários, tem adesão apenas espontânea e opcional de funcionários, associados ou sindicalizados, com ou sem a opção de inclusão do grupo familiar ou dependente.

Acrescenta-se, aliás, que a referida resolução, especificamente em seu artigo 6º, ao regulamentar o artigo 13 da Lei nº 9656/98, preceitua a possibilidade também de denúncia unilateral no plano ou seguro coletivo, empresarial ou por adesão, por motivos de inelegibilidade ou perda dos direitos de titularidade, denotando-se, assim, a cristalina intenção do legislador em vedar a renúncia unilateral, apenas, nos planos ou seguros de assistência médica individuais ou familiares.

Não subsiste, ainda, a argumentação subsidiária da recorrente no sentido de que a rescisão unilateral do contrato afrontaria o sistema de proteção ao consumidor, a despeito da não aplicação da legislação específica.

(STJ, REsp 889.406/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Quarta Turma, julgado em 20/11/2007, DJe 17/03/2008). (Grifou-se)

Não obstante a notória celeuma, manifestou-se em sentido contrário o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, do Superior Tribunal de Justiça, no aresto alhures comentado, deixando expresso em seu voto que, no momento da celebração do contrato, as seguradoras têm plenas condições de verificar, no curso do tempo, o aumento da faixa etária dos usuários e, assim, sopesar tais circunstâncias para promover os cálculos atuariais e verificar a viabilidade ou não de um contrato que certamente projetaria seus efeitos para o futuro.

Por isso, alega o ministro, que o argumento utilizado pela seguradora para resilir o contrato unilateralmente é inviável para justificar a quebra do equilíbrio financeiro em razão da idade dos segurados. Segundo ele, o contrato, então, só valeria a pena para a seguradora ou prestadora de serviços enquanto os segurados encontram-se jovens e gozando de boa saúde, o que configuraria uma flagrante

injustiça. Por tais razões, o Ministro Hélio Quaglia Barbosa conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto colacionado abaixo:

Em verdade, o que me parece, com a devida vênia, é que a conjuntura fática, mutante no curso do tempo, por conta do aumento da faixa etária dos usuários dos serviços dos planos de saúde, nada mais é do que algo que ninguém melhor do que as prestadoras de serviços tinham condições de aquilatar, no momento da celebração do contrato, à vista da carteira que lhe era submetida à apreciação.

Argumentar também, data venia, com a inviabilidade superveniente, com a quebra do equilíbrio financeiro ou da equação econômico-financeira do próprio contrato, não me parece razoável, nem obrigatório, pelo menos, porquanto, a se entender dessa forma, o contrato só valeria a pena, vamos dizer assim, para a seguradora ou para a prestadora de serviços, enquanto hígidos, jovens, bem dispostos os usuários dos serviços.

Claro que essas circunstâncias não de ter sido sopesadas, ou, pelo menos, deveriam ter sido. Não acredito que uma prestadora de serviços de porte haja descurado de atinar para os cálculos atuariais que ela, melhor que ninguém, poderia realizar no momento anterior à celebração para efeito de considerar a viabilidade, ou não, de um contrato que, necessariamente, se projetaria com seus efeitos para o futuro.

Com a devida vênia do Sr. Ministro Relator e do voto do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, prefiro seguir na mesma trilha de pensamento, que vinha desenvolvendo quando julgara questões assemelhadas, - e até no memorial oferecido pela parte há uma referência -, conquanto da matéria, então, se cuidasse apenas em sede de antecipação de tutela, no Tribunal de São Paulo. Conheço do recurso especial e dou-lhe provimento; em consequência, julgo procedente o pedido cautelar, tornando definitiva a medida liminar, nos termos em que houvera sido concedida.

(STJ, REsp 889.406/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Quarta Turma, julgado em 20/11/2007, DJe 17/03/2008).

Em sede de renovação de julgamento, o eminente Ministro Hélio Quaglia Barbosa reproduziu seu voto, ratificando seu entendimento anterior e registrando, ainda, que, ao vedar a resilição apenas para os contratos individuais, o legislador procurou equiparar a empresa prestadora de serviços ao usuário hipossuficiente, deixando-os no mesmo patamar, o que seria uma afronta ao que dispõe o Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, nas palavras do Ministro, embora o contrato venha a ser celebrado entre a empresa prestadora de serviços e a pessoa jurídica, o poder legiferante fechou os olhos à evidência de que o destinatário da assistência médica não é a pessoa jurídica, mas sim o empregado, consumidor final.

Assim, entende o Ministro que não afigura adequado que, se aproveitando desta omissão legislativa, num determinado momento, quando os riscos passam de um determinado parâmetro, venha a empresa seguradora dizer

que não se interessa mais em prestar os serviços que vinha prestando, conforme se extrai do voto *in verbis*:

O que vi e vejo é que, na verdade, a lei que ora se argúi, no sentido de consagrar uma limitação, uma restrição à possibilidade de denúncia, dando conta de que se aplicaria apenas aos contratos celebrados entre a empresa prestadora de serviço e o próprio usuário desse serviço, na verdade, significou, dentro de um processo de construção legislativa, que freqüentemente se observa na prática brasileira, de vir o legislador a criar a norma atento à tarefa, à função, à atuação do próprio Judiciário, plasmando determinadas situações que o levam, informando-se e impressionando-se com a evolução, a procurar normatizar aquilo que a Jurisprudência já vinha consagrando.

No caso, é exatamente o que parece haver ocorrido, só que não com a felicidade suficiente, de parte do legislador, no sentido de contemplar a situação do consumidor frente à abusividade da cláusula, que poderia, eventualmente, prever a denúncia unilateral do contrato, seja por esse ou por aquele dos contratantes, seja pela empresa, seja pelo usuário, o que, afinal de contas, representa, sim, uma situação de igualdade, todavia, a meu sentir, com a devida vênia, manifestamente artificial, na medida em que se procura equiparar uma empresa prestadora de serviços ao usuário do serviço público, ao próprio hipossuficiente, aquele que não se vê assistido suficientemente pelo Estado por intermédio de seus sistemas próprios de saúde.

Nessa circunstância, a abusividade parece-me, frente ao que já dispunha e ao que continua a dispor o Código de Defesa do Consumidor, manifesta, independentemente do comando legal superveniente, que se pretende aplicar apenas aos planos estabelecidos frente ao consumidor individual, que, na verdade, venha a representar, sim, uma restrição ao exercício do reconhecimento da abusividade da cláusula anterior, que, eventualmente, possa permitir a rescisão unilateral. Porque, afinal de contas, conquanto o contrato venha a ser celebrado entre a empresa prestadora de serviços e a pessoa jurídica, o empregador, não se hão fechar os olhos à evidência de que o destinatário da assistência médica não é a pessoa jurídica, mas sim o empregado, consumidor final.

Nessas circunstâncias, vejo que todos esses fatores, implicando na elevação gradual da faixa etária e, conseqüentemente, do risco inerente, na saúde dos componentes da carteira contratada com a empresa de plano de saúde, devem ter sido sopesados no momento da contratação.

Não se me afigura adequado, com a devida vênia, que num determinado momento, quando os riscos passam de um determinado parâmetro, venha a empresa seguradora dizer que não se interessa mais em prestar os serviços, que vinha prestando.

Com as respeitosas homenagens aos votos antecedentes, que precederam ao meu, mas no sentido de divergir, mantenho o voto que proferi anteriormente, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento e, em conseqüência, julgando, também, procedente o pedido cautelar, com isso, tornando definitiva a liminar, nos termos em que houvera sido concedida.

(STJ, REsp 889.406/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Quarta Turma, julgado em 20/11/2007, DJe 17/03/2008).

Seguindo a mesma linha, em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça frisou novamente, no AgRg no Ag 1157856/RJ, que é possível a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde de natureza coletiva por parte da seguradora. Confira-se:

Ademais, com relação à pretensão substantiva, também afastada na decisão ora agravada, sem que os ora agravantes tenham combatido o fundamento específico, o que atrai, nesse ponto, o óbice do verbete 182 da Súmula desta Corte, **reitera-se, por reforço à argumentação, que o acórdão recorrido está em conformidade com o entendimento do STJ, no sentido de ser possível a rescisão unilateral do contrato de prestação de plano de saúde de natureza coletiva, uma vez que a norma inserta no parágrafo único, II, "b", desse dispositivo aplica-se exclusivamente a contratos individuais ou familiares.**

(STJ, AgRg no Ag 1157856/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 21/06/2011, DJe 27/06/2011). (Grifou-se).

Em suma, apesar da divergência mencionada, conforme entendimento da maioria dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, nos contratos de planos de saúde coletivos é possível que se promova a rescisão unilateral, bastando o simples desejo de não mais cultivar o negócio jurídico.

### **3.2.2 – Entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**

Como dito alhures, sobre o tema, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem adotado posição diversa daquela seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, rechaçando a possibilidade de rescisão unilateral do contrato coletivo por parte da seguradora, com base nos princípios de proteção às relações privadas.

Essa é a orientação que vem sendo preconizada pelo Egrégio Tribunal, na esteira do precedente abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MANUTENÇÃO DO CONTRATO. INTERLOCUTÓRIO DE DEFERIMENTO. **I** - IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA. ALEGAÇÃO GENÉRICA AFASTADA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS EM SENTIDO CONTRÁRIO. **II** - PRESCRIÇÃO. TEMÁTICA RECHAÇADA. PLEITO DE MANUTENÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CONTRATO FIRMADO EM 1993. IRRELEVÂNCIA. RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA. **III** - RESCISÃO UNILATERAL. ATO APARENTEMENTE CALCADO NO AUMENTO DA SINISTRALIDADE. ABUSO DE DIREITO. CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO (MAIS DE 17 ANOS). SEGURADA IDOSA. *FUMUS BONI IURIS* CARACTERIZADO **IV** – MULTA COMINATÓRIA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO. ART. 461, §4º, DO CPC. FIXAÇÃO RAZOÁVEL. CARÁTER COERCITIVO. GRANDE PORTE DA RÉ. **V** - DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I - Ausentes elementos concretos em sentido contrário, mas somente alegações genéricas, não há falar em irreversibilidade da medida antecipatória, plenamente repetível.

II - Descabida a argumentação da ocorrência da prescrição anual ou decadência, em razão do contrato ter sido firmado há cerca de 17 (dezessete) anos, quando a avença tem renovação anual e automática e o que se busca é a desconstituição da recente denúncia imotivada da ré.

III - Não obstante afastada a vedação à resilição prevista no art. 13, parágrafo único, da Lei n. 9.656/98, verossímil a caracterização de abuso de direito e contrariedade à boa-fé objetiva, pois a resilição se funda aparentemente no mero aumento concreto da sinistralidade, própria da evolução etária da segurada (de 79 anos), mormente quando o contrato é cativo e de longa data.

IV - Na forma do § 4º do artigo 461 do Código de Processo Civil, cabível o arbitramento de multa cominatória em decisão que impõe antecipadamente obrigação de não fazer à ré, não se mostrando abusivo do valor da sanção - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) -, pois necessário à garantia do efeito coercitivo essencial e adequado ao porte da ré.

(TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.083281-7, de Blumenau, Rel. Des. Henry Petry Junior, j. 01/09/2011).

O caso concreto sob análise trata de agravo de instrumento interposto por seguradora especializada em saúde contra decisão que, nos autos de uma ação revisional movida por pessoa segurada, o magistrado determinou que a ré restabelecesse o contrato de seguro saúde firmado, sob pena de multa.

No caso em comento, o seguro de saúde firmado entre as partes tem origem em contrato consolidado por uma associação empresarial e a seguradora, ora agravante nessa oportunidade.

A essa apólice as empresas associadas detinham a faculdade de aderir ao plano em prol de seus beneficiários e, portanto, a parte agravada é beneficiária em razão de adesão da empresa a que a autora (agravada) estaria vinculada, desde 1993. Trata-se, portanto, de seguro de saúde coletivo firmado entre uma sociedade familiar, por intermédio de uma associação empresarial, junto à seguradora de saúde.

Dezessete anos depois, contudo, a agravante, de forma desmotivada, promoveu a resilição unilateral do contrato de seguro de saúde com a associação empresarial, conforme previsão de cláusula que estaria contida na apólice.

Ao se deparar com a questão, de típico caso de resilição contratual promovido unilateralmente por parte da seguradora, a Quinta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Apesar de reconhecerem que a intenção do legislador foi promover a vedação à suspensão ou rescisão nos contratos de plano de saúde individuais, os desembargadores da Corte Catarinense entendem que o direito de rescindir o contrato deve ser analisado sob a luz dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e das interpretações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, deveres esses implícitos que devem se sobrepor ao exercício do direito literal.

De acordo com a interpretação do desembargador relator, o exercício do direito de rescisão unilateral do contrato realizado pela operadora do plano de saúde não guarda respeito aos ditames recomendados pelos princípios mencionados.

Para melhor compreensão, colaciona-se o brilhante voto do eminente Relator Desembargador Henry Petry Junior:

De fato, tratando-se de plano de saúde coletivo, não se aplicam os óbices à rescisão contratual previstos no art. 13, parágrafo único, da Lei n. 9.656/98, incidente apenas aos contratos individuais ou familiares de plano de saúde: [...]

Tudo isso é certo. Não menos certo que, mesmo diante da inaplicabilidade da Lei 9.656/98, tal direito de rescindir o contrato deve ser visto em consonância com o ordenamento jurídico, principalmente à luz dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e das normas de defesa do consumidor.

Vale dizer - não pode o exercício do direito potestativo colocado em uma cláusula contratual, dentro do caso concreto, ser exercido de forma abusiva, frustrando o dever de lealdade que deve imperar entre os contratantes. Devem os contratantes, ainda que a avença literalmente possibilite determinado proceder, observar certos deveres implícitos, de modo que a execução do contrato não fira legítimas expectativas das partes quando da contratação.

Como bem ressalta FERNANDO NORONHA: Se a boa-fé subjetiva é um estado, a objetiva, ou boa-fé como regra de conduta, é um dever - dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para, como veremos na exposição subsequente, não frustrar a confiança legítima da outra parte. (NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. Saraiva: São Paulo: 1994, p. 136)

Na espécie, ao menos aparentemente, neste momento de cognição sumária, o exercício do dito direito de rescisão do contrato pela operadora do plano de saúde não guarda o devido respeito aos padrões recomendados de correção, lisura e honestidade, em razão dos seguintes contornos fáticos iniciais, abordados na exordial e não enfrentados no presente recurso.

(TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.083281-7, de Blumenau, Rel. Des. Henry Petry Junior, j. 01/09/2011).

A questão aqui debatida foi enfrentada pelo Egrégio Tribunal que, por unanimidade dos votos, firmou o justo entendimento de que a rescisão unilateral do contrato coletivo, ainda que baseada na omissão legislativa, deve ter seu exercício

do direito visto com cautela, sob pena de incidir em abuso de direito, como vem constantemente ocorrendo.

Segundo esclareceu a turma, a rescisão do contrato no caso em comento foi realizada principalmente em razão do aumento da despesa com saúde por parte da contratante segurada e o aumento de sua idade (79 anos). Esta realidade, conforme consta, encontra-se claramente manifesta, uma vez que o contrato foi renovado por quase dezessete anos, sem qualquer empecilho.

Conforme bem explica o voto, ainda que a conduta da seguradora tenha amparo legislativo, tal atitude é contrária ao princípio da boa-fé e da função social do contrato, que devem servir como manto envoltório das relações contratuais. Ao revés, a conduta praticada pela seguradora quebrou o dever de lealdade contratual e, ao bem entender dos julgadores, violou os direitos consumeristas, por puro interesse econômico.

Alfim, destacou o relator que, ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como principal objetivo garantir que, no futuro, tenha por parte da seguradora a cobertura nos termos em que contratada, sem que corra o risco de ser surpreendido pela operadora que, a qualquer momento, ou quando o contrato não lhe for mais viável economicamente, pode obstar o vínculo contratual com a proteção da lei.

Por oportuno, traz-se à baila excerto do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

[...] Ao que parece, neste momento inicial, a denúncia do contrato, e todos os outros óbices impostos pela seguradora, foram tomados exclusivamente em razão do aumento da sinistralidade do contrato firmado entre as partes. Causa espécie que o contrato tenha sido renovado automaticamente, sem qualquer empecilho, por quase 17 (dezessete) anos e, agora, com o aumento das despesas com saúde, própria da evolução etária dos beneficiários do plano, opte por denunciar o contrato.

Tal proceder, ainda que calcado na interpretação literal do contrato (mesmo afastada a aplicação do art. 13, parágrafo único, da Lei 9.656/98), não parece ajustar-se ao princípio da boa-fé objetiva que deve permear a relação, máxime se longeva. Esse agir configura inequívoca frustração dos legítimos interesses do consumidor, por motivação puramente econômica do fornecedor, com manifesta quebra do dever de lealdade contratual.

É que a autora arcou com o custeio de seu plano de saúde por 17 (dezessete) anos, quiçá sem maior utilização de seus benefícios nos primeiros anos, justamente para ter em sua velhice - hoje conta com 79 (setenta e nove) anos de idade (fl. 40) - a segurança necessária quanto à assistência médica e de saúde.

Todavia, quando realmente se aproxima do momento para o qual mais necessita da segurança do contrato, é surpreendida com a rescisão unilateral da avença, sem qualquer justificativa para tanto.

De outro lado, percebeu a seguradora o prêmio durante 17 (dezessete) anos, certamente de forma lucrativa, pois não exerceu o permissivo da rescisão anteriormente. Causa espécie que, insisto, agora, justamente quando a parte autora, idosa, e seus familiares mais precisam efetivamente do vantajoso plano pelo qual pagaram a durante todo esse período, ocorre a denúncia.

[...]

Dessa forma, mês a mês, o consumidor efetua o pagamento das mensalidades para ter acesso à cobertura contratualmente prevista, o que, ao mesmo tempo lhe assegura o direito de, mês a mês, ter prestada a assistência à saúde tal como estabelecida na lei e no contrato. Assim, ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, será dada a cobertura nos termos em que contratada. A operadora, por sua vez, a qualquer momento, pode ser acionada, desde que receba mensalmente o valor estipulado na avença.

Regido pelo CDC, para além da continuidade na prestação, assume destaque o dado da “catividade” do contrato de plano de assistência à saúde, reproduzida na relação de consumo havida entre as partes. O convívio ao longo de anos a fio gera expectativas para o consumidor no sentido da manutenção do equilíbrio econômico e da qualidade dos serviços. Esse vínculo de convivência e dependência, movido com a clara finalidade de alcançar segurança e estabilidade, reduz o consumidor a uma posição de “cativo” do fornecedor.

Nessa perspectiva, percebe-se que os serviços assumem indiscutível importância na sociedade de consumo, pois passam a ser imprescindíveis para a vida e conforto do homem, havendo grande estímulo ao aparecimento do tipo contratual ora em exame, socialmente relevante e merecedor de respostas equitativas do Judiciário quando chamado a decidir frente à nova realidade.

Na hipótese em julgamento, a inserção e continuidade dos usuários do plano de saúde na condição de juridicamente idosos, do que decorre o alto índice de sinistralidade, é utilizada pela recorrida como único fato motivador da rescisão do contrato ou majoração do valor da mensalidade.

[...]

Dessa forma, ainda que calcado no permissivo contratual, o exercício do direito de rescisão deve ser visto com parcimônia, sob pena, como parece acontecer na espécie, ocasionar abuso de direito. A questão do aumento da sinistralidade deve ser aquilatada no momento da contratação, com uma análise mais ponderada por ocasião da assunção dos riscos do contrato, bem como com a correção, nos limites legais e razoáveis, do valor do prêmio.

Ante todo o exposto, neste momento inicial, sobretudo porque a decisão traz implicações ao valor saúde da litigante, de todo prudente o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela requerida e a manutenção da decisão.

(TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.083281-7, de Blumenau, Rel. Des. Henry Petry Junior, j. 01/09/2011).

Demonstradas as duas posições divergentes, cumpre confrontar seus fundamentos, o que se fará oportunamente no tópico seguinte.



### 3.3 – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA RESILIÇÃO UNILATERAL DE PLANO DE SAÚDE DE NATUREZA COLETIVA POR PARTE DA SEGURADORA

A partir do crescimento exacerbado de tal modalidade de contratação, a Lei nº 9.656/98, ao dispor sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, que normalmente são ratificados sem discussão das cláusulas, vedou a suspensão ou rescisão unilateral dos contratos individuais de planos privados de assistência à saúde, com o intuito de proteger o consumidor, parte mais vulnerável da relação. (BRASIL, 2013 e)

Contudo, a lei não previu em seu texto que tal vedação seria aplicada aos planos de saúde contratados de forma coletiva, ocasião que abriu precedente para que as seguradoras promovessem a rescisão de convênios dessa natureza, mediante cláusula inserida no contrato de adesão. (BRASIL, 2013 e)

Sob este aspecto, os contratos de adesão, por sua natureza, acabaram por culminar efeitos indesejados, principalmente aos contratantes mais vulneráveis, uma vez que permitem que avenças injustas sejam ratificadas. (TARTUCE, 2007, p. 311)

Impossibilitados de resolverem tal impasse administrativamente, ao se depararem com essa situação de completa insegurança, os beneficiários não têm alternativa senão a de buscar resposta pela via judiciária, que, até hoje, ainda não apresenta entendimento sedimentado.

Como visto, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 889.406/RJ, conheceu a possibilidade de rescisão unilateral de contrato de plano de saúde de natureza coletiva, sob o argumento de que o artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.656/1998, aplica-se exclusivamente a contratos individuais ou familiares, ratificando seu entendimento quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de nº 1157856/RJ, que trazia uma situação semelhante. (STJ, REsp 889.406/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Quarta Turma, julgado em 20/11/2007, DJe 17/03/2008 e STJ e AgRg no Ag nº 1157856/RJ Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJ 21/06/2011, DJe 27/06/2011).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se observou, ressalta a inaplicabilidade do dispositivo acima referido aos contratos coletivos, sob

o argumento provável e meramente literal de que a vedação limita-se aos planos e seguros de saúde individuais ou familiares, já que a lei assim descreve.

A decisão tomada pelo Excelso Tribunal tem gerado controvérsia, uma vez que permite às seguradoras se valerem de uma interpretação estrita para promoverem a revogação unilateral do contrato de plano ou seguro de saúde quando contratados de forma coletiva, colocando em total insegurança os aderentes, mesmo em tratamento de saúde, circunstância que se contrapõe à nova concepção de contrato.

De outro giro, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina firmou entendimento diverso do adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, estando em total consonância com os argumentos adotados por este trabalho.

Em meio à fundamentação do julgado, o desembargador explica que a autora, ora agravada, possuía contrato de seguro com a agravante desde 1993 e que, embora a seguradora tivesse aumentado o valor do prêmio mensal, em razão de a segurada contar com setenta e nove anos de idade, não havia nos autos documentação probatória hábil a indicar que a beneficiária não teria cumprido com sua obrigação de pagamento do prêmio no período da contratualidade, sobretudo porque, durante todo o lapso temporal decorrido, o contrato sempre foi renovado sem qualquer objeção por parte da operadora.

Salientou, ainda, o insigne julgador, que, no ano anterior, o filho da autora (agravada), também segurado do mesmo plano de saúde coletivo, teria sido diagnosticado com uma neoplasia pulmonar em estado de metástase (câncer de pulmão maligno), iniciando, em razão de sua moléstia, tratamento quimioterápico.

Ocorre que a cobertura do tratamento teria sido negada pela ré (agravante), motivo que levou o segurado a demandar judicialmente em face da aludida seguradora para obter a cobertura. Houve, em outra oportunidade, ainda, a negativa de mais uma cobertura de tratamento por parte da mesma seguradora, o que culminou na propositura de nova demanda, todas com as respectivas liminares deferidas.

Ademais, frisou o Relator, que, além das negativas de cobertura aos tratamentos, pouco tempo antes de promover definitivamente a rescisão unilateral do contrato com a autora, a seguradora aumentou significativamente o valor do prêmio pago, sem qualquer justificativa, saltando de uma mensalidade de R\$ 445,11 (quatrocentos e quarenta e cinco reais e onze centavos) para R\$ 1.119,27 (mil cento

e dezenove reais e vinte e sete centavos). Por fim, não satisfeita, no final do mesmo ano, a seguradora agravante promoveu a rescisão imotivada do contrato.

No contexto analisado, em ambos os julgados, observou-se uma tendência à rescisão dos contratos quando os segurados encontram-se com a saúde em estado debilitado ou atingem determinada idade o que, teoricamente, exigiriam maiores dispêndios por parte da seguradora. Agindo dessa forma, injustamente, deixa a seguradora os seus beneficiários à própria sorte.

Inconformado com a manifesta intenção das seguradoras, o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, do Superior Tribunal de Justiça, deixou expresso que seu voto seria divergente. Segundo ele, a conjuntura fática demonstra claramente que a mudança ocorre por conta do comprometimento da saúde e/ou do aumento da faixa etária dos usuários dos serviços dos planos de saúde, ou seja, quando o paciente mais precisa da prestação do serviço.

Ademais, com toda a franqueza que a ocasião permitiu, argumentou o eminente Ministro que, tendo em vista eventual inviabilidade superveniente, “o contrato só valeria a pena, vamos dizer assim, para a seguradora ou para a prestadora de serviços, enquanto hígidos, jovens, bem dispostos os usuários dos serviços”. (STJ, REsp 889.406/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Quarta Turma, julgado em 20/11/2007, DJe 17/03/2008)

Ora, nem é preciso ser muito loquaz para explicar que a ideia de que os contratos servem exclusivamente como produto de acumulação e circulação de riquezas está ultrapassada. Devem as convenções buscar, sobretudo, o ideal de Justiça Social, na medida em que tutela valores supremos.

De uma análise perfunctória acerca da evolução histórica do contrato e dos conceitos até o momento estudados, observou-se que tal instituto passou por diversas transformações, amoldando-se sempre ao contexto social em que esteve integrado.

Como bem se ressaltou nos capítulos anteriores, o fenômeno da constitucionalização provocou uma releitura do direito privado, principalmente no sistema contratual, que não mais conjectura o modelo onde imperava a autonomia da vontade. Ao assumir nova diretriz, o contrato deixou de ser um simples instrumento de vontades dos contratantes e é sob este olhar que eles precisam ser interpretados. (TARTUCE, 2007)

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 trouxe modificações significativas ao direito privado, principalmente quanto à forma tradicional de se enxergar o contrato, antes visto como uma avença fundada em interesses predominantemente individuais. Essa influência proporcionou aquilo que se tem chamado de constitucionalização do Direito Civil. (TARTUCE, 2007)

Tartuce (2007) elucida que o Direito Civil Constitucional constituiria em uma variação hermenêutica, uma mudança de atitude no ato de interpretar a lei civil em confronto com a Constituição Federal.

Ao explicar sobre a necessidade de um diálogo entre as leis existentes em nosso sistema, o jurista assegura que:

Ora, a constitucionalização do Direito Civil nada mais é do que um diálogo entre o Código Civil e a Constituição (*Direito Civil Constitucional*). Com isso se vai até a Constituição, onde repousa a proteção da pessoa como máxima do nosso ordenamento jurídico (tendência de personalização do Direito Privado). (TARTUCE, 2007, p. 89)

Sob esta ótica, traz-se à baila o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que é incompatível com cláusulas contratuais que promovam evidente desigualdade entre as partes, de modo que toda avença que atenta a um dos contratantes provoca uma ofensa à sua dignidade, situação que vai de encontro a um preceito constitucional, como é o caso das disposições que preveem a rescisão unilateral de contratos de natureza coletiva. (TARTUCE, 2007)

Como novo paradigma para as relações contratuais dessa sociedade massificada, propõe-se a revitalização de um dos princípios gerais do direito que deve estar sempre presente nas relações negociais: o princípio da boa-fé objetiva, que serve como mandamento e deve estar caracterizado como obrigatório em todas as relações contratuais da sociedade moderna. (MARQUES, 2011)

Além do mais, hodiernamente, o contrato é visto como um produto da alteração da realidade social, e a concepção do princípio da função social do contrato, inserto no Código Civil, é fruto dessa realidade. Nessa perspectiva, o contrato assume nova função, onde há uma preponderância dos valores sociais sobre os patrimoniais. (TARTUCE, 2007)

Miguel Reale, ao comentar sobre o projeto do novo Código Civil, esclarece a importância dessa inovação, destacando que um dos principais objetivos da codificação novel é:

[...] tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade [...]. (1999, p. 71)

O artigo 421 do Código Civil estabelece que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” e o artigo 422 do mesmo Diploma Legal preconiza que Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL, 2013 f)

Assim, o contrato não pode ser visto apenas como uma ferramenta de circulação de riquezas, mas como instrumento de ascensão social.

Conforme entendimento abalizado de Marques (2011, p. 216):

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Sob esta ótica, os contratos devem ser traduzidos de acordo com o meio social em que estão inseridos, de modo a não trazer onerosidade excessiva ou situações de injustiça às partes, respeitando a igualdade para que a relação contratual fique equilibrada e não haja enriquecimento sem causa por parte de um dos contratantes sobre o outro. (TARTUCE, 2007)

Além disso, o contrato deve ser interpretado de modo mais favorável à parte vulnerável da relação negocial. Essa realidade já constante no Código Consumerista foi transportada para as relações civis. (TARTUCE, 2007)

Portanto, entende-se que, embora a lei faça alusão apenas à contratação individual, é possível que se aplique tal vedação aos contratos coletivos, seja pela analogia, por interpretação principiológica ou pelos fins sociais, exatamente como bem observou o ministro relator do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao lavrar seu voto. Mas não é isso que o Superior Tribunal de Justiça vem fazendo.

Diferente do que resguarda o Superior Tribunal de Justiça, como ressaltado no curso deste trabalho, no plano coletivo de assistência à saúde, o negócio jurídico realizado delibera que uma das partes ostente a obrigação de

oferecer serviços em benefício das pessoas indicadas pela outra parte contratante, mediante remuneração.

Deste modo, esta relação jurídica existente emoldura-se perfeitamente nos conceitos legais de consumidor e fornecedor, consoante ao que define os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. Confira-se:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. (BRASIL, 2013 d).

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

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e **securitária**, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (Grifou-se). (BRASIL, 2013 d)

Resta, assim, clara a inserção do contrato de seguro na seara consumerista. Como dito, os destinatários do contrato coletivo são, portanto, consumidores individuais, que, pela natureza do contrato, estão resguardados pelas normas do Código de Defesa do Consumidor.

Os contratos e planos de saúde necessitam ser tratados também com atenção aos princípios norteadores das relações de consumo, notadamente por estarem presentes circunstâncias que abarcam a saúde, o bem-estar e, sobretudo, a vida, bens que demandam maior assistência e proteção.

Marques (2011, p. 502/503) explica que “Em resumo, a jurisprudência brasileira interpreta hoje os contratos de seguro à luz do Código de Defesa do Consumidor, especialmente quanto à abusividade das cláusulas e seus efeitos, a favor do consumidor”.

Diante disso, a interpretação do contrato deve ser observada sob o prisma do amparo ao consumidor, ou seja, da forma mais favorável àquele que possui clara fragilidade na relação, precisamente nos termos abordados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

É sob esta ótica que o Código Consumerista estabelece a Política Nacional das Relações de Consumo, com vistas a estimular o adequado atendimento das necessidades do consumidor, advertindo quanto ao acolhimento

dos princípios, segundo enumera o artigo 4º, incisos I e III do referido diploma, *in verbis*:

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

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

[...]

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; (BRASIL, 2013 d)

Ao editar o Código de Defesa do Consumidor, o legislador vigorou o artigo 170 da Constituição Federal, que tem como um de seus preceitos a proteção ao consumidor. Nesse caso, tem-se que o Código de Proteção ao Consumidor assumiu importante papel na reformulação do código privado. (TARTUCE, 2007)

Antes mesmo da chegada do Código Civil de 2002, a Lei nº 8.078/90, que dispôs sobre a proteção ao consumidor, já havia traçado nova diretriz aos princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória e da relatividade dos contratos. Essa convergência é aproveitada pelo Novo Código Civil, que consagrou os princípios da autonomia privada, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, considerados princípios sociais contratuais. (TARTUCE, 2007)

A par disso, colaciona-se do ensinamento de Saleh (2003, p. 76):

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como medida urgente de intervencionismo estatal no Brasil, como medida urgente de intervencionismo estatal no Brasil, foi criado o Código de Defesa do Consumidor (Lei 9.078/90), um exemplo de norma cogente, capaz de trazer modificações profundas nos princípios contratuais fundamentais da teoria clássica dos Contratos. O CDC, com o intuito de dar tratamento merecido a fornecedores e consumidores, os quais não tinham respaldo no Código Civil, modificou os princípios clássicos da teoria geral dos Contratos provocando uma alteração dos dogmas do Direito Civil, além de criar nova linguagem, mais acessível.

Os parágrafos do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor reforçam a ideia de que o referido Diploma adotou o princípio da função social dos contratos. Confira-se:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. (BRASIL, 2013 d)

Ao analisá-los, a doutrina de Flávio Tartuce ensina que “[...] o §1º preceitua que a inserção de cláusulas eventualmente discutida no formulário não afasta a natureza do contrato de adesão”. (TARTUCE, 2007, p. 308)

Quanto ao §2º do mesmo artigo, o autor assevera que tal disposição “admite na figura negocial a cláusula resolutória, uma condição resolutiva expressa, desde que esta não traga uma desvantagem excessiva ao consumidor, a teor do que prevê o artigo 51, IV, da Lei 8.078/1990”. (TARTUCE, 2007, p. 308)

Ato contínuo de análise, segundo a mesma doutrina acima mencionada, o parágrafo 3º do artigo 54 “prevê que os contratos de adesão deverão ser escritos de modo a possibilitar o seu entendimento pelo consumidor, em termos claros e com caracteres ostensivos [...]”. (TARTUCE, 2007, p. 308)

Como consequência da espécie de contrato de que se utilizam, qual seja, de adesão, os contratos de consumo, essencialmente os de seguro, que são objeto deste estudo, formalizam-se mediante cláusulas gerais. (BARROSO, 2008)

As cláusulas gerais compreendem estipulações perpetradas por um dos contratantes, o designado estipulante, sem que haja prévia tratativa com a outra parte. Tais disposições servirão para gerir os negócios do estipulante, com a



presunção de que o aderente aceitará os termos das cláusulas sem controverter seu teor e abrangência. (BARROSO, 2008)

Em última análise, as uniformizações negociais patrocinam benefícios ao estipulante e, ao mesmo tempo, restrições, dispêndios ou encargos menos favoráveis ou mais injustos para os aderentes. (BARROSO, 2008)

E foi precisamente essa prática que buscou evitar o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, ao prever a nulidade para as cláusulas contratuais que atentarem contra os interesses e direitos dos consumidores. Contudo, por não antever todas as formas pelas quais as nulidades podem se despontar, é certo que o rol descrito é exemplificativo. (BARROSO, 2008)

Para este trabalho, destaca-se o inciso XI do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que este dispositivo estabelece que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor”. (BRASIL, 2013 d)

Da melhor exegese do dispositivo supracitado, tem-se que tais deliberações previstas no Diploma de Proteção ao Consumidor visam garantir o seu direito à saúde, de modo a obstar que o contrato seja rescindido de forma unilateral, por decisão arbitrária da seguradora, sem a anuência do segurado.

Sobre o tema, Saleh explica que:

Ora, qualquer contrato que não esteja de acordo com a defesa da soberania nacional, da Função Social da propriedade, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, e demais dispositivos da Constituição Federal ou leis especiais, terá um objeto ilícito e deverá ser anulado, com fundamento no artigo 166, II, do Código Civil, pois ‘É nulo o negócio jurídico quando: [...] II – for ilícito, impossível ou indeterminável seu objeto.’ Destarte, qualquer das partes contratantes poderá requerer a nulidade do contrato amparada na inobservância da sua Função Social. (2003, p. 110)

A questão cruciforme, como sabido, refere-se ao artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.656/98, que coloca a impossibilidade de os contratos individuais serem rescindidos unilateralmente.

Conforme destacado no acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, uma leitura superficial do referido dispositivo leva à conclusão de que os contratos coletivos poderiam ser rescindidos unilateralmente, já que a lei faz ressalva apenas aos contratos individuais.

Nas palavras do insigne Relator Desembargador Henry Petry Junior “Tudo isso é certo. Não menos certo que, mesmo diante da inaplicabilidade da Lei 9.656/98, tal direito de resilir o contrato deve ser visto em consonância com o ordenamento jurídico, principalmente à luz dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e das normas de defesa do consumidor”. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.083281-7, de Blumenau, j. 01/09/2011)

Dessa forma, é válido sustentar que o silêncio da lei não permite às operadoras a resilir unilateralmente os contratos.

Isso porque, assim como a propriedade, necessita o contrato respeitar os ditames da boa-fé, bem como atender à sua função social, além da expectativa dos consumidores, sobretudo quando se trata de planos de saúde, uma vez que, tendo eles a característica principal de ser de longa duração, devem atribuir o mínimo de previsibilidade e estabilidade.

Na visão de Marques (2011, p. 518):

[...] a prestação nos contratos de assistência médica ou de planos de saúde, quando necessária, deve ser fornecida com a devida qualidade, com a devida adequação, de forma que o contrato, que o serviço objeto do contrato unindo fornecedor e consumidor, possa atingir os fins que razoavelmente dele se esperam, fim contratual muito mais exigente do que a simples diligência.

Visto pelo ângulo do Superior Tribunal de Justiça, temos que a interpretação literal do aludido dispositivo legal tende a dar razão às operadoras. Nesta lógica, não haveria vedação à resilição unilateral para os contratos coletivos, que também estão previstos na lei.

Porém, essa interpretação literal promovida pelo excelso Tribunal transporta o beneficiário do contrato a uma circunstância de risco que a própria lei buscou evitar.

Assim, sob o manto principiológico, não é crível fazer-se uma interpretação nesse sentido, que constituiria em total restrição ao consumidor, já que, dessa forma, estar-se-ia promovendo uma grave violação ao sistema protetivo que o código consumerista buscou resguardar.

Desse modo, destaca-se que, ainda que a avença celebrada entre as partes anteveja a ruptura do plano, uma cláusula dessa natureza não poderia ou não deveria prevalecer sobre a expressa disposição legal e, ainda, sobre os princípios protetores dessa relação.

A negativa arbitrária de prosseguimento do plano, pela seguradora, na forma de rescisão unilateral, maculando a permanência e estabilidade do interessado, como ocorreu no caso analisado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ocasiona ofensa aos princípios que conduzem as relações de consumo e à dignidade da pessoa humana.

Embora haja omissão da lei quanto à possibilidade ou não de rescisão unilateral do contrato de adesão de plano privado de assistência à saúde coletivo, é cediço que, quando há lacuna na lei, o Magistrado deverá se valer do artigo 126 do Código de Processo Civil, o qual determina que “No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. (BRASIL, 2013 c)

Diante de todo o abalizado, é possível contrastar a noção do direito individualista, que agasalhou a esfera jurídica em boa parte da história dos contratos, desde o direito romano, e que invadiu o direito civil no final do século XVIII, fruto dos ideais da Revolução Francesa, com o direito civil-constitucional que se tem hoje. Não há como arquitetar, nos dias de hoje, um contrato carregado de elementos individualistas, que manifestam insensivelmente a ideologia do liberalismo econômico.

Vislumbra-se que aquela ideia tem sido combatida por boa parte da doutrina e da jurisprudência, que ainda é controvertida, de modo a sobrepor, sempre que possível, o interesse coletivo ao individual. O que se busca, atualmente, é a adoção de providências que sejam capazes de transformar o atual estado de insegurança, precariedade e carência de equidade nas relações entre os negociantes. (BARROSO, 2008)

A inclusão de novos paradigmas no âmbito contratual é necessidade ímpar para o alcance do equilíbrio entre os contratantes. Não se pode mais acolher relações contratuais com obrigações desproporcionais toleradas por uma das partes e celebradas com ausência dos princípios norteadores do contrato contemporâneo, sob a alegação de que o contrato deve respeitar a autonomia e a relatividade dos efeitos dos contratos. (FERRAZ DONINNI, *apud* BARROSO, 2008)

Aliás, há muito esse modelo liberal de contrato tem causado perturbação aos que pugnam pela justiça, tendo em conta a prevalência manifesta de situações categoricamente desproporcionais, que, na grande maioria das vezes, causam

lesões de ordem psíquica, física e, principalmente, financeira a uma das partes. (FERRAZ DONINNI, 1999, *apud* BARROSO, 2008)

O contrato de seguro de saúde, por exercer, nos dias atuais, o relevante papel de amparo, não pode, decidida e simplesmente, desviar-se dessa regra, uma vez que está condicionado ao irrestrito cumprimento da função social que se comprometeu, por sua natureza, a realizar. (BARROSO, 2008)

Não deve o contrato de plano de saúde de natureza coletiva servir apenas de instrumento de acumulação de riqueza para as seguradoras, que tendem a cada vez mais aumentar o prêmio e diminuir a cobertura, justificando-se nos possíveis riscos que por meio do seguro se busca resguardar. (BARROSO, 2008)

Cabe ao poder legiferante, neste caso, intervir em sua regulação, que hoje se encontra omissa, para equiparar o contrato individual ao coletivo, no que tange a vedação à rescisão unilateral do contrato por parte da seguradora.

Mas, enquanto se espera pela lenta boa vontade dos legisladores, à doutrina e à jurisprudência incumbe o papel de suprir temporariamente essa lacuna, aplicando-se as proposições teóricas apregoadas e defendidas neste estudo, com vistas a reprimir os abusos impostos pelo poder econômico estampados nas relações jurídicas de perfil securitário, estendendo o ideal de justiça também aos contratos de seguro coletivo.

#### 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da concisa elucidação histórica apresentada neste estudo, observou-se que o contrato passou por diversas transformações, amoldando-se sempre ao contexto social a que esteve integrado.

Destarte, a divergência entre a civilística clássica, presente no liberalismo, e a nova realidade social assomada, causou impacto no Direito Civil, cujo apogeu e decadência foram confirmados com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A partir de então, o modelo clássico de contrato ganha novo formato, já que os intérpretes da lei podiam usufruir da moderna técnica legislativa denominada cláusula geral. Este método permitiu que valores externos ao ordenamento jurídico fossem lentamente inseridos, de modo a atualizar e dar nova feição aos institutos, aos diplomas legais e às decisões.

Embora a função social do contrato e a boa-fé objetiva não tenham previsão constitucional expressa, é cediço que gozam de previsão implícita. Isso porque, a cláusula geral da função social da propriedade, prevista originalmente na Constituição Federal, respinga também no contrato, uma vez que ambos normatizam a circulação de bens econômicos e buscam, sobretudo, a proteção da sociedade e da pessoa humana.

Assim sendo, atualmente, o contrato é visto como um produto da alteração da realidade social e a concepção do princípio da função social do contrato e da boa-fé objetiva, inseridos nos artigos 421 e 422 do Código Civil, são frutos dessa nova realidade.

Não é despidendo tecer que as referidas cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé-objetiva servem, em último exame, como fator limitador da liberdade contratual.

Neste caso, a interpretação da lei e das cláusulas devem ser perpetrada de acordo com os fins sociais a que elas se destinam, utilizando-se, para tanto, a Constituição e os princípios jurídicos previstos no direito civil, no direito do consumidor e no direito constitucional, aplicados às relações contratuais.

Diante dessa premissa, como o artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, não prevê a modalidade de contratação coletiva, a interpretação plausível a atender os fins sociais é aquela que aplique a vedação à suspensão ou rescisão unilateral

também aos contratos coletivos, notadamente porque se trata de contrato de adesão, onde as cláusulas contratuais não podem ser discutidas e, dessa forma, acabam por culminar efeitos indesejados, principalmente às partes mais vulneráveis da relação contratual.

Como visto em precedente jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou a inaplicabilidade do dispositivo acima referido aos contratos coletivos e, por corolário, conheceu a possibilidade de resilição unilateral de contrato de plano de saúde de natureza coletiva, sob o argumento de que o artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.656/1998, aplica-se exclusivamente a contratos de planos e seguros de saúde individuais ou familiares, já que a lei assim preleciona.

Ocorre que a decisão adotada pelo excelso Tribunal, que conta com apenas um voto divergente, suscita controvérsia, uma vez que permite às operadoras ampararem-se em uma interpretação meramente literal para promover a resilição unilateral do contrato de seguro, quando contratados de forma coletiva.

Essa situação coloca em total insegurança os aderentes, substancialmente aqueles que se encontram em tratamento de saúde, circunstância que se obtempera à nova concepção de contrato.

Por outro lado, seguindo na contramão do entendimento majoritário, ao observar a clara intenção das seguradoras, o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, do Superior Tribunal de Justiça, proclamou que seu voto seria divergente porque a circunstância fática demonstrou abertamente que a mudança por parte das operadoras ocorre em razão do aparecimento de doenças e do aumento da faixa etária dos usuários dos serviços dos planos de saúde que, em tese, gerariam dispêndios maiores aos seus cofres.

A decisão majoritária do Superior Tribunal de Justiça está em total dissonância com a maioria dos Tribunais de Justiça Pátrios, sobretudo com o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que entende que o direito de resilir o contrato deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico e dos princípios da boa-fé, da função social do contrato e das normas de amparo ao consumidor, exatamente como entendeu o ministro do Tribunal Superior, que aventou o voto contrário.

A toda evidência, a realidade fática presenciada não se trata de contrato formalizado por duas pessoas jurídicas, que contam com equiparada possibilidade de negociação ao avençarem sobre direitos e obrigações recíprocas. Do contrário, não é a pessoa jurídica contratante que usufrui do plano de saúde oferecido, mas

sim os funcionários ou profissionais da categoria, ou seja, cada vida que aderiu ao plano com a expectativa de ver amparado seu bem supremo, que hoje se vê mitigado por interesses econômicos.

Não é crível também permitir que o contrato seja rescindido com o pretexto de estar economicamente inviável, tendo em conta que o aumento da sinistralidade presta-se justamente a recompor o equilíbrio contratual, não sendo então esse um motivo plausível para o desfazimento do ajuste, conforme bem arrazoado no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Entendeu-se, alfim, mediante a elaboração deste estudo, que o contrato é instrumento não apenas gerador e assegurador de relações jurídicas particulares, mas também desempenha o importante papel na promoção de uma sociedade mais justa e digna, quando limita a autonomia da vontade em face de interesses tidos como preferenciais que coincidem com os sociais.

Com efeito, o fenômeno da constitucionalização promoveu uma releitura do direito privado, principalmente na forma contratual. Ao adquirir nova diretriz, o contrato deixou de ser apenas instrumento de vontades dos contratantes, e é sob este enfoque que eles devem ser interpretados.

Os contratos e planos de saúde precisam também ser abordados com observância aos princípios que regem as relações de consumo, especialmente por estarem presentes ocasiões que envolvem a saúde, o bem-estar e a vida, bens que exigem elevado amparo. Diante disso, a interpretação do contrato deve ser avaliada da forma mais favorável àquele que possui manifesta fragilidade na relação.

Portanto, embora o parágrafo único do artigo 13 da Lei 9.656/1996 faça alusão apenas à contratação individual, é possível que se aplique tal vedação aos contratos coletivos, seja pela analogia, por interpretação principiológica ou pelos fins sociais, nos exatos termos utilizados pelo relator do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao lavrar seu voto.

Por fim, no contexto da civilística constitucional, o estudo pretendeu chegar à conclusão de que, em última análise, o contrato deve continuar servindo ao fim para que fora criado, ou seja, como instrumento de circulação da riqueza. Mas também é essencial que, diante de todas as construções atuais, materialize a função social e a boa-fé objetiva e promova o ideal de Justiça Social, na medida em que passa a tutelar a dignidade da pessoa humana, valor supremo previsto na Constituição Federal.

## 5 – REFERÊNCIAS

ASSIS, Olney Queiroz, KUMPEL, Vitor Frederico e ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. **Manual de Sociologia Geral e Jurídica**. São Paulo. Método, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. 2. ed São Paulo: Atlas, 2004.

BARROSO, Lucas Abreu. O contrato de seguro e o direito das relações de consumo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, set. 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3099](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3099)>. Acesso em: 9 jul. 2013.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Dicas para escolher um plano de saúde. **Planos Coletivos**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/467-planos-coletivos>> Acesso em: 3 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2012 A.

\_\_\_\_\_. Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2013. B

\_\_\_\_\_. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2013 C.

\_\_\_\_\_. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2012 D.

\_\_\_\_\_. Lei 9.656 de 3 de junho de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm)> Acesso em: 26 mar. 2012. E

\_\_\_\_\_. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2012 F,



\_\_\_\_\_. Resolução do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU n. 14 de 3 de novembro de 1998. Disponível em: <>. Acesso em:

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 16 ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos. Teoria das obrigações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP, 2006.

FILHO, Demócrito Reinaldo. A natureza jurídica do plano de saúde coletivo. Sua repercussão em termos de abusividade da cláusula que permite o reajuste por sinistralidade. **Jus Navigandi**, Teresina, 9 jul. 2004, ano 9, n. 367, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5424>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: **Contratos: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002. **Jus Navigandi**, Teresina, abr. 2006, ano 11, n. 1028. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8262>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2796>>. Acesso em: 2 mar. 2013.

MADEIRA, Lúgia Mori. História do direito medieval: heranças jurídico-políticas para a construção da modernidade. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Revista Eletrônica Justiça e História. Vol. 8, nº 15 e 16, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORRIS, Amanda Zoe; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; BARROSO, Lucas Abreu. **Direito dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2005.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil Brasileiro: situação após a aprovação pelo Senado Federal**. 2. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 3 jan. 2013.

SALEH, Sheila Martignago. A dignidade da pessoa humana e os contratos interprivados: mudança de eixo interpretativo, a partir de uma formulação civil-constitucional. **Revista da ESMESC**, v. 13, p. 279-309, 2006.

SALEH, Sheila Martignago; ROESLER, Cláudia Rosane. **Contratos privados: função social no estado contemporâneo**. 120 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Itajaí, 2003.

SANTOS, Murilo Rezende dos. As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 204-263, abr./jun. 2009.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> Acesso em 2 jul. 2013

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Jurisprudência**. Disponível em <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>> Acesso em: 19 jul. 2013.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade contratual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.