

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

TIAGO DE COSTA GONÇALVES

**AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E O DANO TEMPORAL: ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL A PARTIR DA HIPERVULNERABILIDADE DOS PACIENTES**

CRICIÚMA/SC

2017

TIAGO DE COSTA GONÇALVES

**AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E O DANO TEMPORAL: ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL A PARTIR DA HIPERVULNERABILIDADE DOS PACIENTES**

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

Orientador: Prof. Pós-Dr. Gustavo Silveira Borges

CRICIÚMA/SC

2017

TIAGO DE COSTA GONÇALVES

**AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E DANO TEMPORAL: ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL A PARTIR DA HIPERVULNERABILIDADE DOS PACIENTES**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 05 de dezembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Gustavo Silveira Borges – Pós-Doutor - (Universidade do Extremo Sul
Catarinense - UNESC) - Orientador

Prof. Júlio César Lopes - Especialista - (Universidade do Extremo Sul Catarinense -
UNESC)

Prof. Israel Rocha Alves - Especialista - (Universidade do Extremo Sul Catarinense -
UNESC)

Dedico este trabalho à Karine, minha eterna companheira e alma gêmea, aos meus filhos amados, Maria Eduarda e Théo Vinícius, por todo amor recebido e pela compreensão que tiveram nestes últimos cinco anos em que me dediquei a esta jornada, tendo, muitas vezes, que me ausentar das suas companhias e que, mesmo nos momentos difíceis, me apoiaram incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus por permitir que este sonho tenha se tornado realidade. À minha família, pelo amor e apoio recebido durante esta jornada e à minha mãe por todo carinho recebido.

Agradeço em segundo lugar a Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC e, em especial, a coordenação do curso de Direito, pela excelente qualidade do curso oferecido e pela extraordinária estrutura que disponibiliza à seus acadêmicos, professores e demais funcionários.

Agradeço em terceiro lugar, mas não menos importante, a todos os professores que compartilham os seus conhecimentos nessa nobre função do magistério, os quais estão diretamente relacionados com o sucesso e a qualidade do curso de Direito da Unesc e ao sucesso de cada acadêmico que aqui concluiu a sua graduação.

Registro, também, o meu agradecimento ao professor Gustavo Silveira Borges que generosamente disponibilizou parte de seu tempo e me orientou na elaboração deste ensaio. Guardarei com carinho a lembrança de todos!

“Os filósofos explicaram o espaço. Não explicaram o tempo. E este é a inexplicável matéria-prima que está na base de tudo. Com ele, tudo é possível; sem ele, nada. A oferta de tempo é um verdadeiro milagre diário, uma questão realmente espantosa quando nos dispomos a examiná-la. Acordamos de manhã e pronto! Temos a bolsa magicamente cheia com vinte e quatro horas do tecido não fabricado do universo da nossa vida! É nosso. É a mais preciosa das possessões. Um bem extremamente singular que nos é oferecida de um modo tão singular quanto ele próprio!

Porque, veja-se bem! Ninguém no-lo pode tirar. É à prova de roubos. E ninguém recebe nem mais nem menos do que nós.

Eis um exemplo de democracia ideal. No reino do tempo não existe a aristocracia da riqueza, nem a aristocracia do intelecto. O génio nunca é recompensado nem sequer com uma hora extra por dia. E não existem castigos. Podemos gastar este bem infinitamente precioso tanto quanto quisermos, que a oferta nunca nos será retirada. Não virá qualquer poder misterioso dizer: “Este homem é um louco, talvez mesmo um velhaco. Não merece o tempo que tem; ser-lhe-á cortada a ração”. É mais seguro que os títulos do tesouro e o pagamento não é afectado pelos domingos. Além disso, não se pode sacar sobre os rendimentos futuros.

É impossível individarmo-nos! Só podemos gastar o momento que passa. Não podemos gastar o amanhã, que nos continua sempre reservado; não podemos gastar a próxima hora, que nos continua reservada.

Disse que se tratava de um milagre. E não é verdade?

Temos de viver com as vinte e quatro horas de tempo diário. É com elas que temos de procurar saúde, prazer, dinheiro, satisfação, respeito e cuidar da nossa alma imortal. Por isso, saber usá-lo bem e com eficácia é uma questão da mais elevada importância e da mais excitante actualidade.

Tudo depende disso.”

Arnold Bennet

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo estudar a relação entre as operadoras de planos de saúde e seus consumidores no intuito de verificar a possibilidade de caracterização do dano temporal nos casos de descumprimento contratual por parte dessas instituições. Para tanto, buscou-se subsídios no instituto da Responsabilidade Civil para se constatar se o tempo – conceituado neste ensaio como bem jurídico passível de valoração e proteção – pode ser objeto de violação em decorrência das condutas ilícitas praticadas pelas operadoras de planos de saúde. Nesse sentido, abordou-se o paciente como pessoa hipervulnerável. Apresentando-se, também, o dano temporal como uma nova modalidade de reparação cível, tendo por objetivo a aferição da responsabilidade dos fornecedores na subtração indevida do tempo de seus consumidores. Ao final, o presente estudo concluiu que o tempo, apesar da falta de normatização, é um bem jurídico valioso, tendo o paciente hipervulnerável uma percepção diferente da sua passagem. Com relação ao dano temporal, este pode ser considerado dano autônomo, carecendo este instituto, entretanto, de normatização. Utilizou-se como metodologia de pesquisa inicialmente a bibliográfica, posteriormente efetuou-se a jurisprudencial qualitativa, interpretando-se os dados coletados através do método indutivo. No que se refere à relação das operadoras de planos de saúde e seus consumidores, esta pode ser objeto de indenização aplicando-se essa nova modalidade de dano, qual seja, o dano temporal, desde que o mesmo seja comprovado pela análise de seus pressupostos a partir do caso concreto.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Operadoras de planos de saúde. Pacientes. Hipervulnerabilidade. Dano Temporal.

ABSTRACT

The objective of this essay is to study the relationship between the health insurance operators and their consumers in order to verify the possibility of characterization of temporal damage in cases of breach of contract by these institutions. For this, it was sought subsidies at the institute of Civil Liability to verify if the time - considered in this essay as a legal asset that can be valued and protected – can be object of violation as a result of illicit behaviors practiced by health insurance operators. Therefore, the patient was approached as hypervulnerable person. In this way, it was presented the temporal damage as a new modality of civil reparation, with the objective of assessing the providers' responsibility in unduly subtracting the time of their consumers. At the end, the present study concluded that the time, despite the lack of regulation, is a valuable legal asset, and the hypervulnerable patient has a different perception of their passage. With regard to temporal damage, it can be considered as autonomous damage, however, this institute has no regulations. Initially, the research methodology used was the bibliographic and, posteriorly, was done qualitative jurisprudential research, interpreting the data collected through the inductive method. With regard to health insurance operators and their consumers, these may be subject to compensation applying this new modality of damage, which is the temporal damage, under the condition that it is proved by analyzing its assumptions from the concrete case.

Keywords: Civil Liability. Health Insurance Operators. Patients. Hypervulnerability. Temporal Damage.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
C/c	Combinado com
CAP	Caixa de Aposentadoria e Pensão
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CJF	Conselho da Justiça Federal
Consu	Conselho de Saúde Suplementar
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
DES.	Desembargador
DESA.	Desembargadora
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Etc.	Etcetera
IAPs	Institutos de Aposentadoria e Pensão
INPS	Instituto de Previdência Social
N.	Número
N.º	Número
OMS	Organização Mundial da Saúde
P.	Página
REsp	Recurso Especial
RN	Resolução Normativa
RS	Rio Grande do Sul
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Subst.	Substituta
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.1 CONDUTA.....	14
2.2 DANO	16
2.2.1 Conceito	17
2.2.2 Dano Patrimonial	17
2.2.3 Dano extrapatrimonial	19
2.3 NEXO DE CAUSALIDADE	21
2.3.1 Conceito	22
2.3.2 Teorias	22
2.3.2.1 Teoria da causalidade adequada	23
2.3.2.2 Teoria dos danos diretos e imediatos.....	23
2.3.2.3 Teoria adotada pelo Direito Civil brasileiro	24
2.4 CULPA <i>LATO SENSU</i>	25
2.4.1 Culpa <i>stricto sensu</i>	26
2.4.2 Imprudência, negligência e imperícia	27
2.4.3 Espécies de culpa	28
2.4.3.1 Graus da culpa	28
2.4.3.2 Culpa presumida	28
2.4.3.3 Culpa concorrente	29
2.5 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	30
2.5.1 Responsabilidade civil subjetiva	30
2.5.2 Responsabilidade civil objetiva	31
2.5.3 Responsabilidade civil contratual e extracontratual	33
2.6 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	33
2.6.1 Culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro	34
2.6.2 Caso fortuito ou força maior	35
2.6.3 Exercício regular de direito, legítima defesa e estado de necessidade	35
2.6.4 Cláusula de não indenizar	36
2.7 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ...	37
3 TEMPO COMO VALOR JURÍDICO	39
3.1 A RELEVÂNCIA DO TEMPO PARA A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	39

3.2 A NORMATIZAÇÃO DO TEMPO	46
3.3 A VIOLAÇÃO DO TEMPO.....	48
4 O PACIENTE E A SUA POSIÇÃO DE (HIPER)VULNERABILIDADE	52
4.1 VULNERABILIDADE <i>VERSUS</i> HIPOSSUFICIÊNCIA.....	52
4.2 AS DIFERENTES ESPÉCIES DE VULNERABILIDADE	54
4.2.1 A vulnerabilidade técnica	55
4.2.2 A vulnerabilidade jurídica.....	55
4.2.3 A vulnerabilidade fática ou socioeconômica.....	56
4.2.4 A vulnerabilidade informacional	56
4.3 A HIPERVULNERABILIDADE	57
4.3.1 A criança hipervulnerável.....	58
4.3.2 O analfabeto hipervulnerável	58
4.3.3 A pessoa com deficiência hipervulnerável	58
4.3.4 O idoso hipervulnerável.....	59
4.3.5 O paciente hipervulnerável.....	59
5 O DANO TEMPORAL	62
5.1 CONCEITO DE DANO TEMPORAL	62
5.2 O DANO TEMPORAL NA DOUTRINA.....	64
5.3 O DANO TEMPORAL NA JURISPRUDÊNCIA	68
6 AS RELAÇÕES ENTRE AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E SEUS CONSUMIDORES E A OCORRÊNCIA DO DANO TEMPORAL	73
6.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	73
6.2 SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR.....	76
6.3 AS RELAÇÕES ENTRE AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E SEUS CLIENTES.....	78
6.3.1 A adesão aos contratos de planos de saúde.....	81
6.3.2 As modalidades de contratação dos planos de saúde	86
6.3.3 A carência nos planos de saúde e as doenças pré-existentes	88
6.3.4 As negativas de coberturas.....	90
6.4 O DANO TEMPORAL E AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE	93
6.4.1 Metodologia de pesquisa.....	93
6.4.2 Análise jurisprudencial	95
7 CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS.....	101

1 INTRODUÇÃO

A saúde é direito de todos e dever do Estado, assim começa o artigo 196 da CF/88, entretanto, o sistema público de saúde é deficiente e presta um serviço precário à população, uma vez que é notória a falta de médicos, de leitos, de remédios, da existência das filas inimagináveis para atendimento médico, para agendamento de consultas com especialistas ou para a realização de procedimentos eletivos.

Diante do presente cenário, parte da população economicamente capaz busca alternativas para garantir o acesso aos serviços de saúde em melhores perspectivas, nesse passo, o sistema de saúde suplementar no Brasil, representado pelas operadoras de planos de saúde, surge como instrumento capaz de suprir as deficiências da saúde pública, tornando-se a “[...] tábua de salvação do cidadão que empenha parte significativa da sua renda [...] para que sua família tenha acesso a um atendimento de qualidade no momento de mais vulnerabilidade: quando o usuário está com a sua vida em risco.” (KIRCHNER, 2014, p. 254).

Ocorre que, essa “tábua de salvação” pode cometer falhas na prestação do serviço contratado, como por exemplo, negando indevidamente uma autorização para a realização de um procedimento médico ou exame, bem como retardando injustificavelmente essas autorizações, nesse sentido, o cidadão, acometido muitas vezes por alguma patologia, inicia uma verdadeira “via crucis” para viabilizar o procedimento almejado, perdendo, em razão desse descumprimento contratual, parcela considerável de seu tempo, o qual, no atual estágio de desenvolvimento da sociedade, é considerado um bem jurídico valioso, muitas vezes mais que o próprio dinheiro.

Desta feita, o estudo da valoração do tempo justifica-se em razão do atual estágio de globalização em que a sociedade se encontra, no qual as informações circulam em uma velocidade incomparável, ultrapassando barreiras, nesse cenário o tempo torna-se um bem cada vez mais precioso e escasso. (MAIA, 2014, p. 162). Nesse passo, as 24 horas do dia já não duram como antes e tem-se a impressão que o tempo passa mais rápido, não dando “tempo” para concluir todas as tarefas relacionadas com o estilo de vida cada vez mais complexo e agitado. A falta de tempo é latente, trava-se hoje uma guerra contra o relógio e cada minuto poupado comemora-se como uma batalha vencida. (TERRA, 2015, p. 214).

Diante da fragilidade temporal em que a sociedade se encontra, diversos mecanismos de proteção são eleitos para resguardar a segurança dos indivíduos face a uma rotina de sobrecargas que muitas vezes não permite que contratemplos ocorram, nesse sentido, pode-se citar os seguros de vida, os de carro, os de residência e os planos de saúde, todos esses serviços contratados dão mais segurança e tranquilidade para seus beneficiários.

Nessa perspectiva, tem-se que os planos de saúde são de extrema importância, exercendo papel fundamental para os seus pacientes, dando a eles segurança no exercício das suas tarefas do dia-a-dia. Nesse passo, é diante do descumprimento contratual das operadoras de planos de saúde em face de seus consumidores que se pretende buscar subsídios para detectar se haverá a obrigação de se indenizar o tempo subtraído destes em razão da conduta ilícita daquela.

Assim, o presente ensaio tem como tema as operadoras de planos de saúde e o dano temporal: análise jurisprudencial a partir da hipervulnerabilidade dos pacientes. Diante da presente delimitação, buscar-se-á responder ao problema: O tempo subtraído do paciente pelo inadimplemento contratual das operadoras de planos de saúde é passível de indenização por dano temporal em sua modalidade autônoma ou fundamentação para caracterização de dano moral em sentido estrito?

O objetivo geral que se pretende com o presente trabalho é pesquisar a possibilidade de caracterização de dano temporal nas relações entre consumidores e as operadoras de planos de saúde por descumprimento contratual que acarrete na perda involuntária de tempo.

Para alcançar-se o objetivo geral proposto, necessário se faz percorrer os objetivos específicos, nesse sentido, primeiramente o presente ensaio pesquisará sobre o instituto da responsabilidade civil, apresentando os seus elementos, as suas modalidades e as possibilidades de exclusão da responsabilidade do agente ofensor. Após, a pesquisa se voltará para o tempo como bem jurídico e a sua relevância para a sociedade. Em seguida, a pesquisa abordará o estado de hipervulnerabilidade dos pacientes e o estudo do dano temporal como uma nova modalidade de responsabilização, apresentando-se o posicionamento da doutrina e da jurisprudência acerca do tema. Ao final, a pesquisa adentrará na relação entre as operadoras de planos de saúde e seus consumidores, bem como a possibilidade de ocorrência dessa nova modalidade de dano por descumprimento contratual dessas instituições.

O presente ensaio foi desenvolvido inicialmente por meio de uma pesquisa bibliográfica acerca dos objetivos específicos propostos acima e, posteriormente, efetuou-se uma pesquisa jurisprudencial qualitativa acerca do dano temporal e da sua incidência na relação entre os consumidores e as operadoras de planos de saúde, interpretando-se os dados coletados através do método indutivo.

De início, tem-se por hipótese do que se encontrará no presente ensaio a confirmação do tempo como um bem jurídico e que a sua violação por descumprimento contratual poderá ser caracterizada através do instituto da responsabilidade civil, através do dano temporal ou, ainda, através do dano moral em sentido estrito, sendo que a caracterização dessa nova modalidade de dano encontra-se em expansão, entretanto, na relação de consumo ora estudada, a aplicação desse instituto ainda se encontra em fase embrionária, incidindo-se sobre tal seguimento tão somente os danos morais em sentido estrito ou danos materiais para ressarcimento de despesas.

Com efeito, o ensaio possibilitou reforçar o conceito do tempo como bem jurídico tutelado pelo Estado e que o paciente, por estar acometido por alguma patologia, tem uma percepção do tempo diferenciada, uma vez que o mesmo se encontra em estado de hipervulnerabilidade e permanente sofrimento. A pesquisa bibliográfica e jurisprudencial retratou que o dano temporal, apesar da resistência do Poder Judiciário e de parte da doutrina, pode ser considerado um dano autônomo, carecendo, no entanto, desse instituto de normatização, mas que essa carência não impede que o mesmo seja utilizado para aferir a responsabilidade das operadoras de planos de saúde nos casos que o seu descumprimento contratual acarretar na subtração indevida do tempo de seus consumidores.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil será o primeiro tema a ser abordado no presente ensaio, uma vez que é com base neste instituto que se buscarão os mecanismos necessários para a reparação da violação do tempo, este analisado sob a perspectiva de bem jurídico. Assim, “a responsabilidade civil é um instituto fundamental às relações sociais porque trata de estabelecer os critérios pelos quais uma pessoa deve responder a outra pelos prejuízos eventualmente causados”. (TIMM, 2010, p. 289).

Nessa esteira, a responsabilidade civil surge com a violação de um dever jurídico originário, o qual corresponderá sempre a uma obrigação – seja ela contratual, quando, por exemplo, o indivíduo se vincula a um contrato de prestação de serviços, ou extracontratual, quando a obrigação é imposta pela Lei. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14-15). Da violação desse dever surge um novo direito, denominado dever jurídico secundário, o qual corresponderá a reparação do dano sofrido pelo ato ilícito praticado. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14). “É, portanto, uma consequência e não uma obrigação original, considerando que esta constitui sempre um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou consequente”. (STOCO, 2013, p. 154).

Nesse passo, para se identificar a responsabilidade civil é mister que estejam presentes certos elementos que a estruturam, sob pena de não se configurando um ou alguns desses elementos não se estar diante de um ato ilícito passível de reparação civil, diante disso, a sua correta caracterização e identificação é fundamental. Dessa forma, tem-se como elementos da responsabilidade civil a conduta, a qual materializará o ato ilícito, o dano proveniente do ilícito praticado, o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano e, por último, a caracterização da culpa, exigível apenas quando ocorrer a responsabilidade civil subjetiva, a qual será melhor abordada em tópico específico.

No estudo dos elementos da responsabilidade civil, abordar-se-á na próxima seção a conduta, a qual será analisada juntamente com o conceito de ato ilícito, eis que este é resultado daquela.

2.1 CONDUTA

Como já pontuado acima, a responsabilidade civil decorre de um descumprimento contratual ou extracontratual. Esse descumprimento é originado através de uma conduta, seja ela uma ação ou omissão de uma pessoa física ou jurídica (pública ou privada).

Percebe-se, dessa forma, que o Direito só se ocupa dos fatos que têm repercussão jurídica, ou seja, quando um fato corresponder à circunstância prevista na lei, a norma incidirá sobre este fato, outorgando-lhe efeitos jurídicos. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 19). Esses fatos jurídicos podem ser naturais, provenientes da própria natureza, como o nascimento, a morte e a tempestade, ou podem ser fatos voluntários, quando sua origem advém das condutas humanas dotadas de efeitos jurídicos, estes, por sua vez, se dividem em lícitos, exercidos de acordo com as normas, e ilícitos, os quais contrariam o Direito, excetuando-se as exceções previstas em lei. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 19). Gomes e Brito (2011, p. 57), asseveram que a violação de uma norma que trata do comportamento especificamente jurídico de alguém é um ato antijurídico, mas se o ato que violar a norma resultar, também, na violação do direito subjetivo de outra pessoa, causando-lhe dano, ficará o agente obrigado a repará-lo, pois a conduta nessas condições se tornará ilícita.

Nesse passo, o artigo 186 do Código Civil Brasileiro – CC define que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002). Extrai-se do citado artigo que a materialização do ilícito civil se dá através de uma conduta humana.

A ação, em sentido estrito, passível de reparação, representa um movimento físico, como acelerar um automóvel ou atirar um objeto, podendo ser ela efetuada de forma consciente ou inconsciente, mas sempre deverá ser voluntária, ou seja, a ação que revela a vontade humana capaz de originar o fato jurídico ilícito deverá ser resultado de um ato voluntário do agente, caso contrário não se estará diante de um fato jurídico passível de reparação cível. (COELHO, 2012, p. 318-319).

Já a omissão voluntária, por seu turno, representa a falta de movimento físico do agente que seria capaz de impedir a efetivação do dano, para que a mesma seja caracterizada como um ato jurídico ilícito deverá estar acompanhada de dois outros requisitos, quais sejam, o sujeito omissor tinha o dever de praticar a ação e está deveria ser capaz de impedir o dano, estando presentes esses dois requisitos a

omissão é considerada a causa do dano e, por consequência, incidirá a responsabilização civil, entretanto, caso não esteja presente um desses requisitos, a omissão do agente será considerada apenas como uma condição para a ocorrência do dano, não gerando responsabilização do omissor. (COELHO, 2012, p. 320-321). Quanto ao dano gerado, este será abordado de forma mais específica a seguir.

2.2 DANO

Na responsabilidade civil o dano é imprescindível, sem ele não haverá o que indenizar à vítima. Pode se configurar a responsabilidade civil sem a caracterização da culpa, mas não poderá faltar o dano, como exemplo dessa afirmação pode-se citar diversos dispositivos do CC, dentre eles os artigos 186, 927, 944 e 945¹, o que reforça a tese de que o dano é o elemento preponderante desse instituto. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 92).

O dano, sinônimo de prejuízo, pode ser classificado em duas espécies, os patrimoniais e os extrapatrimoniais: os danos patrimoniais são divididos em emergentes, lucros cessantes e a perda de uma chance, esta última sendo uma construção doutrinária e jurisprudencial apresentando aspectos também de dano subjetivo, razão pela qual parte da doutrina a conceitua como uma subdivisão dos danos extrapatrimoniais, entretanto, o presente ensaio filiou-se àqueles que a consideram um dano ao patrimônio da vítima, como adiante se fará constar; com relação aos danos extrapatrimoniais, estes são divididos em: dano moral, dano estético, além de outras espécies de danos que configuram uma terceira via além dos danos morais, como, por exemplo, o dano temporal.

¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e **causar dano a outrem**, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), **causar dano a outrem**, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de **reparar o dano**, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 944. A indenização mede-se pela **extensão do dano**.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e **o dano**, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o **evento danoso**, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Entretanto, a análise do dano temporal será efetuada mais adiante devido à importância dessa nova modalidade de reparação para objetivo proposto no presente ensaio. Nesse passo, para uma melhor compreensão das diferenças entre as referidas espécies de dano, adiante se encontram descritas as suas principais características.

2.2.1 Conceito

O dano é o ator principal da trama chamada responsabilidade civil, sem o qual não há espetáculo, ou melhor se referindo, não haverá reparação cível em favor da vítima se o dano não for caracterizado. É certo que a lei não o definiu e, por este motivo, o seu conceito e a sua extensão encontram-se sob diversos termos, Cavalieri Filho cita como exemplo dessa diversidade:

Dano de morte, dano sexual, dano hedonístico, dano pelo custo do filho indesejado, dano de férias arruinadas, dano de mobbing, dano por brincadeiras cruéis, dano por rompimento de noivado, dano por descumprimento de deveres conjugais, dano por abandono afetivo do filho menor, e assim por diante. (2014, p. 92, grifo do autor).

Nesse sentido, não há dúvida das diversas possibilidades de caracterização do dano, ao passo que se extrai das condutas acima a sua essência, ou seja, são, de modo geral, resultados de uma conduta contrária ao direito. (RIZZARDO, 2013, p. 13).

Deste modo, tem-se por dano “[...] a **lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado**, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.”. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 93, grifo do autor).

2.2.2 Dano Patrimonial

Os danos patrimoniais relacionam-se com prejuízos financeiros sofridos por alguma pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado, devendo-se ter prova efetiva do dano para possibilitar a sua reparação. (TARTUCE, 2017, p. 471). O CC trata dos danos patrimoniais em seu artigo 402 que prescreve: “Salvo as exceções

expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. (BRASIL, 2002). Com a leitura do citado artigo verificasse a existência de duas modalidades distintas de danos patrimoniais, pois a expressão “além do que ele efetivamente perdeu” refere-se aos danos emergentes ou perdas e danos, enquanto a expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar” refere-se aos lucros cessantes, modalidades que serão vistas a diante.

O dano emergente ou perdas e danos representa a efetiva e imediata perda de patrimônio diante de um ato ilícito, a aferição do dano será aquela apurada da diferença de patrimônio da vítima antes e depois do cometimento do ilícito. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94). Os lucros cessantes, por sua vez, referem-se ao que a vítima deixou de receber, ou seja, é a perda daquilo que se esperava ganhar em decorrência do ato ilícito, enquanto o dano emergente trata da perda de forma imediata e efetiva de patrimônio, os lucros cessantes referem-se à uma perda futura, o que também representa a diminuição do patrimônio da vítima. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94).

O dano patrimonial decorrente da perda de uma chance origina-se quando a vítima, em função da ação de do agente ofensor, perde a possibilidade de uma situação que lhe traria um benefício econômico futuro, para a sua caracterização, a chance deve ser séria e real, e que a vítima tivesse condições efetivas de concorrer à situação perdida, a qual lhe proporcionaria ganho patrimonial. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98). Constata-se também que, o valor da indenização a ser alcançada pela vítima da perda de uma chance não será correspondente ao total da vantagem perdida, isso se deve em decorrência da falta de causalidade necessária entre o dano e a ação do ofensor que fez com que a vítima perdesse a chance, uma vez que o benefício econômico poderia ser perdido em razão de outras circunstâncias, por isso a conduta do ofensor não é definida como *sine qua non* para o surgimento do dano. (SILVA, 2013, p. 20)

A perda de uma chance não está prevista expressamente no CC, mas tanto a doutrina, quanto a jurisprudência já a reconhecem, sendo a mesma objeto do enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos. (BRASIL, 2012, p. 65).

O enunciado vem de encontro com o posicionamento da doutrina, ratificando as circunstâncias necessárias para a sua caracterização, esclarecendo, ainda, que o dano pode atingir a esfera extrapatrimonial e a patrimonial da vítima.

Como já exposto, o presente ensaio apresentou a perda de uma chance como sendo um dano ao patrimônio da vítima, aderindo as lições de Cavalieri Filho (2014, p. 97), o qual relata que essa modalidade de reparação tem relação com o lucro cessante, pois de acordo com a doutrina francesa, lugar de origem da teoria, a mesma é utilizada nos casos em que a vítima perde a oportunidade de obter benefício econômico.

Nessa senda, a presente seção apresentou os principais danos patrimoniais presentes no instituto da responsabilidade civil, dos quais a vítima poderá buscar reparação. Agora, necessário se faz estudar os danos envolvendo a esfera subjetiva da vítima, ou seja, os danos extrapatrimoniais, como adiante se fará.

2.2.3 Dano extrapatrimonial

Os danos extrapatrimoniais não estão relacionados com a diminuição do patrimônio da vítima e também não têm a função de aumentá-lo, sendo que o seu propósito primordial é o de reparar uma lesão sofrida, seja uma lesão à honra, aos direitos de personalidade ou uma lesão física que resulte em sofrimento psicológico, como ocorre nos casos de danos estéticos. Cavalieri Filho (2014, p. 109) leciona que o dano moral, em sentido amplo, vai além da dor, da tristeza e do sofrimento, “estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética –, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo **uma agressão a um bem ou atributo da personalidade**”. (2014, p. 109, grifo do autor).

Existem diversas possibilidades de se configurar o dano extrapatrimonial, dentre elas, pode-se citar o dano moral em sentido estrito, o qual é descrito por Rizzardo (2013, p. 59) como “[...] aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, a reputação etc.” Entretanto, para a caracterização desse tipo de dano, o sofrimento psicológico deve fugir à anormalidade e interferir no seu comportamento, resultando

em desequilíbrio em seu bem-estar, aborrecimentos do cotidiano, mero dissabores ou irritação não são considerados danos morais e, portanto, não são indenizáveis. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 111).

A reparação do dano moral se dá através de uma indenização em pecúnia, a qual não tem o condão de acrescer o patrimônio da vítima, mas apenas compensar o sofrimento suportado. (TARTUCE, 2017, p. 489). Registra-se que o dano moral não é exclusivo da pessoa natural, as pessoas jurídicas podem pleitear a reparação por danos morais por ofensa ao nome ou a honra da empresa, já que esses atributos não são exclusivos da pessoa natural. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 242).

Cumprе ressaltar que, algumas ações ilícitas poderão causar danos não apenas a um indivíduo, mas à diversas pessoas, diante desse cenário surge, então, uma nova modalidade de danos extrapatrimoniais, o dano moral coletivo, o qual não tem um conceito unânime na doutrina, mas se refere ao dano que alcança concomitantemente direitos de personalidade de um grupo de pessoas, sejam elas determinadas ou determináveis. (TARTUCE, 2017, p. 540). Cavalieri Filho (2014, p. 131) relata que o dano moral coletivo é a última etapa da evolução do dano moral pela doutrina e jurisprudência. A previsão legal dessa espécie de dano encontra respaldo no CDC, em seu artigo 6º, inciso VI², Tartuce (2017, p. 540) leciona que “os danos morais coletivos são, assim, várias lesões aos direitos da personalidade. Deve-se compreender que os danos morais coletivos atingem direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis”.

Outra modalidade de dano extrapatrimonial é o dano estético, sendo que este se relaciona às deformidades físicas que provocam cicatrizes, lesões, perda de órgãos, aleijões, amputações, dentre várias ocorrências que agridem a dignidade humana. (TARTUCE, 2017, p. 530). Cavalieri Filho (2014, p. 135) leciona que essa modalidade de dano era “inicialmente ligado às deformidades físicas que provocam aleijão e repugnância, aos poucos passou-se a admitir o dano estético também nos casos de marcas e outros defeitos físicos que causem à vítima desgosto ou complexo de inferioridade [...]”. Esse tipo de dano atinge a pessoa de duas formas distintas, a primeira é a física, com a deformação do corpo, a segunda é psicológica, uma vez que

²Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. (BRASIL, 1990a).

o indivíduo sente sua integridade corporal e sua imagem externa diminuída, encontrando grande dificuldade de sobreviver em uma realidade demasiadamente cercada por valores exteriores. (RIZZARDO, 2013, p. 224).

O dano estético não está previsto expressamente em lei, mas o STJ editou a súmula 387, a qual prescreve que “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. (BRASIL, 2017d). A referida súmula consagra duas questões fundamentais para o dano estético, a primeira é de ser ele um dano autônomo do dano moral em sentido estrito, a segunda, que trata da cumulação dos danos, ou seja, a vítima em decorrência do dano estético poderia requerer a reparação dos dois danos em uma mesma ação, formulando pedidos distintos para condenar o ofensor à reparação tanto do dano estético, quanto do dano moral.

Diante da apresentação das diversas espécies de danos que podem ser objetos de responsabilização na esfera cível, necessário, agora, abordar o liame que une o ato ilícito ao dano, ou seja, o nexo de causalidade, adiante descrito.

2.3 NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causalidade vincula a conduta ilícita do agente ao dano, nascendo, portanto, a obrigação de indenizar, entretanto, em algumas hipóteses previstas em lei, a reparação cível não será feita pelo causador do dano, mas por terceira pessoa estranha ao fato, como ocorre nos casos do artigo 932 do CC³, em que os pais são responsáveis pelas ações dos filhos que estiverem sob a sua guarda. (RIZZARDO, 2013, p. 68).

A busca pela correta identificação do nexo causal não pode ser estabelecida apenas por uma relação natural de causa e efeito, é necessário que haja um elo jurídico, principalmente se no caso concreto estiver presente várias causas concorrendo para o resultado do dano, demais disso, pode-se dizer que o nexo causal

³Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (BRASIL, 2002).

é um elemento de referência entre a conduta e o resultado, sendo ele indispensável para se estabelecer qualquer espécie de responsabilidade civil. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 62-63). Nesse passo, adiante se estudará o conceito do nexo de causalidade e sua aplicação no Direito brasileiro.

2.3.1 Conceito

Na responsabilidade civil, a obrigação de indenizar é consequência do resultado de um ato ilícito, nessa esteira, tem-se, então, que o nexo de causalidade é o vínculo que liga a ação ou omissão ilícita ao resultado, ou seja, ao dano. Se este não possuir relação de causa e efeito com a conduta do agente, não poderá falar-se em responsabilização do autor da conduta, conforme leciona Cavalieri Filho (2014, p. 62). E acrescenta o citado autor:

A noção de nexo causal não é puramente naturalista, nem exclusivamente jurídica. Num primeiro momento, o nexo causal é verificado mediante a mera relação de causa e efeito determinada pelas leis naturais. Elo naturalístico entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece um vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Algo assim como: se chover fica molhado. (2014, p. 62).

Verifica-se que, antes mesmo de se adentrar à própria culpa do agente, imperioso, primeiro, constatar-se se a sua conduta foi a que gerou o dano. Gomes e Brito (2011, p. 79) alertam para o fato de não ser necessário que a conduta do agente seja a única causa do dano, mas que esta seja a que determine o prejuízo imediato, acrescentando que não são apenas as condutas positivas que o nexo causal vincula ao dano, mas a omissão de quem tinha o dever de agir e podia evitar o dano também gera o nexo causal necessário para responsabilização desse agente.

2.3.2 Teorias

Diante da importância da presença do nexo causal à responsabilidade civil, aliada à complexidade existente na análise dos danos oriundos não de uma única ação, mas de diversas, em que todas concorrem para o resultado, o Direito teve que adotar alguns mecanismos para que se pudesse responder satisfatoriamente a essas

situações, aderindo, dessa forma, o Direito Civil brasileiro as teorias da causalidade adequada e dos danos diretos e imediatos, as quais serão estudadas a seguir.

2.3.2.1 Teoria da causalidade adequada

A teoria da causalidade adequada formulada por Ludwig Von Bar e, posteriormente, desenvolvida por Von Kries, busca entre todas as condutas que contribuíram para o dano qual deve ser considerada a determinante, nesse sentido, poderão ocorrer situações em que nem todas as condutas serão consideradas no nexo causal, mas apenas aquela apta a produzir o dano. (STOCO, 2013, p. 205). Acrescentado ainda o citado autor (2013, p. 205) que “segundo essa teoria, ‘causa’, será o antecedente não só necessário, mas, ainda, adequado à produção do resultado”.

Verifica-se, portanto, que a causa será um acontecimento anterior, não apenas necessário, mas adequado para produzir o resultado, distanciando essa teoria causa e condição, sendo que a causa será aquela que for mais decisivo, desprezando-se as demais condições. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 65). A dificuldade que se encontra na presente teoria é a de como determinar qual a condição mais adequada dentre várias, Cavalieri Filho (2014, p. 65) leciona que não existe regra ou fórmula para se seguir, mas que em cada caso concreto deve ser observar os fatos com bom-senso e ponderação, acrescentando o autor (2014, p. 65) que “causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar evento”.

2.3.2.2 Teoria dos danos diretos e imediatos

A teoria dos danos diretos e imediatos foi desenvolvida no ordenamento jurídico brasileiro através da interpretação do artigo 403 do CC, o qual determina que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. (BRASIL, 2002). Dessa forma, para a referida teoria o dano é resultado direto e imediato do fato causador, não se vinculando com outros mais distantes ou de novas causas. (RIZZARDO, 2013, p. 72). Acrescenta Stoco

(2013, p. 206) que “[...] nem todo fator que alcança o evento danoso será necessariamente causa do dano. Quer dizer, nem toda a condição que interferiu no resultado será causa necessária”. Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 156) acrescentam que a “causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”.

Necessário apontar que há grande divergência a respeito da referida teoria. Cavalieri Filho (2014, p. 69-70) elenca uma série de conclusões de parte da doutrina sobre o conteúdo do artigo 403 do CC transcrito acima, entre elas:

- a) A expressão legal “efeito direto e imediato” indica liame de necessariedade e não simples proximidade; não se refere à causa cronologicamente mais ligada ao evento, temporalmente mais próxima, mas sim àquela que foi a mais direta, a mais determinante segundo o curso natura e ordinário das coisas.
- b) As palavras direta e imediata não traduzem duas ideias distintas. Foram empregadas para o reforço uma da outra, querendo o legislador, com essas expressões, traduzir o conceito de necessariedade.
- c) A ideia central, enunciada e repetida pelos autores, não é a distância mas sim a ocorrência de causa superveniente que rompa o nexo causal. [...] (2014, p. 69).

Conclui-se que, sobre a teoria dos danos diretos e imediatos existem posicionamentos diferentes em decorrência da interpretação dada ao artigo supracitado. A par disso, abordar-se-á a seguir a teoria adota no Brasil e apontando-se ainda mais as divergências sobre as teorias do nexo causal.

2.3.2.3 Teoria adotada pelo Direito Civil brasileiro

Nos tópicos anteriores, abordaram-se as teorias da causalidade adequada e a dos danos diretos e imediatos. De consenso entre os doutrinadores, tem-se apenas que a teoria da equivalência dos antecedentes não é adotada pelo Direito civil brasileiro, como afirmam Stoco (2013, p. 204), Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 153), Tartuce (2017, p. 449), razão pela qual a mesma não foi objeto de maiores digressões neste trabalho. Demais disso, não há uma definição sobre qual teoria é adotada no CC, uma vez que o legislador não adotou uma teoria de forma expressa.

Nesse sentido, pode-se retirar das lições de Rizzardo que sua interpretação é a de adotar a última teoria, afirmando o citado autor (2013, p. 71) que “o Código Civil

brasileiro adotou a causa do dano direto e imediato com amparo no art. 403 (art. 1.060 do Código de 1916) [...]”. A mesma posição extrai-se das lições de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 156), ao afirmarem “alinhamo-nos ao lado daqueles que entendem mais acertado o entendimento de que o Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata (teoria da interrupção do nexos causal), na vertente da causalidade necessária”.

Em apoio à segunda teoria, da causalidade adequada, pode-se citar Cavalieri Filho (2014, p. 66-67), que trouxe em sua obra, no tópico relacionado a teoria adota no Direito civil brasileiro, o apoio dos autores Aguiar dias, Des. Martinho Garcez Neto e Caio Mario, todos elegendo-a como prevalecente. Acrescenta-se a estes autores o posicionamento de Flávio Tartuce (2017, p. 57): “em nosso parecer o Código Civil de 2002 adotou, em melhor sentido, a *teoria da causalidade adequada*, eis que a indenização deve ser adequada aos fatos que a cercam. Essa conclusão pode ser retirada dos arts. 944 e 945 do CC, [...]”.

Diante da divergência doutrinária, aliada ao silêncio do legislador, a aplicação da teoria do nexos de causalidade se dará pelo julgador diante do caso concreto, como pondera Stoco: “parece-nos, que nossa legislação passou ao largo dessa definição, de sorte que o nexos de causalidade exsurge, como uma **questão fática** a ser solucionada pelo julgador à luz do caso concreto”. (2013, p. 206, grifo do autor). Para corroborar com este posicionamento tem-se o enunciado 47 da Primeira Jornada de Direito Civil: “Art. 945: O art. 945 do novo Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada”. (BRASIL, 2012, p. 21).

Após analisarem-se as teorias do nexos causal, necessário se faz adentrar no último elemento da responsabilidade civil, denominado culpa, que será adiante descrito.

2.4 CULPA LATO SENSU

A culpa, *lato sensu*, integra o componente subjetivo da conduta humana relacionado ao comportamento voluntário caracterizado por uma ação ou omissão contrária ao direito, seja ela tencional (dolo) ou intencional (culpa *stricto sensu*). (CAVALIERI FILHO, 2014, p.44-45). STOCO (2013, p. 183) leciona que a culpa *lato*

sensu é a “expressão da consciência e vontade dirigidas a um fim perseguido e querido, embora ilícito, como o descumprimento de um dever de cuidado ou de diligência em razão de açonamento, de desídia ou de imperfeição técnica, ainda que sem intenção de prejudicar”.

Verifica-se que a culpa *lato sensu* abrange a culpa *stricto sensu* com todas as suas espécies, as quais serão vistas adiante, bem como ao dolo, o qual corresponde à vontade consciente do agente direcionada para o cometimento de atos ilícitos e em contrariedade ao Direito. (STOCO, 2013, p. 183). O dolo ainda pode ser subdividido de acordo com a intenção do agente, tem-se, então, o dolo direto, no qual o agente tem a intenção de causar o dano, e dolo indireto, no qual o agente assumiu o risco de causa-lo. (COELHO, 2010, p. 323). A culpa *stricto sensu*, por sua vez, será melhor abordada no tópico a seguir.

2.4.1 Culpa *stricto sensu*

A culpa em sentido estrito está diretamente relacionada com o artigo 186 do CC, nele consta expressamente que o ato ilícito pode ser cometido em razão de uma ação ou omissão decorrente de uma negligência ou imprudência do agente. Rizzardo (2013, p. 3) leciona que a negligência e a imprudência se entrelaçam, sendo que a primeira se confunde com a imperícia e apresenta traços de imprevisão, a segunda é decorrente do desrespeito à diligência. Cavalieri Filho (2014, p. 47), relata que existe uma maior dificuldade de se identificar a culpa em sentido estrito, conceituando-a como sendo a violação ao dever objetivo de cuidado ou como uma omissão de diligência exigível, bem como “uma conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”. (2014, p. 50). Em outras palavras, “a culpa, *stricto sensu*, é o agir inadequado, equivocado, por força do comportamento negligente, imprudente ou imperito, embora o agente não tenha querido o resultado lesivo, desde que inescusável”. (STOCO, 2013, p.183-184).

Em resumo, pode-se identificar como elementos da culpa em sentido estrito a existência de uma conduta voluntária que produz resultados indesejáveis ou involuntários, mas que eram, ao menos, previsíveis, tendo como origem a falta de

cuidado ou atenção, por exemplo. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 50). Ademais, adiante abordar-se-ão as modalidades de culpa em seu sentido estrito.

2.4.2 Imprudência, negligência e imperícia

Como visto, a culpa em sentido estrito, ou seja, aquela conduta voluntária, mas não intencional, pode ser atribuída ao agente devido à negligência, imprudência ou imperícia, sendo oportuno, portanto, identificar as diferenças existentes entre elas.

A imprudência é caracterizada pela falta de cautela ou cuidado em razão de uma ação do agente, de acordo com o que leciona Cavalieri Filho (2014, p. 52). Coelho (2012, p. 322), por sua vez, leciona que o imprudente faz o que não deveria. Como exemplo, Stoco (2013, p. 184), cita a pessoa que dirige acima da velocidade máxima permitida.

A negligência corresponde às características da imprudência, ou seja, falta de cuidado, mas o agente não realiza uma ação, mas, sim, uma omissão, como se observa no caso em que um veículo trafega sem condições para tanto, por falta de manutenção do motorista, conforme leciona Cavalieri Filho (2014, p. 52), Coelho (2012, p. 322), traz como exemplo de motorista negligente aquele que não aciona o pisca-pisca antes de fazer uma conversão quando deveria fazê-lo.

A imperícia, por sua vez, refere-se à falta de habilidade do profissional no exercício de sua profissão. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 52), Stoco (2013, p. 184) ainda acrescenta que a imperícia pode ocorrer através de uma ação ou omissão, elencando como exemplo o erro de diagnóstico por falta de conhecimento técnico do médico. Coelho (2012, p. 323), acrescenta que a imperícia é a culpa não intencional, diferindo-se da negligência e da imprudência pela necessidade de uma formação técnica e específica do agente ofensor.

Verifica-se, portanto, que as três espécies de culpa em sentido estrito descritas acima representam resultados indesejados, os quais causam danos a terceiros e, por esse motivo, tornam-se condutas ilícitas.

Estudadas as modalidades descritas acima, o presente ensaio continuará na análise da culpa, mas, agora, apresentar-se-á que a sua aferição poderá sofrer interferências de terceiros ou ser presumida, bem como ter a sua intensidade medida de acordo com o caso concreto, de acordo com a próxima seção.

2.4.3 Espécies de culpa

Aquele que comete ato ilícito, incidindo na culpa em sentido estrito, poderá fazê-lo de diferentes formas, nesse sentido, abordar-se no presente tópico as diferentes espécies de culpa citadas pela doutrina, bem como a intensidade que a mesma é auferida, iniciando-se pelo grau da culpa, seguindo-se pela culpa presumida e culpa concorrente e, por último, a culpa contratual e extracontratual.

2.4.3.1 Graus da culpa

No estudo da culpa, pode-se dividi-la em três graus: grave, leve e levíssima, atualmente essa classificação encontra respaldo devido ao disposto no parágrafo único do artigo 944 do CC que dispõe: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, 2002).

Diante do exposto no referido dispositivo, a culpa grave pode ser conceituada como um descuido injustificável, chamada de culpa consciente, como assevera Cavalieri Filho (2014, p. 53), ou nas palavras de Stoco (2013, p. 185) “[...] o autor do fato, ‘sem querer causar o dano’, comportou-se como se tivesse querido [...]”. A culpa leve, por sua vez, “é a falta de diligência média que um homem normal observa em sua conduta e que possa ser evitada com atenção ordinária, ou seja, com o cuidado próprio do homem comum a que se denominou *bônus pater familias*⁴.” (STOCO, 2013, p. 186). Já a culpa levíssima, “caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 53).

2.4.3.2 Culpa presumida

A culpa presumida surgiu durante a migração da responsabilidade civil subjetiva à objetiva. Nesse período, ocorriam certas situações em que se provar a

⁴ O termo *bonus pater familias* (bom pai de família) se refere ao padrão de cautela que o homem deve ter.

culpa do agente era tarefa difícil e havia, ainda, resistência de parte da doutrina em aceitar a responsabilidade objetiva, diante dessa situação, para se beneficiar a vítima, que até então deveria provar a culpa do agente, transferiu-se a carga probatória para o ofensor, ou seja, caberia a ele provar que não agiu com culpa, e até que o consiga fazer presume-se culpado. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 56).

Como visto, as presunções não são absolutas, caso contrário não seria necessário qualquer análise a respeito da culpa, dessa forma, as mesmas, em sua maioria, são *juris tantum*, ou melhor, o ofensor pode fazer prova de sua inocência, eis que a presunção faz apenas com que haja a inversão do ônus da prova. (GOMES; BRITO, 2011, p.73).

As presunções surgem, geralmente, em decorrência de situações complexas, cita-se, como exemplo, as originadas de fatos de outrem ou das coisas inanimadas, previstas em lei como fatos culposos, cabendo ao imputado fazer prova capaz de lhe retirar a responsabilidade como nos casos de força maior ou culpa exclusiva da vítima. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 56-57).

Após a análise da presente matéria, avançar-se-á na conceituação da última espécie de culpa a ser estudada neste ensaio, qual seja, a culpa concorrente.

2.4.3.3 Culpa concorrente

A culpa concorrente se caracteriza quando há duas ou mais condutas culposas que originam o dano, deve haver, por sua vez, o nexo de causalidade entre as condutas e o dano. (RIZZARDO, 2013, p. 9). Cavalieri Filho (2014, p. 58), conceitua a culpa concorrente como sendo aquela que ocorre paralelamente à conduta do ofensor, existindo, portanto, culpa da vítima, sendo que o dano decorre do resultado de ambas as condutas, acrescentado, ainda, que “[...] as duas condutas – do agente e da vítima – concorrem para o resultado em grau de importância e intensidade, de sorte que o agente não produziria o resultado sozinho, contando, para tanto, com o efetivo auxílio da vítima (2014, p. 59).

A culpa concorrente está prevista no CC em seu artigo 945 que traz: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. (BRASIL, 2002). Extrai-se do citado artigo, que a consequência da

caracterização da culpa concorrente para a vítima é a redução da verba indenizatória, não pela metade, mas de forma proporcional ao grau de culpa de cada envolvido. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 59).

Após o estudo da culpa e suas espécies, bem como dos demais elementos integrantes da responsabilidade civil, o presente ensaio passará a discorrer sobre as diferentes espécies de responsabilização na esfera cível, adiante pormenorizadas.

2.5 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da Responsabilidade Civil no Brasil está em constante transformação, principalmente nos últimos cem anos, constata-se que a cada três ações judiciais propostas, uma está relacionada com a presente matéria, inicialmente a responsabilidade civil estava alicerçada sobre a doutrina da culpa, de acordo com o código civil revogado, entretanto, com o advento do CDC e do atual CC, a culpa manteve-se como regra, mas as hipóteses de responsabilidade objetiva ganharam mais espaço. (STOCO, 2013, p. 210).

Diante desse cenário, abordar-se-ão nos próximos tópicos as espécies de responsabilidade civil, dentre elas a subjetiva, a objetiva, a contratual e a extracontratual.

2.5.1 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva é aquela que depende da comprovação de culpa do agente que praticou o ato ilícito. A culpa *stricto sensu* é representada pela presença de negligência, imprudência e imperícia, a culpa *lato sensu* alcança ainda o dolo, como já pontuado anteriormente.

A teoria da responsabilidade subjetiva preconiza que a imputação da responsabilidade de se reparar um ato ilícito só será possível, a título de culpa, se o ofensor praticou a conduta culposa, passível de ser evitada. (RIZZARDO, 2013, p. 25). Está prevista no artigo 186 do CC, no qual a culpa é tratada no sentido amplo, abrangendo o dolo, sendo que a reparação ao dano só ocorrerá se a vítima comprovar a culpa do agente. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 32).

Como já relatado, a regra no CC é a responsabilidade civil subjetiva, Tartuce (2017, p.581), apresenta como um dos argumentos dessa afirmação o fato de que o CC apresentar mais disposições acerca da responsabilidade objetiva do que subjetiva e a técnica legislativa é de se normatizar as exceções e não a regra.

Dessa forma, a normatização da responsabilidade subjetiva está calcada no artigo 186, combinado com o *caput* do art. 927, ambos do CC. Ocorre que, diante de um caso concreto, como forma de facilitar a reparação à vítima, primeiramente será necessário verificar se não se está diante de uma hipótese de incidência da responsabilidade objetiva, para depois aplicar-se a subjetiva e adentrar na análise da culpa do agente.

Deste modo, a responsabilidade civil subjetiva continua sendo a regra para responsabilização, entretanto, somente diante de um caso concreto é que se poderá concluir qual espécie de responsabilidade será aplicada, a subjetiva, vista acima, ou a objetiva, a qual será melhor estudada na próxima seção.

2.5.2 Responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade civil objetiva surgiu em razão da necessidade de dar uma maior proteção à vítima e, conseqüentemente, facilitar a reparação do dano, tendo em vista o aumento do risco e da precariedade das relações sociais. (STOCO, 2013, p. 215). Assim, essa modalidade de responsabilização independe de culpa, sendo que suas hipóteses estão previstas na lei ou em decorrência de alguma atividade de risco do autor do dano, a sua base legal está prevista no parágrafo único do artigo 927, o qual determina que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (BRASIL, 2002). Rizzardo (2013, p. 25), relata que na responsabilidade civil objetiva “[...] há a responsabilidade desvinculada do pressuposto da conduta antijurídica, não se questionando a respeito da culpa”.

A aplicação da responsabilização objetiva ampara-se em duas situações previstas no parágrafo único do artigo 927 retro transcrito, a primeira, refere-se aos casos específicos em lei, Tartuce (2017, p. 584) traz como exemplos as disposições referentes à responsabilidade dos fabricantes e fornecedores de produtos e serviços

do CDC, a responsabilidade civil ambiental, prevista no parágrafo primeiro, do artigo 14, da lei n.º 6.938/91, e a responsabilidade civil administrativa das pessoas jurídicas contida na lei n.º 12.846/2013, a segunda situação leva em consideração a atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano, tem-se, então, a teoria do risco.

Nesse viés, extraem-se do CC algumas modalidades da teoria do risco, Tartuce apresenta como principais as listadas abaixo:

Teoria do risco administrativo: adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado, [...] (art. 37, § 6.º, da CF/1988).

Teoria do risco criado: está presente nos casos em que o agente cria o risco, decorrente de outra pessoa ou de uma coisa. Cite-se a previsão do art. 938 do CC, que trata da responsabilidade do ocupante do prédio pelas coisas que dele caírem ou forem lançadas (*defenestramento*).

Teoria do risco da atividade (ou risco profissional): quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros, aos direitos de outrem, nos moldes do que consta da segunda parte do art. 927, parágrafo único, do CC.

Teoria do risco-proveito: é adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, o agente retira um proveito do risco criado, como nos casos envolvendo os riscos de um produto, relacionados com a responsabilidade objetiva decorrente do Código de Defesa do Consumidor. Dentro da ideia de risco-proveito estão os *riscos de desenvolvimento*. Exemplificando, deve uma empresa farmacêutica responder por um novo produto que coloca no mercado ou que ainda esteja em fase de testes.

Teoria do risco integral: nessa hipótese não há excludente de nexo de causalidade ou responsabilidade civil a ser alegada, como nos casos de danos ambientais, segundo os autores ambientalistas (art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981). No caso de dano ambiental causado pelo Estado, aplicar-se-ia essa teoria para essa parcela da doutrina e da jurisprudência. (2017, p. 583-584, grifo do autor).

Pode-se verificar, que para diversas situações a lei previu a responsabilização de forma objetiva, sendo que, salvo a teoria do risco integral, nas demais modalidades, para o autor do dano ver-se livre da reparação deverá comprovar que a sua conduta não gerou o dano, ou seja, deverá utilizar-se de uma causa de excludente de responsabilidade, as quais serão vistas um pouco mais a diante. Constata-se, portanto, que a responsabilidade civil objetiva beneficia a vítima, uma vez que a obrigação de indenizar não dependerá da análise da culpa do agente ofensor, bastando, tão somente, demonstrar que a conduta deste gerou o dano.

Em continuidade a análise das espécies de responsabilidade civil, apresentar-se-á na próxima seção que a origem do dever jurídico violado diferencia a responsabilidade civil em contratual e extracontratual.

2.5.3 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

A violação do dever jurídico originário resulta em dano e, por consequência, essa conduta violadora torna-se ilícita e passível de reparação, a origem desse dever jurídico pode estar relacionada com uma obrigação contratual firmada anteriormente ou ser decorrente de uma obrigação originada da lei ou de uma regra geral do Direito, ou seja, de um direito subjetivo da vítima. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 30).

A origem do dever jurídico originário faz com que a doutrina separe a responsabilidade civil entre contratual e extracontratual, dessa forma, caso exista um vínculo obrigacional preexistente, previsto em contrato, a responsabilidade será decorrente de um inadimplemento e, portanto, contratual, caso o dever de indenizar seja por violação a um direito subjetivo da vítima, sem que haja qualquer vínculo jurídico entre as partes, a responsabilidade será extracontratual. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 30-31). Stoco (2013, p. 191) relata que a responsabilidade extracontratual se origina do “mau relacionamento entre as pessoas e do descumprimento de um direito preexistente”.

Após a análise das diferentes espécies da responsabilidade civil, bem como já abordado anteriormente os seus elementos, o presente ensaio abordará as causas excludentes da responsabilidade do agente ofensor.

2.6 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A reparação cível surge quando há a violação de um dever jurídico, oriunda de um ato ilícito que resulta em dano à vítima, mas para que seja possível exigir-se a reparação, necessário se faz verificar se estão presentes os elementos da responsabilidade civil vistos anteriormente, quais sejam, a conduta ilícita, o dano, o nexo causal – exceto nos casos da teoria do risco agravada – e a culpa, quando exigível. (NORONHA, 2013, p. 648).

Ocorre que, poderão ocorrer situações em que os elementos da responsabilidade civil estarão presentes, mas não haverá o dever de indenizar, uma vez que se estará diante de alguma das situações que excluem a responsabilidade do agente, seja por não ser considerado ato ilícito, uma vez que a conduta estará calcada

na lei, seja por ocorrer alguma situação que exclua o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. Nesse sentido, adiante abordar-se-á as suas principais hipóteses.

2.6.1 Culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro

A culpa exclusiva da vítima ou fato do lesado refere-se à situação em que a conduta da vítima foi a causa exclusiva da ocorrência do dano, dessa forma, não se poderá exigir reparação. (NORONHA, 2013, p.649). Cavalieri Filho (2013, p. 87) leciona que “o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexo causal em relação ao aparentemente causador direto do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em uma causa de isenção de responsabilidade”. A conduta da vítima é que provoca a lesão ou origina o fato gerador do dano, não havendo a participação de terceiros. (RIZZARDO, 2013, p. 97).

O fato de terceiro, por sua vez, também exclui o nexo causal, haja vista que ato ilícito é praticado por uma terceira pessoa, ou seja, a conduta não foi da vítima e nem da pessoa a quem estejam imputando, como exemplo, pode-se citar os acidentes de trânsito em que há o “engavetamento” de veículos, em que aquele que colidiu na traseira do veículo é demandado, mas não foi o responsável pelo acidente e sim o veículo que colidiu atrás do demandado e este apenas colidiu no veículo da frente por conta do efeito “dominó”. (NORONHA, 2013, p.649-650).

A culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro só retirarão a responsabilidade de reparar o dano da pessoa a quem se está se imputando, se este não determinar, não provocar e nem contribuir para a culpa da vítima, do terceiro ou do dano. (NORONHA, 2013, p.651).

Nessa senda, o agente só será responsável pela indenização do dano se a conduta atribuída a ele for ao menos em parte sua responsabilidade, uma vez que, como visto, se o resultado for decorrente da culpa exclusiva da vítima ou de uma terceira pessoa, este agente não poderá ser responsabilizado, eis que não deu causa ao prejuízo suportado pela vítima.

Em continuidade a análise das causas que excluem a responsabilidade pelo dano sofrido, adiante se analisará o caso fortuito ou força maior.

2.6.2 Caso fortuito ou força maior

O caso fortuito ou de força maior está previsto no artigo 393 do CC: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. (BRASIL, 2002). O parágrafo único do citado artigo define o caso fortuito e a força maior como aquele que “verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. (BRASIL, 2002).

A doutrina diverge quanto à diferenciação de caso fortuito ou de força maior, encontrando-se conclusões no sentido de que a diferenciação é irrelevante e no sentido de que se deve diferenciar o que o legislador quis dizer com a expressão “não era possível evitar ou impedir” transcrita acima. Cavalieri Filho (2014, p. 89) leciona que “estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como tempestades [...]”.

Para que se possa configurar o caso fortuito ou de força maior e, por conseguinte, excluir a responsabilidade do agente pelo cometimento do ato ilícito, necessário se faz verificar se o acontecimento era inevitável, sendo que Noronha conceitua como fato verdadeiramente inevitável aquele “estranho à atividade da pessoa e que deixa essa na impossibilidade de agir, seja impedindo-a de obstar à sua ocorrência, na responsabilidade civil em sentido estrito [...], seja impedindo-a de realizar a prestação, nas obrigações negociais”. (NORONHA, 2013, p. 652-653).

Diante do exposto, a diferenciação do que seja caso fortuito ou força maior torna-se irrelevante, uma vez que, em ambos os casos, o dano ocorre à revelia do agente, não concorrendo ele para a produção do resultado, razão pela qual não poderá ser responsabilizado pelo dano.

2.6.3 Exercício regular de direito, legítima defesa e estado de necessidade

O CC estabelece que algumas condutas, embora resultem em dano, não serão considerados atos ilícitos, não havendo, portanto, obrigação de reparar o dano, conforme dispõe o seu artigo 188 “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em

legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. (BRASIL, 2002).

Entende-se por exercício regular de um direito aquele que é exercido de forma regular, razoável, em conformidade com a sua finalidade econômica, social, com boa-fé e com os bons costumes, agindo dentro desse parâmetro, não se estará cometendo ato ilícito, só o fará quem exceder manifestamente os limites impostos pela lei, acarretando em abuso de direito, previsto no artigo 187⁵ do CC. (CAVALIERI FILHO, 2013, p. 34).

A legítima defesa refere-se àquela prevista no artigo 25 do CP: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. (BRASIL, 1940). Cavalieri Filho (2014, p. 34) leciona que se o agente estiver na situação descrita pelo artigo 25 do CP poderá utilizar a legítima defesa para afastar o dano injusto, sem que cometa o ato ilícito, não sendo responsável por indenizar a pessoa que veio a sofrer a agressão em razão das suas ações.

O Estado de necessidade, por sua vez, é aquela situação prevista no inciso II do artigo 188 do CC e ocorre quando alguém “deteriora ou destrói coisa alheia, ou causa lesão em pessoa, a fim de remover perigo iminente”. (BRASIL, 2002). Entretanto, conforme alerta Cavalieri Filho (2014, p. 34), para validar-se o ato as circunstâncias deverão ser absolutamente necessárias, não podendo o agente avançar os limites do indispensável para ver-se livre do perigo.

Nessa senda, as condutas praticadas sob as condições acima, embora gerem danos a terceiros, não serão passíveis de repreensão ou reparação na esfera cível. Isto posto, o presente ensaio analisará a seguir a hipótese de exclusão da responsabilidade que não decorre da lei, mas de um acordo estipulado entre as partes, sendo esta a cláusula de não indenizar.

2.6.4 Cláusula de não indenizar

⁵ Art. 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, 2002).

A cláusula de não indenizar refere-se à uma disposição contratual em que a parte delibera pela exclusão da responsabilidade em caso de inexecução de uma obrigação, conforme leciona Stoco (2013, p. 252). Acrescentando, ainda, o citado autor que a cláusula constitui na “estipulação prévia, pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de comum acordo com esta, a aplicação da lei comum que estabelece, como consequência do descumprimento de avença, a obrigação de reparar”. Entretanto, há exceção à sua aplicação, como ocorre nos casos de conduta dolosa ou criminosa do agente ou em decorrência de matéria de ordem pública. (TARTUCE, 2017, p. 719).

A aplicação da cláusula de não indenizar sofre limitações, Stoco (2013, p. 252), alerta para o fato de que nos contratos de transportes a cláusula de não indenizar já não pode mais ser aplicada, tendo em vista o disposto no artigo 734⁶ do CC, bem como admitido com reserva e prudência nas relações regidas pelo CDC, haja vista o contido em seu artigo 25⁷.

Estudas as causas de exclusão acima, necessário, agora, estudar a aplicação da responsabilidade civil nas relações de consumo, como adiante apresentará.

2.7 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor, instituído em 1990, alterou substancialmente o instituto da responsabilidade civil, seja pelo fato da imputação da responsabilidade civil objetiva dos fabricantes e fornecedores de produtos e serviços ou pela responsabilização dos profissionais liberais. (NADER, 2016, p. 60).

No CDC vigora o princípio da reparação integral, previsto no inciso VI⁸, do artigo 6º, segundo este microsistema, o consumidor tem direito ao ressarcimento

⁶ Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. (BRASIL, 2002)

⁷ Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. (BRASIL, 1990a).

⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. (BRASIL, 1990a).

integral dos danos sofridos por produtos ou serviços defeituosos, sendo eles reparados de forma individual ou coletiva. (TARTUCE, 2017, p. 613).

Na legislação consumerista, tem-se a responsabilização de fabricantes e fornecedores de acordo com a teoria do fato do produto e do serviço, a qual determina que, se um defeito no produto ou no serviço também causar dano moral ou material ao consumidor, além do próprio dano decorrente do defeito apresentado, haverá a reparação cível em razão desse “plus” a mais a que foi acometido o consumidor. Conforme. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 548). Acrescentado, ainda, o citado autor que o “[...] fato do produto é um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um defeito do produto”. (2014, p. 549).

Neste microssistema, a responsabilização dos fabricantes e fornecedores se dará de forma objetiva, de acordo com o seu artigo 12, entretanto, com relação à responsabilização dos profissionais liberais, o CDC optou por utilizar a responsabilidade subjetiva, nos termos do parágrafo 4º, do artigo 14 “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (BRASIL, 1990a).

Após a análise do instituto da responsabilidade civil, o presente ensaio avançará na busca dos seus objetivos específicos, sendo que o próximo instituto analisado será o tempo como valor jurídico.

3 TEMPO COMO VALOR JURÍDICO

No ordenamento jurídico brasileiro, o tempo, como um bem jurídico passível de valoração, não está previsto de forma expressa, sendo necessário, portanto, uma interpretação do direito para além do dogmatismo clássico, mas a luz de uma teoria de “novos” direitos, como leciona Wolkmer (2003, p. 3).

Nessa senda, o presente ensaio buscará definir a relevância do tempo para a sociedade contemporânea, a sua normatização na legislação pátria, bem como as formas de sua violação enquanto bem jurídico.

3.1 A RELEVÂNCIA DO TEMPO PARA A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A concepção do que é o tempo sempre intrigou os mais estudiosos de diversas ciências, sejam eles das ciências humanas ou exatas, não se tendo um conceito único, mas diversos sob diferentes perspectivas. (ROQUE; DUARTE, 2013, p. 330-331). Adiante apresentam-se as primeiras concepções sobre o tempo, iniciando-se com um breve relato sobre a transformação da sociedade e a mudança de tratamento sobre o mesmo, bem como a sua diferenciação de acordo com a forma de utilizá-lo.

A mitologia grega referia-se ao tempo através de dois deuses, o primeiro, e mais importante, era *Chronos*, filho de Urano e Gaia (Céu e terra), o qual seria a personificação do tempo e que ditava o ritmo do céu e do próprio tempo. Os gregos utilizavam a palavra *cronos* para representar a passagem do tempo, ou seja, referiam-se ao tempo quantitativo ou dinâmico, cronometrado; o segundo era *Kairós*, o qual representava o tempo qualitativo, através do qual as pessoas teriam a capacidade de conseguir aproveitar as oportunidades que passariam diante de si e que, caso fossem perdidas, não seriam capazes de recuperá-las. (ROQUE; DUARTE, 2013, p. 331-332).

Nesse passo, a física Bodil Jönsson (2004, p. 30) leciona que existem duas espécies de tempo e que estas devem ser diferenciadas, a primeira refere-se ao tempo pessoal ou aquele vivido, a outra se trata do tempo dos relógios ou atômico, conceituados como:

[...] o tempo vivido é, de fato, tão verdadeiro quanto o tempo dos relógios mecânicos/atômicos – o que há apenas é que esses tempos são verdadeiros em dimensões diferentes. Meu tempo pessoal, minha percepção humana do tempo é uma coisa que não compartilho senão comigo mesma, enquanto a hora de que tenho necessidade para marcar um encontro com alguém pertence à medida do tempo artificial. [...]. Descrever o tempo artificial dos relógios é fácil, porque se trata de uma coisa sobre a qual os homens estão de acordo. À semelhança das grandezas físicas, o tempo dos relógios é definido por suas unidades. (2004, p. 31-32).

Nessa senda, extrai-se que o tempo vivido se mede, ou se avalia, de forma subjetiva, e, por tal razão, apenas aquele que o perdeu saberá a real extensão de seu dano, diferente do tempo dos relógios, em que a medição ocorre de forma objetiva, em segundos, minutos, horas e assim por diante.

Nesse mesmo sentido, continua a citada autora a classificar o tempo, agora, tem-se o tempo pessoal, o qual relaciona-se com o vivido, diferindo-se do tempo dos relógios, sendo que:

O tempo pessoal, em compensação, é precisamente o seu tempo, tanto na maneira como você lida com ele, como na maneira de encará-lo – seja em seus pensamentos, seja nos sentimentos. É esse tempo pessoal vivido que queremos em abundância, até mesmo eternamente. [...]. O tempo vivido e pessoal é o que há de mais importante para o indivíduo. (2004, p. 35).

Com efeito, cada indivíduo tem o seu tempo pessoal a sua disposição e poderá utilizá-lo da maneira que melhor lhe convier. Destarte, o homem sempre teve consciência do tempo, mesmo quando ainda vivia como nômade, o sol, entre outros fatores, orientava a vida, entretanto, com o aumento da complexidade das sociedades, exigiu-se mecanismos mais eficazes para controlá-lo. (ESTEVES, 1996, p. 44). Surgindo já na Europa, em decorrência dessa necessidade, os relógios no século XVI, não tão precisos como os de hoje, mas conseguiam marcar as horas e anunciá-las por meio dos sinos. (ADAIR, 1988, p. 23).

Junto com a modernização do relógio houve uma mudança de comportamento em relação ao tempo, este passou a ser, para alguns, equivalente a dinheiro, para corroborar com essa equiparação, o autor britânico John Adair (1988, p. 26) já lecionava que “tanto o tempo como o dinheiro são recursos limitados. Aí reside a razão de ser da analogia. Por conseguinte, o tempo (tal como o dinheiro) é um bem valioso. Podemos utilizá-lo de empréstimo, poupá-lo ou desperdiçá-lo [...]”. Completando o citado autor (1988, p. 26) com outras analogias à frase “tempo é

dinheiro”, como: “Ontem é um cheque cancelado”; “amanhã é uma nota promissória” e “hoje é dinheiro à vista. Use-o!”

O aumento da preocupação com o tempo (dinâmico) relaciona-se, principalmente, devido à migração de uma sociedade agrária para a industrial, em que seu controle era fundamental para aumentar a produtividade. (ESTEVES, 1996, p. 47). Como forma de exemplificar a preocupação com o tempo, John Adair (1988, p. 27) relata que o livro *how to live on twenty-four hours a day*, de Arnold Bennet, publicado em 1907, e com quatorze reedições nos Estados Unidos, teve quinhentos exemplares distribuídos por Henry Ford aos seus gestores, além de outra companhia americana distribuir outros dezoito mil a todos os seus empregados. Da obra citada acima, Adair retira o texto titulado de “O milagre diário”, abaixo reproduzido:

Os filósofos explicaram o espaço. Não explicaram o tempo. E este é a inexplicável matéria-prima que está na base de tudo. Com ele, tudo é possível; sem ele, nada. A oferta de tempo é um verdadeiro milagre diário, uma questão realmente espantosa quando nos dispomos a examiná-la. Acordamos de manhã e pronto! Temos a bolsa magicamente cheia com vinte e quatro horas do tecido não fabricado do universo da nossa vida! É nosso. É a mais preciosa das possessões. Um bem extremamente singular que nos é oferecida de um modo tão singular quanto ele próprio!

Porque, veja-se bem! Ninguém no-lo pode tirar. É à prova de roubos. E ninguém recebe nem mais nem menos do que nós.

Eis um exemplo de democracia ideal. No reino do tempo não existe a aristocracia da riqueza, nem a aristocracia do intelecto. O génio nunca é recompensado nem sequer com uma hora extra por dia. E não existem castigos. Podemos gastar este bem infinitamente precioso tanto quanto quisermos, que a oferta nunca nos será retirada. Não virá qualquer poder misterioso dizer: “Este homem é um louco, talvez mesmo um velhaco. Não merece o tempo que tem; ser-lhe-á cortada a ração”. É mais seguro que os títulos do tesouro e o pagamento não é afectado pelos domingos. Além disso, não se pode sacar sobre os rendimentos futuros.

É impossível endividarmo-nos! Só podemos gastar o momento que passa. Não podemos gastar o amanhã, que nos continua sempre reservado; não podemos gastar a próxima hora, que nos continua reservada.

Disse que se tratava de um milagre. E não é verdade?

Temos de viver com as vinte e quatro horas de tempo diário.

É com elas que temos de procurar saúde, prazer, dinheiro, satisfação, respeito e cuidar da nossa alma imortal. Por isso, saber usá-lo bem e com eficácia é uma questão da mais elevada importância e da mais excitante actualidade.

Tudo depende disso. (BENNETT, 1907 apud ADAIR, 1988, p. 27-28).

O texto acima aponta para uma preocupação muito maior em relação ao tempo do que ao dinheiro, tendo em vista que o tempo é distribuído em igual para todos e não há formas de recuperá-lo ou pegá-lo emprestado, tal como fazemos com

dinheiro e outros bens, apontando ao final para uma conscientização de como se deve procurar aproveitar o tempo, e que utilizá-lo com eficiência é fundamental.

Sobre o efeito da indústria na percepção do tempo Jönsson (2004, p. 101) defende que a industrialização fez com que os trabalhadores se doassem totalmente ao tempo dos relógios, e indo em busca apenas deste, para sentir-se cada vez mais útil e valorizado. Corroborando com Jönsson, De Masi (2012, p. 16) leciona que “a sociedade industrial permitiu que milhões de pessoas agissem somente com o corpo, não lhes deixou a liberdade para expressar-se com a mente. Na linha de montagem, os operários movimentam mãos e pés, mas não usavam a cabeça”.

Nessa senda, o citado autor (2012, p. 183) leciona, ainda, que foi a sociedade industrial que introduziu a lei da eficiência baseada na relação entre o trabalho e o tempo necessário para sua execução, porque a sua atividade era manufatureira e podia ser cronometrada e ainda:

A introdução dessa medida artificial de tempo, subtraindo a lenta alternância das estações, dos dias e das noites, foi uma coisa imposta, forçando a natureza humana, ou melhor, forçando a própria natureza. Há duzentos anos passou-se do tempo “vivido” ao tempo “aturado”, e agora, finalmente se começa a entrever a possibilidade de passar o tempo “escolhido”. (DE MASI, 2012, p. 183-184).

Neste viés, a sociedade pós-industrial tem se preocupado cada vez mais com a forma de utilização do tempo, o que para De Masi (2012, p. 16) significa uma nova liberdade, a da alma do trabalhador. Nesse sentido, um dos avanços tecnológicos vividos atualmente diz respeito a diminuição do tempo gasto com a execução de diversas tarefas, como exemplos de economia do tempo pode-se citar as compras pela *internet*, em que o consumidor não precisa mais se deslocar até o fornecedor para adquirir o produto ou serviço, bem como os trabalhos desenvolvidos no formato “*home office*”, em que o empregado não precisa mais ir ao escritório do empregador, desenvolvendo suas atividades da sua própria residência.

Com a diminuição do tempo gasto devido às novas tecnologias ou os novos procedimentos, empresas e o próprio governo incentivam as pessoas a aproveitá-lo para o lazer, de utilizar seu tempo livre para fazer atividades junto de suas famílias, obtendo-se, dessa forma, a separação do tempo em duas perspectivas, da sua utilidade e do seu uso livre. (GUGLINSKI, 2015, p. 137).

O tempo útil é aquele vinculado para a realização de diversas tarefas do cotidiano, para a realização de obrigações e para o trabalho, ou seja, são tarefas já planejadas com antecedência para obter alguma vantagem ou satisfazer uma necessidade como cozinhar, lavar, passar a roupa, pagar contas, trabalhar, entre outras. (GUGLINSKI, 2015, p. 137-138). Sobre o tempo útil Silva Neto aduz que:

É fácil perceber que o direito do uso do tempo de forma que a pessoa considera mais apropriada (tempo útil) é um direito que merece proteção e, se violado, reparação. Isto porque, no seu sentido tradicional, a utilidade é definida como prazer, satisfação ou felicidade derivados do uso ou da disposição do determinado bem ou direito. O uso deste tempo conforme deseja a pessoa é um destes direitos, e a restrição do uso do tempo conforme desejado acarreta presumível perda de bem-estar, felicidade e utilidade. (2015, p. 51).

Nesse passo, o indivíduo tem o direito de dispor de seu tempo útil da forma que melhor lhe aproveitar, não podendo permitir que terceiros violem esse direito.

O tempo livre, por sua vez, é aquele desvinculado de qualquer tarefa pré-determinada, em que o sujeito pode utilizá-lo de maneira livre, sendo ele dedicado ao lazer, ao repouso e as atividades descomprometidas e ao próprio ócio, que pode ser identificado como instrumento para se elevar a dignidade humana, eis que dispor do tempo para o autoconhecimento faz com que o indivíduo evolua como pessoa. (GUGLINSKI, 2015, p. 138-139). De Masi acrescenta que:

Uma parte do nosso tempo livre deve ser dedicada a nós mesmos, ao cuidado com o nosso corpo e com a nossa mente. Uma outra parte deve ser dedicada à família e aos amigos. Devemos dedicar uma terceira parte à coletividade, contribuindo para sua organização civil e política. Cada cidadão deve dosar essas três partes em medidas adequadas, de acordo com a sua vocação pessoal e a sua situação concreta. (2012, p. 136).

Constata-se, que a forma de utilização do tempo livre proposto por De Masi equilibra-o em três seguimentos: o primeiro para utilizá-lo em próprio proveito, o segundo para desfrutá-lo com a família e amigos e o terceiro para compartilhá-lo com sociedade. Ainda se referindo ao tempo livre, De Masi (2012, p. 230) leciona que o trabalho gera dinheiro, prestígio e poder, mas o tempo livre proporciona outros benefícios, tais como a introspecção, o convívio, a amizade, o amor, entre outros e que não compreende a razão do prazer relacionado ao trabalho eliminar a alegria do tempo livre, aduzindo ainda que:

Para cada um de nós, tempo livre significa viagem, cultura, erotismo, estética, repouso, esporte, ginástica, meditação e reflexão. Significa, antes de tudo, nos exercitarmos em descobrir quantas coisas podemos fazer, desde hoje, no nosso tempo disponível, sem gastar um tostão: passear sozinhos ou com amigos, ir à praia, fazer amor com a pessoa amada, adivinhas os pensamentos, os problemas e as paixões que estão por trás dos rostos dos transeuntes, admirar os quadros expostos em cada igreja, assistir a um festival na televisão, ler um livro, provocar uma discussão com um motorista de táxi, jogar conversa fora com os mendigos, admirar uma sábia beleza de uma garrafa, de um ovo ou das carruagens antigas que ainda passam pelas ruas. Balançar numa rede, que, como já disse, me parece encarnar o símbolo por excelência do trabalho criativo, perfeita antítese da linha de montagem, a qual foi o símbolo do trabalho alienado. Em suma, dar sentido às coisas de todo dia, em geral lindas, sempre iguais e sempre diversas, que infelizmente são depreciadas pelo uso cotidiano. (2012, p. 231).

É certo que o rol acima descrito por De Masi, mesmo extenso, é exemplificativo, podendo, ainda, surgirem diversas outras possibilidades de se usar o tempo livre em favor de seu possuidor. Nesse sentido, tendo o indivíduo tempo livre a seu dispor, o direito ao lazer e ao descanso é uma consequência natural, desta feita a previsão normativa do direito ao descanso aparece nos incisos XIII, XIV, XV e XVII, do artigo 7º da CF/88, abaixo transcritos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

[...]

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal. (BRASIL, 1988).

Verifica-se que, o legislador constituinte ao limitar a jornada de trabalho, conforme disposto nos incisos XIII e XIV, retro transcritos, disponibiliza o tempo necessário ao indivíduo trabalhador para restabelecer as suas energias entre uma jornada e outra de trabalho, bem como a garantir que os períodos sem trabalhos, como nos finais de semana e nas férias, incisos XV e XVII, tenham garantidas as remunerações devidas para que o trabalhador possa desfrutar com segurança do descanso constitucionalmente garantido, nesse sentido Dessaune ainda assevera que:

[...] a Carta Política declara a *atividade existencial do 'descanso'*, enquanto *expressão individual, ou social da liberdade de ação em geral, como um direito constitucional*, sendo a melhoria da condição social – principalmente da pessoa trabalhadora – o bem ou interesse jurídico expressamente protegido pelos dispositivos em análise. (2017, p. 206, grifo do autor).

Ademais, sendo o descanso um direito constitucional é de se enfatizar que, caso o trabalhador seja impedido de usufruí-lo estar-se-á diante de uma violação de seu direito, devendo tal conduta, se ilícita, ser objeto de reparação cível, uma vez que a supressão ou o adiamento dessas atividades causa evidente prejuízo ao trabalhador. (DESSAUNE, 2017, p. 206).

Além do descanso, visto acima, o tempo livre do indivíduo pode ser direcionado para atividades de lazer, as quais também são objetos de proteção constitucional, conforme se extrai do artigo 6º da Carta Magna, “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, [...], na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988). Sobre a importância do lazer como direito fundamental Duarte leciona que:

Se um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a cidadania, conforme disposto no art. 1º, II, da Constituição da República de 1988, não há como negar que a construção desta última perpassa, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, pela implementação e efetivação de todos os direitos fundamentais descritos na Constituição de 1988, entre eles o lazer. Levá-lo a sério, nesse contexto, é considerá-lo não apenas um direito social, tal como descrito no art. 6º, caput, da Constituição da República de 1988, mas também encarar a realidade de que, sob o paradigma democrático, esse direito é condição e consequência do exercício de uma cidadania ativa e efetiva. É entender que considerar a sua importância enquanto direito, e direito fundamental, não apenas contribui para a intelecção de uma noção de cidadania condigna ao paradigma democrático, mas também constitui elemento imprescindível para a construção dessa concepção de cidadania. (2009, p. 76-77).

Assim, percebe-se que o direito do indivíduo de utilizar o seu tempo livre para o lazer é fazer com que ele exerça de forma efetiva a sua própria cidadania, a qual é plenamente respeitada por estar-se diante de um Estado Democrático de Direito. Destaca-se que, além do artigo 6º da Constituição Federal, outros dispositivos promovem o lazer, como abaixo se observa:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

[...]

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Com efeito, o lazer tem especial proteção constitucional, sendo que aquele que violar esse direito, através de uma conduta ilícita, também estará passível à reparação cível.

Ao analisar-se o tempo, necessário se faz defini-lo, também, nos moldes da lição de Gagliano (2013, p. 2), que o fez com base em duas perspectivas, a primeira “dinâmica”, mais difundida, em que o tempo é sinônimo de movimento, sendo um acontecimento natural, podendo ou não ocasionar efeitos na órbita do direito através de fatos jurídicos em sentido estrito, a segunda, por sua vez, denominada “estática”, em que o tempo se torna um bem relevante, de valor, apto a receber proteção jurídica, das duas perspectivas, a última é a que interessa ao campo da Responsabilidade Civil. Diante disso, analisam-se a seguir as formas em que o tempo está normatizado no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 A NORMATIZAÇÃO DO TEMPO

O tempo “estático”, conforme definição dada anteriormente por Gagliano, padece agonizante em meio à falta de legislação e doutrina a seu respeito (GUGLINSKI, 2015, p. 131). Por conseguinte, o desenvolvimento da presente temática abordará as diversas formas em que o tempo é referido na legislação brasileira.

A abordagem do tempo como bem jurídico está ocorrendo principalmente na seara consumerista, meio em que diversos autores têm atribuído especial proteção ao tempo nas relações de consumo, “eis que as exigências da contemporaneidade têm defrontado com situações de agressão inequívoca à livre disposição e uso do nosso tempo livre, em favor do interesse econômico ou da mera conveniência negocial de um terceiro”. (GAGLIANO, 2013, p. 3).

Verifica-se, que o fundamento da proteção jurídica do tempo está relacionado com a estrutura aberta do princípio da dignidade humana, o qual é um dos eixos centrais da Constituição Federal, sendo possível a busca do apoio jurídico

da “extensão humano-temporal” para a proteção da personalidade e da projeção da dignidade. (MAIA, 2014, p. 162). Acrescentando o citado autor que o tempo possui quatro características valiosas ao ser humano, quais sejam: a escassez, a intangibilidade, a ininterrompibilidade e a irreversibilidade (2014, p. 163).

Devido à abertura do termo dignidade humana, seja como fundamento ou como parte integrante dos direitos humanos, constatando-se um caráter dúplice do postulado, a mesma servirá como base à possível tutela autônoma do tempo humano no âmbito da responsabilidade civil, estando presentes os seus elementos. (MAIA, 2014, p. 163). Alertando, ainda, Maia, que a demora excedida por causa do mau atendimento limita de forma indevida o direito à liberdade, insculpido no artigo 5º do texto constitucional⁹, concluindo que proteger o tempo pode significar uma qualidade de vida digna, sendo consequência direta dos direitos fundamentais à dignidade e à liberdade (2014, p. 163).

O tempo é fator preponderante para diversas atividades e obrigações a que todos estão submetidos, verifica-se, entretanto, que no texto constitucional houve apenas a expressa previsão da sua proteção na esfera processual, como um direito fundamental, de acordo com o inciso LXXVIII, do artigo 5º¹⁰. (MAIA, 2014, p. 164).

No campo infraconstitucional, encontram-se disponíveis diversos dispositivos que tratam sobre o tempo, contudo, não em sua esfera estática, uma vez que o utilizam para regular e proteger a relação de consumo de possíveis abusos por parte de fabricantes ou fornecedores de produtos e/ou serviços. Borges (2017, p. 193) traz como exemplo o Decreto que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/1990, fixando as normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor n.º 6.523/08, que em seu §4º¹¹, do artigo 4º, trata do tempo máximo para atendimento ao consumidor, bem como no seu artigo 8º¹², o qual faz alusão aos princípios como o da celeridade e da dignidade. O próprio Código de Defesa do Consumidor dispõe de mecanismos para proteger o consumidor, limitando o tempo dos

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. (BRASIL, 1988).

¹⁰ LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 1988).

¹¹ § 4º Regulamentação específica tratará do tempo máximo necessário para o contato direto com o atendente, quando essa opção for selecionada. (BRASIL, 2008).

¹² Art. 8º O SAC obedecerá aos princípios da dignidade, boa-fé, transparência, eficiência, eficácia, celeridade e cordialidade. (BRASIL, 2008).

fabricantes ou fornecedores para reparem o produto ou serviço defeituoso em trinta dias, nos termos do artigo 18, §1^o¹³.

Ademais, o tempo detém notável importância quando se trata da esfera econômica, haja vista a sua incidência nos institutos do inadimplemento, a saber: juros e multa de mora, cláusula penal e as indenizações por lucro cessantes, por exemplo. (ANDRADE, 2005, p. 10). Alerta, ainda, Andrade, que na área de direitos não patrimoniais, “ainda há grande resistência em admitir que a perda do tempo em si possa caracterizar dano moral” (2005, p. 10).

Ressalta-se que, existem questões no cotidiano que demandam tempo para serem resolvidas, sendo normal dispor do tempo para solucioná-las, haja vista que o ato de consumir está no cotidiano dos indivíduos, entretanto, quando a resolução dessas questões faz com que o consumidor perca o seu tempo de maneira desproporcional, exagerada e injustificavelmente estar-se-á diante de uma situação passível de indenização. (GUGLINSKI, 2015, p. 128). O citado autor (2015, p. 132) cita, ainda, como exemplos de uma interpretação sistemática do tempo como um bem jurídico os institutos da prescrição e da decadência, tendo o tempo o objetivo de dar segurança às relações jurídicas entre as pessoas, acrescentando a preclusão, a perempção, os prazos para exercícios de direitos e os atos processuais como manifestação da sua importância.

Constata-se, que o tempo, na sua perspectiva “dinâmica”, faz parte da existência humana, é algo natural que independe de qualquer vontade, não merecendo, dessa forma, maiores preocupações da área do direito, entretanto, quando abordar-se a perspectiva “estática”, está-se diante de um bem jurídico, o qual como já mencionado, é escasso e sua perda irreversível, sendo necessário, portanto, dar uma maior proteção a esse direito, responsabilizando-se civilmente aqueles que indevidamente o usurparem.

3.3 A VIOLAÇÃO DO TEMPO

¹³ § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço. (BRASIL, 1990a).

A violação do tempo pode ser dar de diversas maneiras. Nos tópicos anteriores já se esboçou que a violação do direito ao lazer e ao descanso configuram como uma delas, entretanto, torna-se importante discorrer-se sobre as demais possibilidades.

Nessa senda, o tempo pode ser violado em decorrência do descumprimento de um contrato, essa hipótese ocorre quando o consumidor adquire um produto ou serviço para sua utilização, sendo que, posteriormente, surge um problema, o qual está coberto pela garantia, esse consumidor, então, terá que buscar novamente o fornecedor, ou sua assistência técnica, para poder reparar o produto ou serviço defeituoso e não tendo o seu problema resolvido dentro do prazo legal e não sendo oferecido as hipóteses previstas no parágrafo 1^o¹⁴ do artigo 18 do CDC, estar-se-á diante de um suporte técnico defeituoso, descumprindo-se um dever acessório ao contrato e, portando, violando-se o contrato de forma positiva. (GUGLINSKI, 2015, p. 144). No exemplo dado, a violação decorre das idas e vindas do consumidor na tentativa infrutífera de solucionar o seu problema de consumo.

Demais disso, outra forma de se violar o tempo está vinculada a fatores extracontratuais, tal como ocorre nos casos de cobranças indevidas, em que o consumidor não chega nem a ser cliente do fornecedor, mas recebe telefonemas e correspondências, sendo que para tentar esclarecer a situação e comprovar que nada comprou perderá razoável parcela de seu tempo, tornando-se, portanto, consumidor por equiparação, nos termos do artigo 29¹⁵ do CDC. (GUGLINSKI, 2015, p. 145).

Cumpre ressaltar que a reparação pela perda do tempo não está diretamente relacionada com o defeito do produto ou serviço contrato, sendo que o dano causado se caracteriza como *extra rem*¹⁶, uma vez a violação ao tempo do consumidor decorre do transtorno gerado pelo fornecedor e a consequente perda do

¹⁴ § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço. (BRASIL, 1990a).

¹⁵ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

¹⁶ “[...] o dano *extra rem* é aquele que apenas indiretamente está ligado ao vício do produto ou serviço porque, na realidade, decorre de causa superveniente, relativamente independente, e que por si só produz o resultado. A rigor, não é o vício do produto ou do serviço que causa o dano *extra rem* – dano material ou moral – mas sim a conduta do fornecedor, posterior ao vício, por não dar ao caso a atenção e solução devidas. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 575-576).

tempo pelo consumidor, o qual foi obrigado a ir à sua assistência técnica, a efetuar diversos telefonemas, tudo originado do mal serviço prestado por esse fornecedor. (GUGLINSKI, 2015, p. 146-147). Nesse passo, a violação do tempo pode ser estudada, também, de acordo com a teoria do desvio produtivo do consumidor, teoria essa desenvolvida por Marcos Dessaune. Para o citador autor, o desvio produtivo do consumidor:

É o fenômeno socioeconômico que se caracteriza quando o fornecedor, ao atender mal, criar um problema de consumo potencial ou efetivamente danoso e se esquivar da responsabilidade de saná-lo, induz o consumidor carente e vulnerável a despender seu tempo vital, existencial ou produtivo, adiar ou suprimir algumas de suas atividades geralmente existenciais e a desviar suas competências dessas atividades, seja para satisfazer certa carência, seja para evitar um prejuízo seja para reparar algum dano, conforme o caso. (2017, p. 357).

Verifica-se que, o conceito dado por Dessaune à referida teoria corrobora com a definição da violação do tempo como um dano *extra rem*, haja vista que o autor confirma que a má qualidade da prestação de serviço por parte do fornecedor resulta na perda do tempo do consumidor. De mais a mais, Dessaune (2017, p. 274-275), relata ainda que a violação do tempo do consumidor resulta também em violação ao “[...] seus mais legítimos interesses e configura uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à vida, que é indisponível, bem como uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à educação, ao trabalho, ao descanso, ao lazer, [...]”. O autor ainda pontua que quando o consumidor se vê em meio ao problema causado pelo fornecedor e tem que dispor de seu tempo de maneira injustificada, perderá parte dele de forma definitiva, prejudicando o seu projeto de vida, configurando ofensa ao tempo existencial e à uma vida digna. (2017, p. 275).

Com a violação do tempo do consumidor ocorre o dano extrapatrimonial, em consequência de dois fatores inalteráveis:

[...] o tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas; e ninguém pode realizar, simultaneamente, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes, do que resulta que uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro suprimindo-se outra atividade. (DESSAUNE, 2017, p. 276).

Pode-se concluir que, tendo em vista os fatores apresentados por Dessaune e Guglinski, que a perda do tempo pelo consumidor resulta em dano

irreparável, extrapatrimonial, não sendo possível o seu ressarcimento ou retorno ao *status quo ante*, cabendo ao causador do dano unicamente repará-lo na extensão do caso concreto.

Nesse passo, vistas as circunstâncias que tornam o tempo um bem jurídico passível de valoração e proteção, o presente ensaio migrará o seu estudo para a análise da peculiar situação em que se encontram os consumidores de planos de saúde, os quais, por vezes, tornam-se hipervulneráveis diante de determinadas situações e condições, sendo estas estudadas no próximo capítulo.

4 O PACIENTE E A SUA POSIÇÃO DE (HIPER)VULNERABILIDADE

Todo consumidor que adquirir para si um plano de saúde será considerado vulnerável diante da relação de consumo contratada, uma vez que esta constatação se origina de uma presunção legal presente no Código de Defesa do Consumidor, como adiante se verá. A hipervulnerabilidade dos pacientes, por sua vez, decorre da situação agravada em que os mesmos se encontram, nesse sentido, “[...] *etimologicamente*, o paciente já é naturalmente vulnerável, porquanto o termo *vulnerar* deriva do latim *vulnerare*, por sua vez conectado às palavras ofendido, ferido e melindrado, termos representantes da fragilidade do enfermo”. (MAIA, 2013b, p. 313, grifo do autor).

Entretanto, antes de adentrar ao tema de forma mais específica, busca-se, primeiramente, discorrer acerca da diferenciação de vulnerabilidade e hipossuficiência, uma vez que os referidos institutos não são sinônimos, nem equivalentes, seguindo-se o estudo com a apresentação das diferentes espécies de vulnerabilidade, conceituando-se a vulnerabilidade técnica, a jurídica, a fática e a informacional, para, então, chegar-se nas diferentes hipóteses hipervulnerabilidade em razão das características dos sujeitos envolvidos.

4.1 VULNERABILIDADE *VERSUS* HIPOSSUFICIÊNCIA

Com o advento do CDC, em 1990, o consumidor passou a ter a favor de si a presunção de vulnerabilidade, esta, por sua vez, decorre, *a priori*, da ausência de participação igualitária daqueles na relação de consumo, estando os fornecedores em uma situação hierarquicamente superior. (MIRAGEM, 2016, p. 128). O princípio da vulnerabilidade está previsto no inciso I, do artigo 4º, abaixo transcrito:

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. (BRASIL, 1990a).

Com efeito, o inciso retro transcrito não abre margem para uma interpretação diversa senão a de que o CDC revestiu o consumidor com o “manto” da vulnerabilidade, nessa esteira, há uma presunção legal absoluta que norteia as relações de consumo, servindo ela como ferramenta de proteção ao desequilíbrio existente entre fornecedores e consumidores. (MIRAGEM, 2016, p. 128). Deste modo, a vulnerabilidade tem o condão de viabilizar o princípio da isonomia presente na CF/88. (NUNES, 2013, p. 178).

Diante disso, tem-se que a vulnerabilidade consumidor é o que direciona o sistema protetivo da legislação consumerista. (MARQUES, 2011, p. 304). Justificando, ainda, Marques (2011, p. 321), que a vulnerabilidade decorre do desequilíbrio de forças entre consumidores e fornecedores, razão pela qual se justifica o tratamento diferenciado dado para proteger o direito daquele mais fraco na relação de consumo.

Com relação à hipossuficiência, esta se relaciona com a pobreza econômica do consumidor, estando atualmente prevista no artigo 98 do CPC que prescreve: “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”. (BRASIL, 2015).

No âmbito constitucional, a hipossuficiência está prevista no inciso LXXIV do artigo 5º: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. (BRASIL, 1988). Já na legislação consumerista, a concessão de benefícios aos consumidores carentes economicamente está prevista em dois dispositivos, no inciso I do artigo 5º e no inciso VIII do artigo 6º abaixo transcritos:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;

[...]

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (BRASIL, 1990a).

Nesse passo, é de se perceber que o legislador procurou proteger ainda mais o consumidor que, além de encontrar-se em uma situação de vulnerabilidade

legal perante o fornecedor, não possui condições financeiras de arcar com as despesas judiciais, facilitando, inclusive, a sua defesa com a inversão do ônus da prova. GRINOVER, et al. (2011, p. 166-167), advertem para o fato de que a inversão do ônus da prova ser uma faculdade do juiz, com exceção do artigo 38¹⁷ do CDC que trata da publicidade enganosa. Bruno Miragem (2016, p. 128), por seu turno, esclarece que a hipossuficiência prevista no inciso VIII supracitado é determinada segundo as avaliações do juiz, o qual decide se o consumidor terá o não o benefício da inversão do ônus da prova, aduzindo ainda que:

[...] nem todo o consumidor será hipossuficiente, devendo esta condição ser identificada pelo juiz no caso concreto. Trata-se, portanto, de um critério que depende, segundo duas linhas de entendimento: a) da discricionariedade do juiz, permitindo que ele identifique, topicamente, a existência ou não de debilidade que dificulte ao consumidor, no processo, sustentar suas alegações com provas que demonstrem a veracidade das suas alegações; b) de conceito indeterminado, cujo preenchimento de significado deve se dar segundo critérios objetivos, porém, sem espaço de escolha para o juiz, senão de mera avaliação dos fatos da causa e sua subsunção à norma. (2016, 128).

Destaca-se, portanto, que a hipossuficiência deve ser certificada pelo juiz em cada processo em que houver litígio entre consumidores e fornecedores, ao passo que a vulnerabilidade legal, representada pelo inciso I do artigo 4º do CDC, é absoluta, inafastável, não podendo, por consequência, ser confundida com aquele.

Após a diferenciação estudada acima, o presente ensaio seguirá com a apresentação do desdobramento das principais espécies de vulnerabilidade encontradas pela doutrina nacional.

4.2 AS DIFERENTES ESPÉCIES DE VULNERABILIDADE

Como visto acima, a vulnerabilidade é absoluta e inafastável quando se tratar de relação de consumo, ela decorre da fragilidade do consumidor frente ao fornecedor. Ocorre que, essa vulnerabilidade absoluta poderá ser observada de diferentes formas, a depender das características pessoais do consumidor, sejam elas econômicas, sociais ou intelectuais. (MIRAGEM, 2016, p. 131). Maurilio Casas Maia (2013b, p. 313), alerta para o fato de que “a vulnerabilidade admite gradações e

¹⁷ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina. (BRASIL, 1990a).

demanda atenção diferenciada em cada caso concreto pelos aplicadores da lei, os quais devem zelar pelo vulnerável proporcionalmente à necessidade de cada estágio de fraqueza social”. Para uma melhor compreensão acerca do tema, apresenta-se a seguir os conceitos de vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional.

4.2.1 A vulnerabilidade técnica

A vulnerabilidade técnica do consumidor apresenta-se quando este “não possui conhecimentos especializados sobre o produto ou serviço que adquire ou utiliza em determinada relação de consumo”. (MIRAGEM, 2016, p. 129). Marques (2011, p. 324) alerta para o fato da vulnerabilidade técnica ser presumida para o consumidor não profissional e em casos excepcionais para os profissionais, citando a autora como exemplos as jurisprudências do STJ, entre elas o REsp 914.384/MT, o qual não reconheceu a relação de consumo e a vulnerabilidade entre um grande produtor rural e um fornecedor de insumos, concluindo que tal situação não se refere à relação de consumo final, mas “trata-se de atividade profissional de ‘consumo intermediário’ regulado pelo direito comum [...]”. (2011, p. 325).

4.2.2 A vulnerabilidade jurídica

A vulnerabilidade jurídica do consumidor refere-se a falta de conhecimento dos seus direitos e deveres presentes na relação de consumo, bem como a ausência de consciência acerca dos resultados produzidos pelos contratos que celebra. (MIRAGEM, 2016, p. 129). Para Marques (2011, 327) a vulnerabilidade jurídica ou por ela também chamada de científica está relacionada com a “falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”. Acrescentado ainda que, nas relações regidas pelo CDC, essa vulnerabilidade é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física, sendo que em relação à pessoa jurídica e aos profissionais existe uma presunção em contrário, ou seja, “devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se”. (MARQUES, 2011, p. 327).

Discorrendo acerca da vulnerabilidade jurídica Schmitt (2009, p. 148) leciona que a mesma é identificada nas contratações em massa celebradas por meio de contratos de adesões e as condições gerais dos negócios, bem como a capacidade técnica dos fornecedores, representadas pelos seus departamentos jurídicos estruturados.

4.2.3 A vulnerabilidade fática ou socioeconômica

A vulnerabilidade fática ou também chamada de socioeconômica, por sua vez, relaciona-se com a posição hierarquicamente superior dos fornecedores, seja essa superioridade relacionada à essencialidade do serviço ou a sua superioridade financeira, sendo que os consumidores terão que se sujeitar as suas condições para poderem adquirir o produto ou serviço, nesse viés esta espécie de vulnerabilidade só ocorre nas relações de consumo, não sendo estendidas, por exemplo, para as relações de crédito tributário, nem de matéria judicial. (MARQUES, 2011, p. 330-331). Bruno Miragem (2016, p. 130) alerta para o fato desta vulnerabilidade ser mais ampla e genérica do que as demais, citando como exemplo rotineiro a vulnerabilidade econômica do consumidor frente ao poder econômico do fornecedor.

4.2.4 A vulnerabilidade informacional

A vulnerabilidade informacional é intrínseca à relação de consumo e surge devido à mudança de comportamento da sociedade, em que o consumidor se relaciona em um mundo globalizado e veloz, em que os fornecedores são os únicos que estão de posse da informação, sendo a ausência desta uma forma de vulnerabilidade, cabendo ao fornecedor o dever de informá-la. (MARQUES, 2011, p. 335-336). Bruno Miragem (2016, p. 130) acrescenta que devido às características atuais da sociedade, em que a informação e a publicidade geram confiança no mercado, os fornecedores colocam “[...] o consumidor em uma posição passiva e sem condições, *a priori*, de atestar a veracidade de dados, bem como suscetível aos apelos do *marketing* dos fornecedores”. (2016, p. 130, grifo do autor).

Destaca-se que, existem outras espécies de vulnerabilidade, dentre elas a vulnerabilidade política ou legislativa, a vulnerabilidade biológica ou psíquica e a

vulnerabilidade ambiental, entretanto, não serão conceituadas no presente ensaio, será, porém, objeto ainda de análise, a ocorrência da forma agravada da vulnerabilidade, sendo esta denominada de hipervulnerabilidade, a qual será abordada adiante.

4.3 A HIPERVULNERABILIDADE

Na seção anterior, verificou-se que vulnerabilidade advém de uma presunção legal absoluta decorrente da disparidade de forças entre consumidores e fornecedores, e que de acordo com certas características a mesma é subdivida em determinadas espécies. Agora, o presente ensaio procurará demonstrar que a situação de vulnerabilidade poderá ocorrer de forma mais acentuada em razão de determinadas características pessoais dos consumidores, surgindo, por conseguinte, a hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada. (MIRAGEM, 2016, p. 131).

A hipervulnerabilidade pode ser conceituada como “a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida [...] ou sua idade alentada [...]”. (MARQUES, 2011, p. 360-361). Assim, o CDC traz uma vulnerabilidade geral, a qual alcança a todos os consumidores, enquanto a hipervulnerabilidade ocorrerá somente quando houver uma situação pessoal do consumidor que o torne ainda mais vulnerável, como verifica-se com os idosos, os deficientes, as crianças/adolescentes e os pacientes.

Destarte, a hipervulnerabilidade já foi objeto de debate no âmbito do STJ, quando o Ministro Herman Benjamin julgou o REsp: 586316 MG, de sua relatoria, do voto do eminente ministro, retira-se o trecho abaixo:

O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas.

[...]

São exatamente os consumidores hipervulneráveis os que mais demandam atenção do sistema de proteção em vigor. Afastá-los da cobertura da lei, com o pretexto de que são estranhos à "generalidade das pessoas", é, pela via de

uma lei que na origem pretendia lhes dar especial tutela, elevar à raiz quadrada a discriminação que, em regra, esses indivíduos já sofrem na sociedade. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. (BRASIL, 2017a).

Com efeito, cumpre analisar que o posicionamento do ministro demonstra de forma impecável os grupos considerados hipervulneráveis, os quais demandam de uma maior atenção frente às suas particularidades, sendo que o presente ensaio acrescenta à referida relação o grupo dos pacientes, os quais devem ser tratados igualmente hipervulneráveis como adiante se abordará. Nesse viés, a seguir será apresentado o conceito desses grupos hipervulneráveis, ou como leciona Bruno Miragem (2016, p. 131): consumidores em situação de vulnerabilidade agravada.

4.3.1 A criança hipervulnerável

A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente relaciona-se com o princípio da absoluta prioridade do interesse da criança, com o disposto no artigo 227 da CF/88, além de estar presente no artigo 17 do ECA que garante a inviolabilidade da sua integridade física, psíquica e moral. (MIRAGEM, 2016, p. 131). Outro fator que evidencia a sua hipervulnerabilidade decorre do fato da criança ser reconhecida na peculiar situação de pessoa em desenvolvimento. (MARQUES, 2011, p. 369).

4.3.2 O analfabeto hipervulnerável

O consumidor analfabeto também é considerado hipervulnerável, isso se deve ao fato do mesmo não saber ler ou escrever, incluindo, também, nessa categoria, os analfabetos funcionais que, mesmo sabendo ler, não conseguem compreender os textos que leem. A situação agravada desses consumidores está relacionada a sua falta de capacidade de negociar junto aos fornecedores, uma vez que, não sabendo ler ou não compreendendo o que está escrito não poderão ajustar as condições de contratação, devendo o fornecedor redobrar os cuidados com esses consumidores. (MIRAGEM, 2016, p. 137-138).

4.3.3 A pessoa com deficiência hipervulnerável

A hipervulnerabilidade da pessoa com deficiência visa a promover “[...] sua inclusão no mercado em condições de assegurar o atendimento a sua necessidade de fazer parte de relações de consumo pautadas pelo respeito e colaboração dos fornecedores em vista de suas dificuldades”. (MIRAGEM, 2016, p. 141). Dessa forma, os fornecedores terão que reforçar os deveres de cuidado, de informação e de esclarecimentos para não violar o direito do consumidor deficiente, (MIRAGEM, 2016, p. 140-141).

4.3.4 O idoso hipervulnerável

A hipervulnerabilidade do idoso insere-se no ordenamento jurídico como um balizador das relações de consumo e como meio de proteger a dignidade da pessoa humana. (PINHEIRO; DETROZ, 2012, p. 139). Essa proteção se deve em razão das peculiaridades a que são acometidos essa parcela do mercado de consumo, uma vez que a idade avançada dos idosos pode vir acompanhada de outros problemas como a debilidade física e psicológica. (PINHEIRO; DETROZ, 2012, p. 136). Nesse sentido, Bruno Miragem ainda acrescenta que:

A vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais: a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos fornecedores. (2016, p. 134).

Deste modo, a proteção ao idoso, por meio do reconhecimento da hipervulnerabilidade visa protegê-lo em razão da sua fragilidade física, diminuição da capacidade de discernimento, bem como ao fato de que atualmente diversos produtos e serviços estão sendo postos no mercado para este grupo, sendo que parte dos fornecedores que atuam com esses consumidores poderão firmar contratos excessivamente onerosos a estes.

4.3.5 O paciente hipervulnerável

A hipervulnerabilidade apresentada nas seções anteriores referiam-se à criança, ao adolescente, ao analfabeto, ao deficiente e ao idoso, cada um desses

grupos apresenta as suas peculiaridades que o permitem sair da vulnerabilidade legal, representada pelo inciso I do artigo 4º do CDC, e tornarem-se hipervulneráveis.

Entretanto, outra categoria que merece especial atenção devido à sua fragilidade são os pacientes, uma vez o próprio significado da palavra paciente refere-se a sofrimento, portanto, pode-se concluir que, o consumidor vulnerável em estado de sofrimento é mais do que vulnerável, é hipervulnerável. (MAIA, 2013b, p. 313).

A relação do paciente com o seu médico ou com a operadora de plano de saúde está inserida no âmbito das relações de consumo, protegida, portanto, pelo microsistema do CDC. Nesse sentido, Maia leciona que:

Legislativamente, a hipervulnerabilidade do paciente pode ser explicada porque além da vulnerabilidade já presumida pela lei no mercado de consumo (art. 4º, I, do CDC), outros fatores prejudiciais à humanidade do paciente agravam seu estado suscetibilidade, daí o porquê de se falar em agravo da vulnerabilidade em relação aos pacientes adoentados. (2013b, p. 313).

Percebe-se, por conseguinte, que o paciente, consumidor vulnerável e em estado de sofrimento, encontra-se em estado de hipervulnerabilidade. Borges (2012, p. 31) sustenta que o paciente é hipervulnerável em relação ao seu médico, uma vez que, de modo geral, ao procurá-lo estará em um estado de fragilidade física e/ou psíquica. Acrescentando ainda o citado autor:

Podemos dividir, então, a vulnerabilidade em extrínseca, que está ligada a fragilidade técnica e vulnerabilidade intrínseca do doente, ligada a aspectos psíquicos. São verdadeiras vulnerabilidades incidentais, circunstâncias desfavoráveis que tornam os pacientes ainda mais suscetíveis a sofrer danos, uma vez que se encontram desprovidos de plena capacidade real de decidir o melhor para si. (BORGES, 2012, p. 31).

Em síntese, todo consumidor detém a vulnerabilidade extrínseca, fundamentada no inciso I, do artigo 4º do CDC, entretanto, apenas os pacientes acometidos por alguma patologia, ou com a suspeita de uma, possuem a intrínseca, a presença das duas em um mesmo indivíduo faz surgir a hipervulnerabilidade. Maia (2013a, p. 207) leciona que a vulnerabilidade intrínseca de Borges (2012, p. 31) torna-se semelhante ao que ele denomina de “vulnerabilidade específica decorrente da incidência da enfermidade no paciente”.

Nesse passo, sendo o paciente hipervulnerável, o seu relacionamento com o seu médico ou operadora de plano de saúde deverá pautar-se da forma mais

equitativa e transparente possível. Borges (2017, p. 203) alerta para o fato de que a relação médico-paciente poderá variar de acordo com a posição social e a escolaridade do paciente, eis que quanto menos recursos financeiros ou intelectuais que este possuir, mais difícil será o acesso à saúde. Neste raciocínio, Maia leciona acerca do comportamento do médico em relação ao paciente:

[...] a conhecida necessidade de humanização da medicina e de constitucionalização do direito impõe ao médico – enquanto fornecedor de serviço sobre a saúde humana no mercado de consumo ou mesmo fora dele –, maior zelo e cuidado ao reconhecer no caso concreto a hipervulnerabilidade fática do paciente. Essa conduta mais zelosa é imposta em respeito à força normativa do princípio da igualdade substancial, da solidariedade e da dignidade humana no seu da relação esculápio-paciente. (2013a, p. 208).

Logo, percebe-se que o médico, atuando dentro de uma relação de consumo, estará sujeito a respeitar a especial situação em que se encontra o paciente, prestando todas as informações necessárias para facilitar ao máximo a tomada de decisão por parte deste, levando-se em considerações os princípios citados por Maia, o qual acrescenta:

A necessidade de humanização da medicina e da constitucionalização do Direito impõe ao jurista e ao médico – enquanto fornecedor de serviço sobre a saúde humana –, maior zelo e cuidado ao reconhecer no caso concreto a hipervulnerabilidade fática do paciente. (2015a, p. 51).

Nessa senda, todas as pessoas envolvidas na cadeia de atendimento ao paciente devem estar cientes da sua condição especialmente agravada, estabelecendo, assim, procedimentos diferenciados para o seu atendimento.

Diante da análise das diferentes espécies de vulnerabilidade e hipervulnerabilidade, o presente ensaio buscará apresentar o dano temporal, sendo este uma nova modalidade de responsabilização civil construída pela doutrina, a qual servirá como fundamento para responsabilização das operadoras de planos de saúde nos casos de descumprimento contratual e subtração indevida do tempo do paciente.

5 O DANO TEMPORAL

Ao longo do presente ensaio, buscaram-se subsídios para melhor compreender o instituto da responsabilidade civil. Em seguida, passou-se a análise do tempo enquanto bem de valor jurídico e, após, discorreu-se sobre a posição de hipervulnerabilidade dos pacientes. Agora, o presente capítulo abordará uma nova modalidade de dano debatida no meio jurídico, qual seja, o dano temporal, originado da perda indevida do tempo. Abordando-se, também, se o prejuízo sofrido pela vítima pode ser caracterizado como um dano autônomo, desvinculado dos danos morais, como ocorre atualmente com os danos estéticos, ou se o mesmo é elemento para caracterização do dano moral em sentido estrito.

Com efeito, a perfeita identificação do dano temporal é imprescindível, bem como trazer à baila a discussão das razões pelas quais tal instituto começa a chamar a atenção tanto da doutrina quanto do Poder Judiciário, nesse sentido, “o dano temporal é fruto da pós-modernidade, dessa sociedade tecnológica, consumidora, de riscos e de massas. Portanto, é fenômeno fático que já não pode ser ignorado pelo mundo jurídico”. (MAIA, 2014, p. 168).

Nessa senda, parte da doutrina tem denominado a perda indevida do tempo por ato ilícito praticado por outrem como sendo o “dano temporal”, outra parte a denomina de “desvio produtivo do consumidor” ou ainda, de “perda do tempo útil e/ou livre do consumidor”, no presente ensaio adota-se a primeira denominação pelas razões que adiantes serão expostas.

5.1 CONCEITO DE DANO TEMPORAL

Verifica-se que a violação do tempo torna-se um evento inerente ao estágio de desenvolvimento em que se encontra a sociedade, caracterizada pela era da informação, pela assunção de riscos, do hiperconsumo e em que a proteção do tempo do ser humano passa a ter forte projeção jurisprudencial. (MAIA, 2014, p. 171). Nesse passo, o citado autor (2014, p. 169) conceitua o dano temporal como sendo um “[...] prejuízo injusto e considerável advindo da interferência de terceiro da órbita jurídica alheia acarretando sério, relevante e indevido dano cronológico [...]”. A origem desse prejuízo remete-se, em sua maioria, na conduta dos fornecedores que por vezes

frustram as expectativas dos consumidores ao colocarem no mercado de consumo produtos/serviços defeituosos dando origem às reclamações dos seus clientes. (MAIA, 2014, 169).

Todavia, não é qualquer reclamação ou defeito em produto e/ou serviço que dá origem ao dano temporal, Guglinski (2015, p. 128) alerta que “[...] a perda do tempo apta a gerar o dever de indenizar deve ser desarrazoada, exagerada, injustificada, abusiva, enfim, fora dos parâmetros da normalidade”. Ou seja, relaciona-se com a “[...] má prestação do serviço, a qual, quando extravasa as raias da razoabilidade, dando lugar à irritação, à frustração, à sensação de descaso, [...], enfim, viola-se uma série de direitos intimamente relacionados à dignidade humana”. (GUGLINSKI, 2015, p. 130).

Ademais, a ocorrência de dano temporal não está necessariamente vinculada ao abalo psicológico, podendo o ato ilícito usurpador do tempo gerar irritação, por exemplo, entretanto, o prejuízo adindo do dano não se dá pela esfera subjetiva do indivíduo, mas, sim, pela própria subtração do tempo, bem jurídico protegido, escasso e irrecuperável. (GUGLINSKI, 2015, p. 150).

Demais disso, o dano temporal é a perda involuntária e injusta do tempo decorrente de um ato ilícito de outrem que causa dano à vítima, qual seja, a própria perda do tempo, podendo estar ou não associada ao sofrimento psicológico, diante disso, perfeitamente aplicável o instituto da responsabilidade civil para a reparação dessa modalidade de dano, nesse viés, inspirando-se nas lições de Dessaune (2017, p. 250-251) elegeu-se como pressupostos para a caracterização do dano temporal:

- A violação de uma obrigação originária, decorrente ou não de uma relação de consumo;
- A perda involuntária do tempo em decorrência da violação da obrigação originária;
- A inércia do agente ofensor na resolução do problema decorrente da violação da obrigação originária;
- O nexo causal entre a conduta do agente ofensor e o dano sofrido pela vítima, qual seja, a perda involuntária do tempo;
- A comprovação da ocorrência do dano, qual seja, a perda involuntária do tempo e a sua extensão.

Constatadas as situações acima, o dano temporal caracteriza-se, nascendo a obrigação de indenizar. Com relação à quantificação do dano, necessário se fará analisar a comprovação da extensão de seus efeitos, uma vez que a reparação poderá ser dar objetivamente, como ocorre com os lucros cessantes, quando o dano estiver relacionado à perda do tempo produtivo, ou de forma subjetiva, quando o dano estiver relacionado a perda do tempo livre ou pessoal.

Quanto à terminologia adotada para identificar a perda involuntária do tempo, adotou-se o termo dano temporal, como já referenciado em diversas passagens, tal escolha se deve em razão do posicionamento deste ensaio em adotar essa espécie de dano como autônoma. Os outros dois termos utilizados para se identificar o dano em estudo são a perda de(o) tempo útil e/ou livre do consumidor, sendo a diferenciação destes termos apresentadas na seção 3.2, e o desvio produtivo do consumidor, conceituado na seção 3.3, estes termos estão mais presentes na doutrina e na jurisprudência, tal fato se justifica em razão da vinculação do dano decorrente da perda involuntária do tempo como fundamento para caracterização dos danos morais, como adiante será melhor apresentado.

De mais a mais, o presente ensaio trará o posicionamento da doutrina acerca da divergência da autonomia ou não do dano temporal, como a seguir será estudo.

5.2 O DANO TEMPORAL NA DOUTRINA

A perda involuntária do tempo, a qual origina o dano temporal, está sendo objeto de diversos trabalhos científicos, nos quais a doutrina tem divergido quanto ao dano ser autônomo ou não. Nesta senda, a presente seção tem por objetivo apresentar parte dessa discussão, trazendo o posicionamento de alguns doutrinadores, uns defensores da autonomia, outros defensores da sua vinculação com os danos morais em sentido estrito.

Posto isto, traz-se à baila o posicionamento de Maia, o qual adere a tese de autonomia do dano, justificando que:

[...] é possível afirmar que o dano temporal por desvio produtivo e perda do tempo útil e/ou livre poderá se consolidar como categoria autônoma de dano em decorrência do sistema aberto de tutela da dignidade humana, da tutela da liberdade e de responsabilização civil. (MAIA, 2014, p. 170).

O citado autor (2014, p. 170-171), além de propor a autonomia do dano temporal, defende a possibilidade de cumulação com outros danos, como ocorre nos casos de pedidos de danos patrimoniais, morais e estéticos, de acordo com a súmula 37 “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (BRASIL, 2017c), e a 387, “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (BRASIL, 2017d), ambas do STJ.

Alerta, contudo, Maia (2014, p. 173) que o dano temporal padece de regras fixas para verificar a sua ocorrência, sendo que nessa situação cabe ao magistrado analisar cada caso concreto a fim de se averiguar eventual responsabilidade do fornecedor e a constatação do dano temporal.

Outro ponto importante apresentado por Maia (2015b, p. 470) ao tratar da autonomia do dano temporal refere-se ao conceito de dano moral adotado, uma vez que “[...] a maior ou menor amplitude da abrangência desse conceito repercutirá diretamente na aceitação ou não da autonomia do dano temporal”. (2015b, p. 470). Nesse sentido:

[...] percebe-se que, no STJ, o dano moral em sentido amplo segue tendência de especificação enquanto sinônimo de dano imaterial e extrapatrimonial. Porém, como dano moral em sentido estrito, as decisões do STJ visualizam tal conceito geralmente no dano moral-psicológico (pelo qual se fala em *pretium doloris* – vide REsp 56.288/RJ) e no dano moral objetivo – dano à honra objetiva, à boa fama, o qual é muito citado na avaliação do dano moral contra pessoas jurídicas (ex.: AgRg no AREsp 621.401; AgRg no REsp 662519; e REsp 1.407.907). Por outro lado, outras categorias vêm sendo separadas desse dano moral em sentido estrito, como ocorreu com o dano estético e parece ser a tendência também do dano à chance – estas últimas categorias somente podem se integrar, como espécie, categoria mais abrangente: danos imateriais, extrapatrimoniais (não econômicos) ou morais em sentido amplo. (MAIA, 2015b, p. 471).

Com efeito, a interpretação dada pelo STJ aos danos morais em sentido amplo e a vinculação de outros danos extrapatrimoniais como uma espécie de categoria, como ocorre nos casos de danos morais em sentido estrito e os danos estéticos, corrobora para uma melhor aceitação da tese de autonomia do dano temporal, o qual poderá estar ao lado dessas subdivisões do dano moral em sentido amplo. Nesse passo, “[...] a autonomia do dano temporal é compatível com a percepção em sentido amplo vigente hoje no STJ e com a respectiva tendência de especificação”. (MAIA, 2015b, p. 471).

Seguindo a linha de raciocínio do multicitado autor e sendo o tempo um bem jurídico intangível, ou seja, imaterial, a sua autonomia em relação ao dano moral em sentido estrito, tal como ocorre com o dano estético e com a perda de uma chance, é plenamente possível, uma vez que o dano não decorrerá do abalo psicológico ou da ofensa à honra, mas sim da perda efetiva do tempo em decorrência de um ato ilícito praticado.

Aprofundando o presente posicionamento, pode-se, ainda, comparar as características do dano temporal com as da perda de uma chance, obtendo a seguinte conclusão, qual seja, tanto o dano temporal quanto a perda de uma chance podem, a depender do caso concreto, serem classificados como danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, conforme dispõe o enunciado 444 da V Jorna de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, já apresentado na seção 2.2.1. Tal similitude ocorre devido ao fato de que o dano temporal poderá causar reflexos na esfera patrimonial da vítima, conforme visto na seção anterior.

Entretantes, necessário apresentar as lições de Guglinski (2015, p. 149), que leciona que “modernamente, o dano moral deve ser compreendido sob duplo aspecto: (i) como violação da dignidade humana (sentido estrito) e (ii) como violação dos direitos de personalidade de um modo geral (sentido amplo)”.

Nesse viés, Guglinski (2015, p. 131) relata que a situação de “[...] impor ao consumidor a perda de seu tempo na solução das respectivas demandas de consumo afigura-se verdadeira ofensa aos direitos de personalidade, o que, em última análise, tem sido entendido como causa de dano moral”.

Verifica-se, que o citado autor adere a tese de que o dano temporal é fator para caracterização de dano moral, ou seja, caso ocorra a perda do tempo útil e/ou livre do consumidor, este, provavelmente, sofrerá abalo psicológico, reforçando, por tal motivo, a vinculação aos danos morais. (GUGLINSKI, 2015, p. 150). Arrebatando o citado autor que “[...] a perda do tempo gerada pela necessidade de se buscar a satisfação do direito junto ao Poder Judiciário é fato gerador de dano moral”. (2015, p. 151). Justificando o seu posicionamento em razão de que:

“[...] ainda que se considere a autonomia do dano temporal [...] a prática demonstra que tal fato é capaz de provocar no consumidor sensações desagradáveis, como raiva, irritação, angústia, frustração etc., o que, em última análise, caracteriza ofensa à dignidade humana”. (2015, p. 154-155).

Entretanto, como já exposto anteriormente, a ocorrência de dano temporal sem que haja necessariamente abalo psicológico é plenamente possível, por esta razão não se pode concordar com o posicionamento acima.

Em contrapartida ao posicionamento de Guglinski, Borges (2017, p. 195) se posiciona ao lado daqueles que defendem a autonomia do dano temporal, admitindo ainda a sua cumulação com os danos morais (este em sentido estrito). Concluindo o citado autor que:

[...] entende-se que o *dano temporal* se trata de uma nova categoria de dano e a sua violação é indenizável a qualquer pessoa, não devendo se limitar somente ao consumidor, mas em todas as demais hipóteses em que ocorra uma superação da fronteira do mero dissabor da vida. (2017, p. 196).

Desta feita, resta plenamente possível a interpretação do dano temporal como modalidade autônoma, desvinculada de outras espécies de dano, o que se deve ponderar é estabelecer com maior clareza a barreira entre o mero dissabor e o dano indenizável.

Inobstante ao posicionamento de Borges, Terra (2015) ao comentar uma sentença da comarca de Jales do Estado de São Paulo, a qual adiante será melhor analisada, em que o magistrado aderiu à autonomia do dano temporal emite a seguinte perspectiva:

Não se pode, no entanto [...] concordar com a tese exposta. No Brasil, ou bem o dano é moral, por resultar de lesão à dignidade da pessoa humana, ou é material, decorrente de lesão ao patrimônio da vítima. Em uma das duas categorias a lesão há de ser enquadrada". (2015, p. 215).

Acrescentando, ainda, a citada autora que o fornecedor, ao violar deveres contratuais impondo ao consumidor a perda de seu tempo para resolver a demanda, dá ensejo apenas a uma nova circunstância para a ocorrência de dano moral, qual seja, a violação à liberdade do consumidor. (2015, p. 216). Concluindo que:

O chamado desvio produtivo de tempo, ou perda do tempo livre, não decorre da identificação de novo interesse juridicamente tutelado, senão da lesão a interesse há muito protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro: a liberdade. O fornecedor, ao violar seu dever contratual e impor ao consumidor dedicação de tempo desproporcional à solução de vício no produto ou serviço, causa lesão à sua liberdade, a ser cabalmente indenizada. Trata-se, portanto, de suporte fático de dano moral. (TERRA, 2015, p. 219).

Percebe-se que a posição da multicitada autora se assemelha ao de Guglinski, uma vez que ambos defendem a vinculação da perda injusta do tempo aos danos morais em sentido estrito. Aduzindo a autora o dano temporal representa uma nova face dos danos morais, em decorrência da violação da liberdade do consumidor.

Entretanto, o presente ensaio filia-se a autonomia do dano nos termos das lições de Maia e Borges, anteriormente citados, haja vista que a conduta lesiva do fornecedor não viola apenas o direito de liberdade do consumidor, retira-lhe parcela de seu bem jurídico denominado tempo, o que para alguns é o mais precioso bem que o ser humana carrega consigo.

A par do posicionamento de parte da doutrina a respeito da autonomia do dano temporal, necessário, agora, identificar como a temática vem sendo abordada na jurisprudência nacional, esse será, portanto, o objeto de pesquisa da próxima seção deste ensaio.

5.3 O DANO TEMPORAL NA JURISPRUDÊNCIA

Nas seções anteriores deste capítulo, pôde-se observar as características do dano temporal e o posicionamento de alguns doutrinadores a respeito da sua autonomia ou não em relação ao dano moral em sentido estrito, adiante o objetivo do estudo migra o seu olhar para a jurisprudência pátria, buscando o entendimento adotado pelos Tribunais acerca do tema.

Nesse sentido, realizou-se a pesquisa jurisprudencial pela internet, nos sítios dos Tribunais de Justiça dos 26 (vinte e seis) Estados, além do Distrito Federal, buscando decisões de segundo grau, incluindo das Turmas Recursais, utilizando-se como palavras-chaves na busca as expressões: “dano temporal”, “perda de tempo útil” e “desvio produtivo do consumidor”. A escolha desses termos se deu porque ambos se referem ao objeto de estudo do presente ensaio, qual seja, a subtração indevida do tempo.

Esclarece-se, que a presente pesquisa não teve a intensão de formar uma análise quantitativa dos julgados encontrados, mas, sim, analisar de forma qualitativa o seu conteúdo, apresentando-se nesta seção parte dos resultados encontrados.

Nesse passo, extrai-se da jurisprudência um panorama geral sobre como os Tribunais de Justiça estão aplicando o dano temporal, seja em razão da perda do

tempo útil e/ou livre ou pelo desvio produtivo do consumidor e se o mesmo origina ou não dano autônomo.

Nessa senda, verificou-se que o Desembargador Gelson Rolim Stocker, do TJ do RS, ao analisar os pedidos cumulativos de dano moral e temporal em uma ação reparatória movida contra uma empresa de telefonia discorreu sobre a autonomia do dano no seguinte sentido:

Quanto ao pleito da parte autora pelo reconhecimento do dano temporal como dano exclusivo e independente, entendo que o pedido não merece prosperar porque o referido critério foi utilizado como meio quantificador do dano imaterial. No caso em tela, a perda do tempo útil utilizado para solução do problema e a condição de gestante da parte, gerado pelo ato ilícito, estão incluída no conjunto de situações levadas em consideração quando se arbitrou o valor indenizatório do dano moral. Portanto, o prejuízo temporal e a situação pessoal estão quantificados na indenização, até pelo valor fixado, haja vista terem sido parâmetros que definiram o valor da indenização pelo dano imaterial. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Ao final, o acórdão recebeu a ementa parcialmente reproduzida abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. SERVIÇO DE TELEFONIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANO IMATERIAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA NA SERASA. DANO IMATERIAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. [...]. **III. Valor da indenização corretamente fixado na sentença, pois o dano "temporal" alegado foi causa de quantificação do valor do dano imaterial fixado e o foi corretamente.** APELOS DESPROVIDOS. (RIO GRANDE DO SUL, 2017, grifo nosso).

Nesse mesmo viés, o douto relator considerou a perda involuntária do tempo do autor da ação como fator de configuração de danos morais, com o mesmo posicionamento tem-se os julgados do mesmo Tribunal: 7100440642, 71004442943 e 71003680824.

O TJ de Santa Catarina interpreta o dano temporal pela mesma perspectiva acima, destacando-se o voto do Des. Sebastião César Evangelista divergindo do posicionamento de Maia ao relatar a apelação cível n. 2007.060473-7:

Registre-se que, com a devida vênia, não se está a acompanhar o citado autor na caracterização do "dano temporal" como uma categoria autônoma. O que se acompanha é seu raciocínio no sentido de que o desperdício de tempo a que foi sujeitado o consumidor deve ser considerado como um elemento importante na caracterização do dano moral. (SANTA CATARINA, 2017a).

Em outro julgado, o citado Des. do Tribunal Catarinense manteve a tese acima, conforme se extrai da ementa abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE APARELHO CELULAR. DEFEITO. PRODUTO ENCAMINHADO À ASSISTÊNCIA TÉCNICA. ATRASO INJUSTIFICÁVEL. [...] DESÍDIA DO FORNECEDOR. DANO MORAL CONFIGURADO. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA EM RELAÇÃO AO VALOR INDENIZATÓRIO FIXADO. MANUTENÇÃO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. [...]. A demora injustificada ao cumprimento dos deveres inscritos no art. 18 do CDC é fato antijurídico que, observadas as circunstâncias do caso concreto, é passível de gerar dever de reparação. O tempo subtraído de horas de lazer ou de trabalho, a decepção e a angústia geradas por repetidas e infrutíferas diligências administrativas e o tratamento pouco digno conferido ao consumidor são fatos que, no conjunto, representam dano moral indenizável. [...]. (SANTA CATARINA, 2017b).

Nesse diapasão, no TJ Catarinense acompanham o entendimento do eminente Des., entre outras, as Apelações Cíveis n.ºs: 0016164-94.2010.8.24.0018, da lavra da Desa. Subst. Bettina Maria Maresch de Moura; 2015.050624-7, da lavra do Des. Alexandre D'Ivanenko, o qual acrescenta “como se vê, seguindo-se a doutrina da reparação integral (apregoadada no artigo 6º, VI, da Lei n. 8.078/1990), passível de compensação pecuniária a ofensa à dignidade do consumidor, que usurpa despropositadamente o tempo”. (SANTA CATARINA, 2017c).

De igual forma, o TJ do Estado do Rio de Janeiro adere a tese de que o dano temporal não caracteriza uma nova modalidade de dano, mas pressuposto para ocorrência do dano moral, bem como para o dano material à pessoa jurídica, conforme julgado parcialmente transcrito abaixo:

Como é cediço, a tese da responsabilidade civil pautada na usurpação indevida do tempo ou responsabilidade civil pela perda do tempo livre não caracteriza uma nova categoria de dano indenizável, incidindo tão somente como dano moral in re ipsa ou presumido.

Outrossim, deve ser ressaltado, como acima exposto, que o tempo é passível de valoração, sendo indubitoso que se constitui em bem jurídico de inegável valor econômico, e, portanto, capaz de ser reconhecido no plano dos direitos patrimoniais, mormente quando se refere a pessoa jurídica.

Significa dizer que o desvio produtivo de um funcionário da empresa para resolução dos problemas ocasionados pelo fornecedor de produto e ou serviço, deve ser considerado na categoria dos danos materiais, desde que avaliado pecuniariamente por critérios objetivos, como restou demonstrado nestes autos. Aliás, vale o registro que “nos dias atuais o tempo configura-se no bem mais valioso”. Sendo que tal expressão não equivale a uma metáfora, mas, efetivamente, está se referindo a um bem de valor patrimonial, sujeito a

valoração econômico-financeira, vez que indubitavelmente pode ser mensurado. (RIO DE JANEIRO, 2017).

Destarte, o julgado acima reflete o alcance da importância da valoração do tempo como bem jurídico, não apenas na esfera subjetiva da pessoa natural, como fator de caracterização de dano moral, mas de forma objetiva, o valor da reparação pela perda do tempo foi aquele obtido do produto de um cálculo matemático e não sobre os ditames dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, por exemplo.

Seguindo-se na análise do posicionamento dos Tribunais acerca do dano temporal, verifica-se que a corte Mineira mantém o mesmo posicionamento dos vistos anteriormente, apresentando-se a título de exemplo a ementa abaixo transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - SUCESSIVAS COBRANÇAS INDEVIDAS - FRUSTRAÇÃO DE SOLUÇÃO DA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NA ESFERA ADMINISTRATIVA E JUNTO A ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR - PERDA DE TEMPO ÚTIL - DANO MORAL - OCORRÊNCIA - PERDA DE TEMPO ÚTIL - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE. Para que se condene alguém ao pagamento de indenização, seja por dano moral, seja pelo de caráter material, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. O tempo útil ou produtivo, hoje, pode ser tido como um bem jurídico (implícito), merecedor de tutela jurisdicional e somente o seu titular pode dele dispor. Sendo assim, aquele que, injustificadamente, se "apropria" ou "subtrai" tempo alheio, causa lesão, que, ultrapassada as raias da razoabilidade, perturbando a paz e a tranquilidade de espírito, rende ensejo a dano moral, passível de indenização compensatória. Portanto, a perda de tempo útil ou produtivo do autor, na busca para solucionar, administrativa e judicialmente, o problema, constitui situação de flagrante desrespeito àquele, na qualidade de consumidor, sendo passível de reparação, mediante o recebimento de indenização por danos morais, razão pela qual merece ser mantida a sentença, neste particular. [...]. (MINAS GERAIS, 2017).

Em defesa da autonomia do dano temporal em relação ao dano moral, o juiz de Direito da comarca de Jales/SP prolatou a sentença parcialmente transcrita abaixo:

Já, quando em jogo o desperdício de tempo produtivo, o consumidor é violado na sua essência imutável, de carregar consigo a possibilidade de sentir e viver as mudanças da vida, as mudanças da vida que só o desfrute do tempo poderá propiciar-lhe.

É por isso que, ao contrário do que se passa na reparação dos danos morais, a reparação pelo desperdício de tempo produtivo envolverá, sempre, a conjugação de vários direitos da personalidade, indevidamente violados: liberdade, trabalho, lazer, às vezes saúde, convivência familiar, estudos.

Assim, enquanto na reparação dos danos morais a violação de vários direitos da personalidade é *contingente*, pode ou não ocorrer, na reparação pelo tempo desperdiçado, ao contrário, é *imane*nte, pois sempre envolverá o menoscabo a vários direitos da personalidade.

[...]

A autonomia do direito à proteção do tempo útil ou produtivo concretiza a função compensatória e punitiva da responsabilidade civil, bem assim o princípio do solidarismo consumerista, neste último caso quando envolver distribuição de renda de grandes corporações econômicas para os consumidores.

Em nosso sistema, já se reconhece a autonomia dos danos materiais e morais (STJ, Súmula 37), bem assim a autonomia dos danos estéticos em relação aos danos morais (STJ, Súmula 387).

[...]

Daí que a autonomia do direito à reparação pelo tempo útil ou produtivo desperdiçado confere inegável realização do sistema de proteção do direito do consumidor.

[...]

Consideramos a reparação por desperdício de tempo útil hipótese de reparação autônoma. Não obstante, a jurisprudência considera situação de dano moral, uma evolução já no tratamento do tempo. [...]. (SÃO PAULO, 2017a, grifo do autor).

No âmbito judiciário, a fundamentação parcialmente transcrita acima da sentença que condenou uma agência bancária em danos morais pela demora no atendimento e a defesa da autonomia do dano temporal constante na mesma de forma tão detalhada representa um importante passo no debate acerca da proteção jurídica do tempo de forma autônoma, uma vez as decisões de 2º grau acerca do tema estão voltadas em direção contrária.

Em derradeiro, constata-se que a valoração do tempo como bem jurídico protegido é realidade em quase todo território nacional, entretanto, os Tribunais de Justiça ainda não caracterizam o dano de forma autônoma, desvinculado dos danos morais, mas como fundamento para ocorrência deste.

De mais a mais, após a análise do dano temporal e o posicionamento de parte da doutrina e da jurisprudência, o presente ensaio passará a analisar a relação entre as operadoras de planos de saúde e seus consumidores, para ao final, constatar-se o dano temporal incide sobre este ramo de prestação de serviço.

6 AS RELAÇÕES ENTRE AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E SEUS CONSUMIDORES E A OCORRÊNCIA DO DANO TEMPORAL

Antes de adentrar à análise sobre o tema proposto no presente capítulo imperioso traçar o cenário do sistema de saúde no Brasil. Para tanto, apresentar-se-ão a seguir algumas considerações acerca do Sistema Único de Saúde, bem como do Sistema de Saúde Suplementar regulado pela ANS.

6.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A saúde é direito de todos e dever do Estado, assim começa o artigo 196 da CF/88, mas diante da presente afirmação indaga-se o que é saúde? A OMS estabelece que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2017). Entretanto, “por mais superficial que se possa constituir, qualquer investigação em torno do direito à saúde é bastante para afirmar a complexidade e a diversidade de ações e prestações que compõem o conteúdo desse direito fundamental”. (FIGUEIREDO, 2007, p. 81). Scliar acrescenta que:

O conceito de saúde reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural. Ou seja: saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas, filosóficas. (2007, p. 30).

A CF/88 não definiu o conceito de saúde, estabelecendo-se, entretanto, formas de assegurá-la, como se extrai do artigo 196 abaixo transcrito:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Nessa senda, a CF/88 ainda assegura que a saúde é um direito fundamental e social nos termos do seu artigo 6º: “são direitos sociais a educação, a saúde, [...], na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988). Por ser um direito fundamental, a saúde tem como característica uma dimensão defensiva e outra

prestacional. Schwartz e Bortolotto afirmam essas características quando enfatizam que:

Os tribunais têm, na maioria das vezes, conseguido extrair da norma constitucional definidora do direito à saúde inúmeras obrigações – negativas ou positivas, onerosas ou não-onerosas – do Poder Público, independentemente de existir legislação dispendo sobre a matéria. (2008, p. 263-264).

Percebe-se que, ao Poder Público cabe garantir a plena execução da saúde, contudo, esse posicionamento foi fruto de diversos avanços do papel do Estado frente à saúde pública, nesse passo, merece destaque neste ensaio um breve resumo acerca dos avanços na área da saúde.

O ministro Luís Roberto Barroso, ainda enquanto membro do Ministério Público do Rio de Janeiro, escreveu primoroso e minucioso artigo relacionado à efetividade e judicialização da saúde, no qual relatou que o sistema básico de saúde pública no Brasil estruturou-se a partir da década de 1.930, época em que o Estado começou a realizar ações curativas e não apenas o modelo “campanhista” utilizando-se da força policial para combater epidemias, nesse novo período criou-se o Ministério da Educação e Saúde Pública, bem como os Institutos de Aposentadoria e Pensão - IAPs. Entretanto, essas ações curativas eram voltadas apenas aos trabalhadores que contribuía para a Previdência. (2009, p. 39-40).

Durante o regime militar os IAPs foram unificados para criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, sendo que esse novo instituto contava com Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social, todavia, tais serviços continuavam a disposição apenas dos trabalhadores urbanos com registro em carteira, os quais eram contribuintes e beneficiários dentro dessa nova sistemática. Aos excluídos desse sistema (parcela considerável da população brasileira) restava a caridade pública. (BARROSO, 2009, p. 39-40).

O citado autor relata, ainda, que a estrutura acima só se modificou após o fim da ditadura e a conseqüente redemocratização do país, nesse cenário a universalização da saúde passa a ser debatida com maior ênfase, atingindo seu auge na Assembleia Constituinte com a criação do Sistema Único de Saúde. (2009, p. 39-40).

Com o advento da CF/88, a saúde pública é reformulada, sendo descrita no texto constitucional na seção II, do capítulo II, do título VIII – da Ordem Social, entre os artigos 196 e 200, destacando-se o disposto no artigo 198 abaixo transcrito:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade. (BRASIL, 1988).

Nessa senda, surge o Sistema Único de Saúde, sendo o mesmo regulamentado posteriormente pela lei n.º 8.080 de 1990, a qual dispõe em seu artigo 4º que o SUS é “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público [...]”. (BRASIL, 1990b). Nesse sentido, tem-se que a saúde pública deve ser exercida pelos três entes públicos, União, Estados e Municípios, legislando de acordo com a competência concorrente estabelecida pelo inciso XII¹⁸, do artigo 24 c/c com o inciso II¹⁹ do artigo 30, ambos da CF/88, ou ainda gerindo e executando o sistema de acordo com inciso II²⁰ do artigo 23 da CF/88.

Analisando-se, ainda, a lei 8.080/90 verifica-se que, diferentemente dos sistemas anteriores, o SUS tem como princípio a universalidade, ou seja, não há mais qualquer restrição aos seus beneficiários, bem como estabelece a subsidiariedade e a municipalização dos serviços, prevendo o município como ente responsável pela execução dos serviços de saúde à população. (BARROSO, 2009, p. 41).

No entanto, o sistema público de saúde enfrenta sérios problemas, uma vez na prática os princípios e diretrizes do SUS estão longe serem alcançados,

¹⁸ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

¹⁹ Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

²⁰ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (BRASIL, 1988).

indagando-se se o referido sistema não seria uma utopia à realidade posta diante da população, eis que esta padece por qualidade nos serviços relacionados à saúde. Sendo que o resultado da ineficiência desse sistema acarreta na crescente migração de parte de seus usuários para o sistema de saúde suplementar, ou seja, os planos de saúde, regulados pela ANS. (CORDEIRO; SANTOS; CARNEIRO NETO, 2012, p. 41). Assim, necessário, agora, estudar esse sistema de saúde suplementar de acordo com a próxima seção do presente ensaio.

6.2 SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

O sistema de saúde suplementar no Brasil, tal como o sistema público, sofreu nas últimas décadas grandes alterações legislativas. Gregorini (2010, p. 31) relata que preliminarmente a institucionalização desse sistema, a prestação de serviços relacionados à saúde se deu através de instituições filantrópicas organizadas pela própria comunidade, surgindo o sistema suplementar oficialmente nas décadas de 1.920 e 30 com a assistência médica privada direcionada ao trabalhador.

Nessa esteira, surge a Caixa de Aposentadoria e Pensão – CAP nas empresas de estrada de ferro do país por determinação da lei Eloy Chaves, sendo que, posteriormente, atingiu outros seguimentos de trabalhadores. As CAPs tinham o objetivo de custear a assistência privada à saúde dos trabalhadores exercida pelo setor privado. Já nas décadas de 1.950 e 60 outras empresas do setor público e do privado adotaram formas de custear a assistência médica privada, como exemplo a Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil, sendo que no início da década de 70 ocorre a adesão em maior número aos planos de saúde privados através de convênios entre os empregadores e as empresas médicas, tendo como região precursora o ABC paulista através da indústria automobilística (GREGORINI, 2010, p. 31-32).

Com relação aos instrumentos normativos do sistema privado de saúde, inicialmente destaca-se a utilização do Código Civil de 1916. (GAMA; MELO; GUSSEM, 2015, p. 157). Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 73 de 1966 passou a regular a comercialização de planos e seguros de saúde, com a expansão do setor de saúde suplementar citada anteriormente, houve, por consequência, aumento nos problemas decorrentes dessa nova modalidade de relação de consumo, com o

advento do CDC em 1990, este passou a ser utilizado como ferramenta de acesso à decisões judiciais favoráveis aos consumidores. (SATO, 2007, p. 53).

Atualmente, a saúde suplementar está regulamentada pela lei n.º 9.656 de 1998, a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, que em seu artigo 1º estabelece:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

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

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

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

[...] (BRASIL, 1998c).

Com efeito, a lei trouxe novas regras e conceitos acerca da saúde suplementar, tornando esse sistema mais eficaz e aumentando a proteção aos consumidores. A nova lei incluiu o atendimento para todas as doenças constantes do Código Internacional de Doenças, a impossibilidade de negar atendimento em razão de doenças pré-existentes, bem como o ressarcimento ao SUS pelos atendimentos prestados aos clientes das operadoras de planos de saúde. (SATO, 2007, p. 53).

Com o advento da nova lei, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS é regulamentada com o resultado da conversão da Medida Provisória n.º 2.012-2 na lei n.º 9.961, ambas editada no ano de 2000. De acordo com o artigo 1º da citada lei, a ANS surge “[...] como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”. (BRASIL, 2000). Tendo no seu artigo 3º a definição de sua finalidade institucional como sendo a de “[...] promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores

e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”. (BRASIL, 2000).

Cabe registrar que, a ANS regula apenas as operadoras de planos de saúde não interferindo em outros de setores da saúde como hospitais, medicamentos ou outros prestadores de serviços, sendo a mesma “[...] uma autarquia, sob regime de natureza especial, vinculada ao Ministério da Saúde, subordinada às diretrizes fixadas pelo Consu²¹. Sua atuação é controlada por um Contrato de Gestão, firmado com o Ministério da Saúde e aprovado pelo Consu”. (GREGORINI, 2010, p. 70).

Assim, percebe-se que a atuação das operadoras de planos de saúde será fiscalizada pela ANS, cabendo à ela elaborar normas, políticas e diretrizes gerais para regulação do setor de saúde suplementar, além de estabelecer características gerais dos contratos utilizados pelas operadoras, dentre diversas outras atividades descritas no artigo 4º da lei n.º 9.961 de 2000.

Feito o breve relato das características gerais do sistema de saúde suplementar vigente no Brasil, o presente ensaio abordará adiante as principais considerações acerca relação jurídica firmada entre as operadoras de planos de saúde e seus pacientes.

6.3 AS RELAÇÕES ENTRE AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E SEUS CLIENTES

Como visto acima, o sistema de saúde suplementar atualmente é regido pela lei n.º 9.656 de 1.998, bem como regulado pela ANS, nesse passo, necessário verificar se a relação jurídica existente entre a operadora de plano de saúde e seu paciente está inserida dentro do código consumerista, uma vez que os papéis de fornecedor e consumidor estão presentes e há a aquisição onerosa do serviço de plano de saúde por este.

Nessa senda, o CDC define o conceito de consumidor nos seguintes dispositivos:

²¹ “O Consu é o órgão governamental com competência deliberativa, nas questões relacionadas à prestação de serviços de saúde suplementar, para ‘estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar, bem como fixar as diretrizes gerais para a implantação do setor de saúde suplementar’, ou seja, tem como atribuição fixar as políticas públicas a serem executadas pela Agência”. (GREGORINI, 2010, p. 70).

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

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

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. (BRASIL, 1990a).

Dos dispositivos acima, o artigo 2º refere-se ao conceito geral de consumidor, mais restrito, ampliando-o no artigo 17, que trata do consumidor por equiparação nos casos de responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, e no artigo 29, que trata da equiparação nos casos relacionados às práticas comerciais. (GREGORINI, 2010, p. 112-113).

Nesse sentido, consumidor é o destinatário final do produto ou serviço, o que, nos moldes da teoria finalista²², representa ser “aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja pessoa jurídica ou física”. (MARQUES, 2011, p. 305, grifo do original).

Quanto à definição de fornecedor, a mesma encontra-se lançada no artigo 3º do CDC, juntamente com a definição de produto e serviço:

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. (BRASIL, 1990a).

Verifica-se que, o conceito de consumidor dado pelo legislador é novamente amplo, lecionando Marques, (2011, p. 407) que “[...] o critério caracterizador é desenvolver *atividades tipicamente profissionais*, como a comercialização, a produção, a importação, [...]”. Acrescentado, ainda, a citada autora que “[...] a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação

²² Em contrapartida à teoria finalista, tem-se a Maximalista, a qual define o consumidor de forma mais abrangente, uma vez que “destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar [...]”. (MARQUES, 2011, p. 306, grifo do original). Enquanto que para a teoria finalista, o consumidor não poderá dar destinação econômica ao produto adquirido.

mais aberta, mencionando apenas o critério de desenvolver *atividades de prestação de serviços*”. (2011, p. 408).

Nesse sentido, a jurisprudência da corte da cidadania coaduna com o posicionamento acima nos termos da súmula 469: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”. Como exemplo, cita-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
 CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.078/1990.
 SÚMULA Nº 469/STJ.
 COBERTURA DE MEDICAMENTO IMPORTADO. INTERPRETAÇÃO DE
 CLÁUSULA CONTRATUAL. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE.
 SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ.
 1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de
 saúde. Súmula nº 469/STJ.
 2. Quando as conclusões da Corte de origem resultam da estrita análise das
 provas carreadas aos autos, das circunstâncias fáticas que permearam a
 demanda e da interpretação de cláusulas contratuais, não há como rever o
 posicionamento em vista da aplicação das Súmulas nºs 5 e 7/STJ.
 3. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2017b).

Nesse passo, não apenas a relação de consumo é reconhecida entre consumidores e operadoras de planos de saúde, mas, também, a vulnerabilidade daquele frente a esta, nesse sentido tem-se as lições de Luiz Guilherme de Andrade V. Loureiro nos seguintes termos:

Com efeito, a Lei nº 9.656/98, seguindo a jurisprudência já dominante, adota o “princípio da vulnerabilidade do consumidor”, que pode ser considerado basilar e matriz de todos os outros princípios informativos do sistema consumerista. O segurado é considerado a parte mais fraca contrato de seguro-saúde, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de pessoa física ou jurídica. (2000 Apud FIGUEIREDO, 2006, p. 180-181).

Nesse passo, a vulnerabilidade descrita acima se amolda ao conceito de vulnerabilidade legal previsto no inciso I, do artigo 4º do CDC, acrescentando ainda Figueiredo (2006, p. 181) que “aplicam-se os conceitos de consumidor hipossuficiente e de fornecedor, a justificar a tutela do Estado, em função da qual deve ser assegurado um conjunto mínimo de direitos como técnica de garantia de tratamento isonômico, bem como de correção de falhas de mercado”.

Desta feita, estando presentes as figuras do fornecedor, do consumidor e a aquisição onerosa por parte deste de serviço estar-se-á diante de uma relação de consumo protegida, portanto, pelo CDC. Após a presente constatação, necessário

verificar a forma de contratação dessa espécie de serviço, conforme será estudado a seguir.

6.3.1 A adesão aos contratos de planos de saúde

O início do vínculo jurídico entre a operadora de plano de saúde e seus consumidores se dá com a adesão deste ao contrato, nesse instrumento “a prestação de assistência à saúde firmada entre fornecedor e consumidor se dá por meio de um contrato, denominado de plano ou seguro-saúde”. (GREGORINI, 2010, p. 139).

Nessa senda, a relação jurídica inicia-se com o referido contrato de plano de saúde, o qual o consumidor vincula-se por meio de uma adesão, uma vez que todas as cláusulas desse instrumento estão padronizadas e preestabelecidas pelo fornecedor. (GREGORINI, 2010, p. 140). Figueiredo, por sua vez, aduz que:

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 uma contraprestação pecuniária e periódica, ao passo que aquele 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. (2006, p. 183).

Com efeito, esses contratos bilaterais geram obrigações para ambas as partes, o consumidor assume o compromisso de pagar uma mensalidade e a coparticipação, quando estipulada, e o fornecedor se compromete a fornecer os serviços médicos e hospitalares previstos contratualmente (GREGORINI, 2010, p. 140).

Ademais, os contratos de planos de saúde vigoram por prazo indeterminado e são denominados de trato sucessivo, haja vista se perpetuarem no tempo, outra característica dessa espécie de contrato é a posição de dependência do paciente em relação à operadora. (GREGORINI, 2010, p. 140-141).

Nessa senda, a contratação de plano de saúde pode ocorrer a partir três formas distintas, a saber: individual, familiar ou coletivo. Nas contratações individuais e familiar o próprio consumidor/paciente e seus dependentes, caso assim opte, aderem livremente à uma das modalidades de planos oferecidas pela operadora, já os contratos coletivos, há a adesão coletiva empresarial, ou seja, o

consumidor/paciente encontra-se vinculado ou, então, vincula-se a uma empresa que adere ou já aderiu a determinado plano de saúde. (GREGORINI, 2010, p. 153).

Destarte, ponto polêmico a respeito dos planos de saúde refere-se ao seu reajustamento, situação na qual se comprova ainda mais a hipervulnerabilidade dos pacientes frente as operadoras de planos de saúde. Nesse sentido, abaixo será disposto as últimas duas alterações sobre as faixas etárias e o percentual de reajuste na transposição entre elas. O primeiro disposto destacado é o artigo 15 da lei n.º 9.656/1998:

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. (BRASIL, 1998c).

Assim, a regulação das faixas etárias e do percentual do reajuste é regulamentado pela ANS, conforme disposto no artigo acima, nesse passo, a Resolução do Consu n.º 06 de 1998 dispõe em seu artigo 1º e 2º:

Art. 1º Para efeito do disposto no artigo 15 de Lei 9.656/98, as variações das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de planos ou seguros privados a assistência à saúde, observando-se as 07 (sete) faixas etárias discriminadas abaixo:

I - 0 (zero) a 17 (dezesete) anos de idade;

II - 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos de idade;

III - 30 (trinta) a 39 (trinta e nove) anos de idade;

IV - 40 (quarenta) a 49 (quarenta e nove) anos de idade;

V - 50 (cinquenta) a 59 (cinquenta e nove) anos de idade;

VI - 60 (sessenta) a 69 (sessenta e nove) anos de idade;

VII- 70 (setenta) anos de idade ou mais.

Art. 2º - As operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde **poderão adotar por critérios próprios os valores e fatores de acréscimos das contraprestações entre as faixas etárias, desde que o valor fixado para a última faixa etária, não seja superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária**, obedecidos os parâmetros definidos no Art. 1º desta Resolução. (BRASIL, 1998b, grifo nosso).

Nesse passo, a regra acima de divisão das faixas etárias em sete categorias, sendo duas delas após o paciente atingir os sessenta anos de idade era muito prejudicial ao idoso, uma vez que os seus reajustes eram os maiores, tendo em vista a regra dos percentuais máximos estabelecidos no artigo 2º da referida resolução. Ocorre que, com o advento do Estatuto do Idoso, instituído pela lei n.º

10.741/2003, o qual estipulou no § 3^o²³, do seu artigo 15, que não poderia haver a discriminação do idoso por conta da sua idade, a agência de regulação teve que alterar as faixas etárias estabelecidas anteriormente através da Resolução Normativa RN n.º 63 de 2003, a qual dispôs sobre a matéria em seu artigo 1º, 2º e 3º, abaixo transcritos:

Art. 1º A variação de preço por faixa etária, nos contratos de planos privados de assistência à saúde firmados a partir de 1º de janeiro de 2004, deverá observar o disposto nesta Resolução.

Art. 2º Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela:

I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;

II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;

III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;

IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;

V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;

VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;

VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;

VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;

IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;

X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições:

I - o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária;

II - a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

III - as variações por mudança de faixa etária não podem apresentar percentuais negativos. (BRASIL, 2003a).

Com efeito, observa-se que a nova regra limitou a alteração dos valores das mensalidades de planos de saúde aos idosos, sendo que, a última alteração possível ocorre aos 59 anos, extrai-se também que de sete faixas etárias existentes, a agência reguladora aumentou para dez, o percentual de aumento da primeira faixa para a última ainda permaneceu alto, seis vezes, mas ocorreu a limitação de aumento das últimas faixas, conforme dispõe o inciso II, do artigo 3º, acima transcrito.

Noutro viés, no contrato entre a operadora de plano de saúde e o paciente também deve se fazer constar a estipulação quanto à sua abrangência geográfica, o que corresponde ao recorte territorial em que o beneficiário do plano poderá ser

²³ Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.
§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. (BRASIL, 2003b).

atendido, existindo as seguintes divisões: cobertura municipal, intermunicipal, estadual, interestadual e nacional, sendo que as coberturas intermunicipal e interestadual correspondem a um número determinados de municípios ou estados. (FIGUEIREDO, 2006, p. 194).

Ademais, o contrato de plano de saúde, mesmo sendo de cunho patrimonial, apresenta também aspectos existências, uma vez que o paciente deposita nesses contratos diversos sentimentos relacionados à sua existência, como a própria saúde física e psicológica. Sendo que deve haver ponderação entre essas duas perspectivas, uma vez que o direito à saúde se sobrepõe ao direito patrimonial. (GOMES, 2014, p. 227).

Nesse sentido, como mecanismo de minimizar a hipervulnerabilidade existente nessa relação, deve-se fornecer informações claras ao paciente para que este saiba a exata cobertura de assistência à saúde que o mesmo contratou, nesse caso, incidindo-se sobre a presente situação o parágrafo único do artigo 16 da lei nº 9.656/1998, abaixo transcrito:

Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações. (BRASIL, 1998c).

Ressalta-se, que o dever das operadoras de planos de saúde de fornecer as informações claras, de entregar a cópia do contrato e de que a linguagem do mesmo seja a mais acessível possível ao paciente relaciona-se com a característica de cooperação e solidariedade existente sobre essa modalidade de contrato, “[...] cuja essência é justamente o vínculo recíproco de cooperação, de interdependência de cada um de seus participantes, que têm consciência da necessidade de direcionar-se para o mesmo fim, apoiando um ao outro na busca pela realização do contrato”. (GAMA; MELO; GUSSEM, 2015, p. 170-171).

Destarte, os contratos de planos de saúde possuem mais uma ferramenta interessante, são os mecanismos de regulação, os quais podem ser caracterizados para este mercado de consumo como “[...] ferramentas contratualmente previstas, cujo efeito prático consiste em controlar, ou, conforme sugere a sua própria denominação, regular a utilização dos serviços assistências”. (DAHINTEN, A.;

DAHINTEN, B.; MARTINS, 2016, p. 112). Deste modo, esses mecanismos de regulação aparecem nos contratos de planos de saúde sob diversas formas, dentre elas podem se citar:

[..] a criação da junta médica (para resolução de divergências médicas/odontológicas de ordem técnica); implantação de sistemas de autorização prévia (exigindo, por exemplo, que os serviços sejam, como regra geral, precedidos de autorização prévia por parte do plano de saúde); as franquias (ampla e popularmente conhecidas); e as coparticipações, estas últimas o objeto deste ensaio". (DAHINTEN, A.; DAHINTEN, B.; MARTINS, 2016, p. 112-113).

Ocorre que, a intenção das operadoras de planos de saúde em implantar esses mecanismos é, como o próprio nome já informa, regular a utilização do plano pelos seus pacientes e minimizar os riscos contratualmente garantidos. (DAHINTEN, A.; DAHINTEN, B.; MARTINS, 2016, p. 113).

A forma mais comum de regulação é a cobrança de coparticipação dos pacientes, uma vez que inibem o acionamento ou ativação do plano pelos pacientes, uma vez que terão que desembolsar valores de contrapartida ao serviço utilizado. (DAHINTEN, A.; DAHINTEN, B.; MARTINS, 2016, p. 113-114).

Sucedo que, a regulação por vezes pode se tornar uma prática abusiva da operadora perante o paciente hipervulnerável, principalmente pelo sistema de autorização adotado, em que o paciente só poderá realizar determinado procedimento se obtiver uma autorização prévia. Como mecanismos de proteção ao paciente Figueiredo (2006, p. 177) estabelece uma série de dispositivos relacionados à função social do contrato de plano de assistência à saúde, o que no presente ensaio utiliza-se também como fator de reconhecimento da hipervulnerabilidade do paciente frente as operadoras de planos de saúde, sendo elas retiradas da lei n.º 9.656/98:

- a) Plano-referência: consubstanciando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da defesa do consumidor, significa garantia ao mínimo existencial e ao acesso simétrico do mercado [...] (arts. 10, 10-A, 11 e 12);
- b) Garantia de atendimento, mesmo em casos de inadimplência contratual (art. 13, parágrafo único, II);
- c) Vedação à exclusão de cobertura a doenças e lesões preexistentes (art. 11, parágrafo único);
- d) Períodos máximos de carência legalmente pré-fixados (art. 12, V);
- e) Vedação à recontagem de carência, suspensão de atendimento e rescisão unilateral de contrato (art. 13, parágrafo único);
- f) Isonomia de tratamento entre os diversos consumidores, vedando-se, expressamente, qualquer discriminação em razão da idade ou deficiência física (art. 14);

- g) Regulamentação e normatização da variação da contraprestação pecuniária em razão da faixa etária (art. 15);
- h) Rol obrigatório de cláusulas contratuais claras e obrigatórias (art. 16);
- i) Vedação à redução do porte de atendimento da rede médico-hospitalar credenciada sem prévia autorização do Poder Público (art. 17);
- j) Disciplinamento da prestação entre rede médica credenciada e os consumidores (art. 18);
- k) Garantia de internação hospitalar em acomodações superiores às contratualmente cobertas, no caso de impossibilidade destas (art. 33);
- l) Exclusividade de realização de objeto social na área de saúde suplementar (art. 34);
- m) Garantia de cobertura obrigatória nos casos de atendimentos urgentes ou emergenciais (art. 35-C). (2006, p. 177-178).

Dessa forma, o legislador procurou proteger o paciente em diversos aspectos do seu relacionamento com a operadora de plano de saúde, tentando evitar abusos e falhas na prestação de serviços.

Após a análise das disposições contratuais envolvendo as operadoras de planos de saúde e o paciente, o presente ensaio abordará a seguir as diferentes modalidades de contratações disponíveis no mercado.

6.3.2 As modalidades de contratação dos planos de saúde

As operadoras de planos de saúde podem ofertar ao mercado de consumo algumas modalidades de planos, sendo que a limitação imposta pela lei n.º 9.656/1998 é a de que todas as operadoras ofereçam o plano-referência, como padrão de referência em virtude de sua maior cobertura aos procedimentos, conforme se observa do seu artigo 12, abaixo transcrito:

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

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

[...]

II - quando incluir internação hospitalar:

[...]

III - quando incluir atendimento obstétrico:

[...]

IV - quando incluir atendimento odontológico:

[...] (BRASIL, 1998c).

Verifica-se da leitura do citado artigo que, as operadoras podem registrar e comercializar combinações de produtos, sendo oferecidos os seguintes planos: plano-

referência, como padrão de referência, compreendendo uma cobertura maior de procedimentos; o plano ambulatorial; o plano de internação hospitalar; o plano de atendimento obstétrico; e o plano de atendimento odontológico. A finalidade de tal diversificação relaciona-se com os interesses comerciais das operadoras, as quais poderão alcançar uma fatia maior ou menor do mercado de saúde suplementar dependendo do produto oferecido. (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 126).

Nesse passo, essas espécies de planos são chamadas por Figueiredo (2006, p. 187) de “cobertura assistencial”, a qual se refere o citado autor como sendo a “[...] denominação dada ao conjunto de direitos (tratamentos, serviços, procedimentos médicos, hospitalares, e/ou odontológicos) a que o usuário faz jus pela contratação de um plano de saúde”. (2006, p. 187).

Assim, o plano-referência, como já mencionado é o plano com maior cobertura e mais abrangente, inclui-se nele a assistência ambulatorial e hospitalar, com a cobertura obstétrica, e, como o próprio *caput* do artigo 12, acima transcrito determina, deve ser obrigatoriamente oferecido, excetuando-se as operadoras de planos de saúde que operem na modalidade de autogestões. (GREGORINI, 2010, p. 159).

O plano ambulatorial, por sua vez, não inclui internação, sendo oferecido apenas as coberturas a consultas, exames e demais serviços de apoio ao diagnóstico e a tratamentos realizados e consultórios e ambulatórios. Já o plano hospitalar oferece atendimento nos hospitais, com direito a internação em centros ou unidades de terapia intensiva, não se limitando o prazo dessas internações, no referido plano estão cobertas também as despesas do acompanhamento clínico, e os exames, materiais, remédios necessários durante a internação, entre outros benefícios. (GREGORINI, 2010, p. 159-160).

Com relação ao plano com atendimento obstétrico, este inclui os procedimentos previstos no plano hospitalar, acrescido dos relativos a assistência ao parto e ao recém-nascido nos seus primeiros 30 dias. O plano odontológico, refere-se à “[...] cobertura de todos os procedimentos realizados em consultório, incluindo exame clínico, radiografia, prevenção, dentística, endodontia, periodontia e cirurgia”. (GREGORINI, 2010, p. 160).

Vistas as modalidades de planos de saúde ofertadas, necessário, agora, analisar a existência de prazo de carência para a utilização do mesmo, como adiante se seguirá.

6.3.3 A carência nos planos de saúde e as doenças pré-existentes

Após a contratação do plano de saúde, o paciente não poderá desfrutar de todos os serviços contratados de forma imediata, uma vez que estará presente em seu contrato uma cláusula com os prazos de carência, o qual corresponde ao espaço de tempo entre a assinatura do contrato e a sua efetiva utilização. (FIGUEIREDO, 2006, p. 215). Nessa senda, o artigo 12 da lei 9.656/1998 define os prazos máximos de carência, senão vejamos:

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

[...]

V - quando fixar períodos de carência:

- a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;
- b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;
- c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; (BRASIL, 1998c).

Dessa forma, por expressa disposição legal, a operadora de plano de saúde não poderá ultrapassar os prazos de carências acima expostos. Entretanto, quando ocorrer de o paciente contratar o plano de saúde já com uma doença pré-existente a operadora poderá estabelecer outro prazo de carência específico para esta patologia, chamado de cobertura parcial temporária, o que para Bottesini e Machado representa:

A cobertura parcial temporária é a exclusão do tratamento integral de doenças preexistentes enquanto o usuário do plano cumpre a carência, seja em razão da adaptação de contrato anterior, sem cobertura para determinadas doenças e tratamentos, seja em razão de contrato novo, assinado a partir de 01.01.1999. (2005, p. 122, grifo do autor).

A cobertura parcial temporária está prevista atualmente na Resolução Normativa RN n.º 162 de 2007 de autoria da ANS, a qual prevê em seu artigo 2º:

Art. 2º Para fins desta Resolução, considera-se:

I - Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP) aquelas que o beneficiário ou seu representante legal saiba ser portador ou sofredor, no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, de acordo com o art. 11 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, o inciso IX do art 4º da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 e as diretrizes estabelecidas nesta Resolução;

II - Cobertura Parcial Temporária (CPT) aquela que admite, por um período ininterrupto de até 24 meses, a partir da data da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, a suspensão da cobertura de Procedimentos de Alta Complexidade (PAC), leitos de alta tecnologia e procedimentos cirúrgicos, desde que relacionados exclusivamente às doenças ou lesões preexistentes declaradas pelo beneficiário ou seu representante legal;

III - Agravo como qualquer acréscimo no valor da contraprestação paga ao plano privado de assistência à saúde, para que o beneficiário tenha direito integral à cobertura contratada, para a doença ou lesão preexistente declarada, após os prazos de carências contratuais, de acordo com as condições negociadas entre a operadora e o beneficiário; e [...] (BRASIL, 2007).

Nessa senda, pode-se concluir ser legal a imposição do prazo de 24 meses para cobertura de doenças pré-existentes, entretanto, passado este período, nada mais poderá alegar a operadora. Ocorre que, a referida legislação em nada limitou a possibilidade das operadoras de aumentarem o valor da mensalidade dos seus planos em razão dessa doença pré-existente, ou seja, o aumento relacionado ao agravo. Tal fato ocorre em razão da redação final do inciso III acima destacado e parcialmente transcrito a seguir: “de acordo com as condições negociadas entre a operadora e o beneficiário”.

Verifica-se que, o paciente, beneficiário do plano e hipervulnerável, não tem qualquer poder de negociação com a operadora, não restando outra alternativa senão a de aceitar todo e qualquer aumento relacionado à doença pré-existente. Entretanto, essa liberdade contratual das operadoras em detrimento à insegurança e fragilidade do paciente não era permitida, haja vista que todo e qualquer aumento relacionado à doença pré-existente era específico à utilização do plano em decorrência dela, no entanto, a NR 162 de 2007 acima destacada revogou essa legislação mais protetiva ao paciente constante da redação atualizada do § 4º, do artigo 4º, da resolução n.º 02 do Consu, abaixo transcrita:

Art. 4º - Sendo constatada pela operadora por perícia, ou na entrevista através de declaração expressa do consumidor, a existência de lesão ou doença, que possa gerar necessidade de eventos cirúrgicos, de uso de leitos de alta tecnologia e procedimentos de alta complexidade, será obrigatório o

oferecimento das alternativas previstas nesta regulamentação, ou seja: a cobertura parcial temporária e agravo do contrato.

§ 1º- A escolha de uma das alternativas constantes do caput deste artigo dependerá exclusivamente da decisão do consumidor por meio de declaração expressa.

§ 2º- As operadoras de planos e seguros de assistência à saúde, poderão por sua livre iniciativa oferecer cobertura total no caso de doenças e lesões preexistentes, sem qualquer ônus adicional para o consumidor.

§ 3º- No caso de aplicação da cobertura parcial temporária, as operadoras deverão considerar somente a suspensão de evento cirúrgico, de uso de leito de alta tecnologia e dos procedimentos de alta complexidade, quando relacionados diretamente à doença ou lesão preexistente especificada.

§ 4º- O agravo pode ser aplicado apenas à patologia que requeira evento cirúrgico, e/ou uso de leitos de alta tecnologia, e/ou procedimentos de alta complexidade, exclusivamente relacionados a ela. (BRASIL, 1998a).

Dessa forma, torna-se clarividente que a legislação superveniente tornou-se prejudicial ao paciente hipervulnerável, uma vez que permitiu que a operadora cobre o agravo nos planos de saúde sem qualquer restrição, inserindo-se um “plus” a mais em cada mensalidade, mesmo o paciente não utilizando o plano em decorrência da doença que originou o agravo.

Deste modo, vistas as carências e as particularidades das doenças pré-existentes acima, o presente ensaio abordará na próxima seção a possibilidade das operadoras de planos de saúde de se recusarem a autorizar determinado procedimento médico, as quais são exceções dentro da relação de consumo.

6.3.4 As negativas de coberturas

As operadoras de planos de saúde não cobrem todo e qualquer procedimento médico. Nesse sentido, os tratamentos médicos são classificados em experimentais, aceitados e vedados, assim definidos pelo Conselho Federal de Medicina. “Os tratamentos experimentais sejam clínicos, cirúrgicos ou de quaisquer outras espécies, não estarão cobertos pelo plano-referência”. (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 80). Sendo que:

Tecnicamente, o *tratamento experimental* é prática conduzida em ambiente laboratorial, obedecendo aos preceitos éticos ditados pelos comitês federais, sob fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina. O risco que a aplicação desses tratamentos representa está fundamentalmente, no fato de que os resultados obtidos nas condições especiais e artificiais dos laboratórios não são facilmente replicáveis nem generalizáveis para os casos da vida real. E isto retira a previsibilidade mínima exigida para a montagem da equação atuarial em que se baseia a atividade de cobertura de risco,

objeto das operadoras dos planos privados de assistência à saúde. (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 80, grifo do autor).

Demais disso, os tratamentos clínicos que ainda não estejam aprovados pelos órgãos competentes também não estarão cobertos pelo plano-referência. Entretanto, pode ocorrer que a operadora de plano de saúde possa cobrir tais procedimentos, devendo haver um prévio acordo entre as partes nesse sentido. (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 81).

Nessa senda, outra espécie de tratamento não coberto pelos planos de saúde são os tratamentos estéticos ou com finalidade estética, entretanto, essa espécie de tratamento causa grande divergência, conforme alertam Bottesini e Machado:

Este é um terreno que são abundantes as pendências envolvendo os médicos, os usuários e as administradoras. [...]. Há situações em que o tratamento estético é exigência do tratamento necessário, de resultado fora das expectativas e que incomoda o paciente. E há outras situações em que o tratamento estético é exigência do paciente, preocupado exclusivamente com a estética que não foi alterada por tratamento coberto necessário. (2005, p. 81).

Nesse sentido, o caso concreto envolvendo o tratamento estético poderá envolver circunstâncias que autorizem o seu procedimento, como ocorre hoje com a operação de reconstrução de mama após a intervenção cirúrgica decorrente de câncer. Outros procedimentos causam divergência, por exemplo, os relacionados à adoção de determinados tratamentos médicos, neste caso, pode-se citar o posicionamento de Borges ao comentar uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que concedeu ao paciente a autorização de realizar uma cirurgia bariátrica pelo procedimento sugerido pelo seu médico em detrimento ao autorizado pela operadora de plano de saúde:

Dessa forma, sob o prisma jurídico, ao abalizarmos topograficamente o debate, parece claro que: (i) quando o segurado sempre adimpliu as suas obrigações contratuais; (ii) quando inexistente expressa exclusão de cobertura da doença e/ou tratamento; (iii) quando não for permitido ao segurado qualquer ciência sobre possível alteração contratual e, por fim; (iv) quando estiver em conformidade com a escolha do método médico e; aplicando-se o CDC à esta relação jurídico-material, o plano de saúde não está autorizado a fazer a escolha do método mais adequado para tratamento". (2014, p. 455).

Justificando, Borges, o seu posicionamento pelo fato de que:

[...] tais relações entre plano de saúde e o segurado são regidas pela *proteção da confiança* e das expectativas legítimas, como consequência de uma nova concepção de contratual, garantido que a vontade do consumidor alcance determinados fins e interesses legítimos. [...]. É na prática médica, portanto, que, diante do caso, pode determinar qual o melhor tratamento a ser fornecido ao paciente”. (BORGES, 2014, p. 455, grifo do autor).

Verifica-se que, quando não houver vedação expressa à utilização de determinado tratamento, e esse procedimento for o mais adequado ao tratamento do paciente conforme prescrição médica, a operadora não poderá negar o procedimento e exigir que outro de menor custo seja adotado.

Nesse passo, vale ressaltar que em certos casos será legítima a negativa da operadora de plano de saúde, nesta seção abordou-se três hipóteses, os procedimentos experimentais, os não autorizados pelos competentes e as cirurgias estéticas, mas a lei n.º 9.656 de 1998 estabelece, ainda, outras possibilidades, sendo todas listadas nos incisos de I à X do artigo 10º, abaixo transcritos:

- I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;
- II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;
- III - inseminação artificial;
- IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;
- V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;
- VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II do art. 12;
- VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;
- VIII - (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001);
- IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;
- X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente. (BRASIL, 1998c).

Com efeito, verifica-se que as hipóteses em que as operadoras de planos de saúde podem indeferir os procedimentos médicos são restritas e devem ser tratadas com transparência diante do paciente para que não haja violação de seus direitos com indeferimentos indevidos, causando-lhe prejuízo e perda de seu tempo na resolução desse problema de consumo, o que fatalmente dará ensejo ao dano temporal estudado anteriormente.

De mais a mais, após a análise da forma de adesão aos contratos de planos de saúde, das modalidades de planos disponíveis, dos prazos de carências

estabelecidos e das possibilidades das operadoras negarem a cobertura a exames e procedimentos médicos, o presente ensaio abordará à análise jurisprudencial acerca do inadimplemento contratual das operadoras e a perda involuntária do tempo do paciente.

6.4 O DANO TEMPORAL E AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

O dano temporal apresentado no capítulo anterior tem sido constatado, em sua maioria, nas relações de consumo de produtos e/ou serviços bancários, de telefonia, de eletrônicos ou de eletrodomésticos, conforme se observa dos julgados analisados naquele capítulo. Entretanto, começa-se a debater na doutrina os efeitos do dessa nova modalidade de dano sobre uma parcela de consumidores especialmente debilitada, os pacientes hipervulneráveis.

A preocupação dos efeitos do dano temporal sobre os pacientes se justifica de acordo com as ponderações lançadas por Borges:

Esta questão da usurpação do tempo do paciente pode atingi-lo de diferentes formas: seja não autorizando exames que devem ser feitos imediatamente; não autorizando internação hospitalar, quando necessária; não fornecendo os medicamentos aos quais ele tem direito, etc. (2017, p. 201)

É mister esclarecer que, quando se refere ao relacionamento do paciente, hipervulnerável, com o seu médico ou mesmo com operadora de plano de saúde, existem inúmeras situações que poderão dar causa ao dano temporal, seja no atraso na liberação de uma autorização (para exame médico ou procedimento cirúrgico), seja no fornecimento de equipamentos relacionados ao tratamento médico. Nesse cenário, tem-se que a responsabilização civil pelo dano temporal também poderá recair sobre os hospitais, no caso, por exemplo, de o atraso no procedimento médico estar relacionado com a indisponibilidade injustificada de leito por parte deste. (Borges (2017, p. 204).

Nessa senda, a seguir será apresentada a pesquisa jurisprudencial que reflete a preocupação e as hipóteses apresentadas por Borges.

6.4.1 Metodologia de pesquisa

Com o propósito de se verificar a identificação do dano temporal nas decisões judiciais envolvendo as operadoras de planos de saúde, realizou-se, primeiramente, a pesquisa jurisprudencial pela *internet*, nos sítios dos Tribunais de Justiça dos 26 (vinte e seis) Estados, além do Distrito Federal. A pesquisa se concentrou nas decisões proferidas pelos próprios Tribunais, bem como pelas proferidas pelas Turmas Recursais, as quais são responsáveis pelo julgamento em segunda instância das ações originadas nos juizados especiais cíveis.

Nessa senda, a pesquisa se concentrou na busca por três expressões: “dano temporal”, “perda de tempo útil” e “desvio produtivo do consumidor”, uma vez que, de acordo com o que foi visto anteriormente, ambos os termos remetem-se ao mesmo problema, qual seja, a subtração indevida do tempo, após, o resultado apresentado passou por uma nova filtragem, pesquisando-se neles o casos envolvendo as operadoras de planos de saúde e seus pacientes, ressalta-se que a pesquisa não foi exaustiva, ou seja, podem existir outros julgados envolvendo o mesmo objeto da pesquisa que não estejam relacionados neste trabalho.

Nesse passo, a pesquisa foi realizada durante o mês de setembro do corrente ano servindo-se ela dos mecanismos de buscas disponibilizados pelo Tribunais para a consulta de jurisprudência, utilizando-se, quando disponível, a busca avançada, com o propósito de tornar o resultado o mais fidedigno possível, entretanto, o referido recurso não estava disponível em todos os sítios, sendo que nesses casos, o sistema buscava os termos pesquisados de forma aleatória nos textos dos julgados, fato este que tornou a pesquisa, por vezes, inconclusiva diante da ausência de precisão na localização das expressões, como exemplo cita-se os Tribunais dos Estados do Pará, Rio Grande do Norte e Roraima.

Esclarece-se, que o objetivo da pesquisa não era o de mensurar em números os julgados encontrados, mas, sim, uma análise qualidade das decisões encontradas nos sítios dos Tribunais acerca das condenações envolvendo as operadoras de planos de saúde e a subtração do tempo do paciente por descumprimento contratual. Dessa forma, o resultado da presente pesquisa visa possibilitar que a pergunta do problema proposto neste ensaio seja respondida através de uma análise indutiva, ou seja, partindo-se dos casos encontrados se concluirá se o dano temporal ocorre ou não nessa relação de consumo.

6.4.2 Análise jurisprudencial

Os julgados abaixo apresentados resultam da pesquisa relatada anteriormente e referem-se às condenações decorrentes de problemas de consumo entre as operadoras de planos de saúde e seus pacientes. Neste diapasão, extrai-se da jurisprudência Catarinense o seguinte julgado acerca de uma negativa de custeio de medicamento em atendimento ambulatorial por uma operadora de plano de saúde:

PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE CUSTEIO DE MEDICAMENTO EM ATENDIMENTO AMBULATORIAL. ILEGALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM ARBITRADO EM VALOR RAZOÁVEL. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E ATENÇÃO ÀS FEIÇÕES COMPENSATÓRIA E SANCIONATÓRIA DA INDENIZAÇÃO. [...]. A oposição de resistência injustificada ao cumprimento dos deveres assumidos pelo prestador de serviços perante o consumidor é fato antijurídico passível de gerar abalo anímico, mormente se envolver cuidado com a saúde. Observadas as circunstâncias do caso concreto, pode-se verificar que o contexto criado ultrapassou os meros aborrecimentos do cotidiano, **tendo-se em vista o tempo subtraído de horas de lazer ou de trabalho, a decepção e a angústia geradas por repetidas e infrutíferas diligências administrativas e o tratamento pouco digno conferido ao consumidor, circunstâncias que, no conjunto, representam dano moral indenizável.** "É firme o entendimento desta Corte no sentido de que a recusa injustificada da seguradora em cobrir tratamento de saúde requerido pelo segurado configura ato ilícito, ensejando pagamento de indenização a título de danos morais (Súmula n. 83 do STJ)." (AglInt no REsp 1653374/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 4.4.2017). [...]. (SANTA CATARINA, 2017d)

Destaca-se, que o Desembargador utilizou em suas razões para caracterizar o dano moral o fundamento da subtração do tempo, “horas de lazer ou de trabalho”, bem como “infrutíferas diligências administrativas e tratamento pouco digno conferido ao trabalhador”. O posicionamento acima reflete a importância do tema, uma vez que a demora no atendimento aos pacientes causa grande sofrimento ao mesmo, colocando em risco o próprio tratamento a ser aplicado, conforme leciona Borges (2017, p. 201), acrescentando o autor que:

A percepção da espera para o paciente, que sofre com a demora até ser atendido, tem maior relevância do que o tempo social dinâmico já que este está diante de um tempo estático de sofrimento, de dor, que custa a transcorrer. Isto porque a interferência desta espera para o atendimento, de forma psicológica, traz ao paciente um sentimento que parece nunca findar, além da dor e do sofrimento físico. (2017, p. 201).

De igual forma, o TJ do Estado de São Paulo reconheceu a conduta ilícita de uma operadora de plano de saúde e reformou a sentença de 1º grau que havia julgado improcedente os pedidos do autor de indenização por desvio produtivo e danos morais, de acordo com a ementa abaixo reproduzida:

Plano de saúde - Interrupção. Tutela antecipada deferida em outro processo determinando a manutenção do plano. Inúmeras negativas de atendimento médico ao filho dos requerentes nas redes de convênio cadastradas junto à requerida. Pedido de indenização por desvio produtivo e danos morais. Ação julgada improcedente nos termos do art. 285-A do CPC. Recurso dos autores, postulando indenização pelo desvio produtivo, além de danos morais. A requerida apresentou contrarrazões apresentando matéria de contestação, alegando que os autores não sofreram danos. Subsidiariamente, requer seja fixada a indenização em patamar razoável. Desvio produtivo do consumidor, bem como descaso da requerida - Dano moral configurado. Recurso provido. (SÃO PAULO, 2017b).

Verifica-se que, a desídia novamente da operadora de plano de saúde resultou na perda injusta do tempo do paciente e no caso específico, dos seus pais, os quais tiveram o reconhecimento da ocorrência do desvio produtivo e a consequente reparação, observa-se que, como já alertado no capítulo anterior, a teoria do desvio produtivo e o dano temporal correspondem ao mesmo dano, utilizando-se termos diferentes apenas.

De igual sorte, o Tribunal Paulista manteve o mesmo posicionamento acima no julgamento de uma ação indenizatória em razão da negativa atendimento da operadora de plano de saúde, nos termos da ementa parcialmente transcrita a seguir:

Ação declaratória de inexigibilidade de débito, cominatória e indenizatória por danos materiais e morais – Direito do Consumidor – Negativa de atendimento médico pelo plano de saúde contratado pela autora, ora recorrida, e administrado pela ré, ora recorrente – [...] – Danos materiais configurados e arbitrados no montante dispendido pela recorrida, qual seja, R\$ 769,00 – Tentativas infrutíferas de solução do impasse junto à recorrente, que comprometeram a rotina diária da recorrida – Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor – Danos morais configurados e bem arbitrados em R\$ 3.000,00, não merecendo redução – [...] – À luz da teoria do desvio produtivo do consumidor, verifica-se que a recorrida foi consideravelmente atingida em sua rotina pessoal nas reiteradas tentativas frustradas de solução do impasse, culminando com a necessidade de ajuizamento de ação judicial, sempre desgastante, com vistas à satisfação de seu direito, o que excede meros dissabores e aborrecimentos – Danos morais configurados e adequada, razoável e proporcionalmente fixados em R\$ 3.000,00, não comportando redução – Sentença mantida por seus próprios fundamentos – Recurso desprovido". Já se ultrapassou o momento histórico em que ao consumidor, ou, de forma mais ampla, às pessoas em geral, seja dispensado tratamento mais digno nas relações da vida cotidiana. Pelo menos isso é o que se espera de um país que prega a dignidade da pessoa humana como um dos

fundamentos de constituição do próprio Estado (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal). (SÃO PAULO, 2017c)

Na situação do julgado acima, o Tribunal reconheceu que a conduta da operadora violou a rotina diária da autora, ocorrendo, portanto, nas circunstâncias da teoria do desvio produtivo, sendo tal fato pressuposto do reconhecimento do dano moral.

Do mesmo modo, o TJ Paranaense se manifestou seguindo o balizamento acima, conforme se infere do julgamento da apelação que condenou uma operadora de plano de saúde em danos morais pelo atraso na liberação de um procedimento médico-hospitalar, estando abaixo destacado parcialmente a sua fundamentação:

Portanto, e a espera de mais de quatro meses para a realização das cirurgias, agendadas para junho e realizadas somente em setembro o confirma (razoável presumir-se que o estado de saúde do usuário levou-o a esforços na busca de uma solução junto à operadora), o autor realmente se submeteu aos episódios retratados na inicial: houve perda de tempo útil, abalo a sua tranquilidade, tudo agravado pelo estado de saúde dele, pelas dores na face, pela dificuldade de fonação e respiratória, disfagia (o artigo 302 do antigo Código de Processo Civil permite que esses fatos sejam tidos como presumivelmente verdadeiros). (PARANÁ, 2017).

Destarte, do julgado acima destaca-se o reconhecimento da situação agravada que se encontra um paciente a espera de um procedimento médico, sendo o mesmo hipervulnerável diante da operadora de plano de saúde, bem como reconheceu-se novamente que a busca pela solução fez com que o paciente perdesse tempo útil, sendo os motivos acima fundamento para caracterização de danos morais.

Não se pode perder de vista que, o atendimento médico ao paciente a muito tempo vem sendo retalhado, nesse viés tem-se como marca do sistema de saúde a formação de filas, a falta de profissionais em relação ao número de pacientes e, como resultado deste último, a falta de qualidade no serviço em decorrência da falta de tempo. (BORGES, 2017, p. 202-203).

Dessa forma, a análise qualitativa da jurisprudência, pelo método indutivo, acima revela que o descumprimento contratual das operadoras de planos de saúde ao negarem ou retardarem as autorizações para realização de exames ou procedimentos médicos resulta na subtração do precioso tempo dos pacientes na tentativa de solucionar administrativamente o problema, o que, quando não alcança o resultado satisfatório, gera dano temporal passível de reparação.

7 CONCLUSÃO

O presente ensaio buscou subsídios para verificar a possibilidade de se identificar o dano temporal nas relações entre as operadoras de planos de saúde e os seus consumidores, a partir de uma análise jurisprudencial e da hipervulnerabilidade, como bem pontuado no capítulo introdutório.

Nesse sentido, o segundo capítulo analisou o instituto da responsabilidade civil, pormenorizando os seus elementos e as suas modalidades, bem como as possibilidades de exclusão da responsabilidade do agente.

No terceiro capítulo constatou-se que o tempo é um bem jurídico tutelado e que a sua subtração indevida acarreta em ato ilícito passível de reparação, buscando, para isso, identificar a sua relevância para a sociedade, a sua falta de normatização e as hipóteses de sua usurpação. O quarto capítulo da presente pesquisa foi dedicado ao paciente e a sua hipervulnerabilidade, mostrou-se necessário a diferenciação entre hipossuficiência e hipervulnerabilidade, relacionando-se, por último, os principais grupos de hipervulneráveis apresentados pela doutrina.

O quinto capítulo do presente ensaio dedicou-se ao estudo do dano temporal, conceituando-o e apresentado o posicionamento divergente da doutrina, em que parte o considera modalidade de dano autônoma e parte como fundamento do dano moral em sentido estrito, bem como o posicionamento do Poder Judiciário, o qual posiciona-se no sentido de que essa nova modalidade de dano representa ainda fundamento para condenação por danos morais.

No sexto capítulo, a pesquisa se voltou para a relação existente entre as operadoras de planos de saúde e seus consumidores, nesse intuito, apresentou-se a forma de adesão aos planos de saúde, as modalidades de planos disponíveis, os prazos de carência para realização de determinados procedimentos, bem como a possibilidade das operadoras negarem a autorização de determinados procedimentos, por último o capítulo abordou o posicionamento dos tribunais, os quais estão confirmando a reparação cível por descumprimento contratual das operadoras, seja por negarem um procedimento indevidamente ou retardarem demasiadamente a realização deste, entretanto, como já apresentado, a subtração do tempo dos consumidores resulta na caracterização do dano moral em sentido estrito.

O objetivo geral da presente pesquisa foi alcançado, bem como a pergunta ao problema proposto respondida, uma vez que foi possível identificar na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial que é plenamente possível a caracterização do temporal nas relações entre consumidores e operadoras de planos de saúde quando há falha na prestação de serviço por parte destas empresas devido à recusa indevida na liberação de procedimentos médicos ou de equipamentos.

Destarte, verificou-se que o dano temporal nas relações envolvendo planos de saúde é possível, desde que estejam presentes os pressupostos da responsabilidade civil, uma vez “[...] a tutela jurídica do tempo, principalmente na via indenizatória, jamais poderá ser subvertida por sua conversão fácil de renda e enriquecimento sem causa”. (MAIA, 2014, p. 170).

Ocorre que, os elementos identificadores do dano temporal ainda não estão definidos de forma clara, no presente ensaio buscou-se estabelecê-los no intuito de torná-los mais objetivos, pôde-se perceber, entretanto, que “a partir dos posicionamentos e divergências jurisprudenciais expostas, é possível aduzir que, verdadeiramente, o fato decisivo para definição da existência de dano temporal indenizável é a regra da experiência e o caso concreto”. (MAIA, 2014, p. 174).

Nesse passo, a existência do dano temporal pela perda involuntária e injusta do tempo de acordo com as teorias do desvio produtivo do consumidor e da perda de tempo útil e/ou livre é inquestionável, todavia, em razão da ausência de normatização, caberá ao Judiciário analisar a sua ocorrência em cada caso concreto, identificando as situações em que haverá a necessidade da sua reparação na esfera cível. (MAIA, 2014, p. 174).

Em suma, tem-se que o dano temporal não deve se limitar ao mercado de consumo, devendo o seu alcance ir além, “[...] atingindo qualquer usurpação indevida do tempo limitado das pessoas em qualquer área”. (2017, p. 196). Nesse sentido sustenta Borges que:

Em relação ao paciente que espera tempo demais por uma cirurgia que já poderia ter sido realizada e/ou por autorizações de exames importantes para a cura de sua doença, é possível constatar, diante de sua hipervulnerabilidade, que a sua percepção do tempo é de um tempo estático de sofrimento, que demora para transcorrer, em contrapartida ao tempo social dinâmico que todos vivem”. (2017, p. 205).

Portanto, ao final da presente pesquisa comprovou-se que o tempo é ainda mais importante para os pacientes, os quais, além da vulnerabilidade legal dada pelo CDC, estão em uma situação de hipervulnerabilidade, nesses casos, a percepção do tempo e a sua proteção tornam-se ainda mais importante, uma vez que os mesmos estão em constante sofrimento, sendo que caso haja demora ou recusa injustificada de procedimentos médicos voltados à manutenção da sua saúde, estar-se-á diante de uma conduta ilícita, devendo tal fato ser prontamente reparado e combatido através dos mecanismos da responsabilidade civil, qual seja, o dano temporal.

REFERÊNCIAS

ADAIR, John Eric. **A gestão eficiente do tempo**. Portugal: Europa-América, 1988. 200 p.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de Andrade. Dano Moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 53, jan./mar. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/24/1/Edicao188.pdf>> Acesso em. 12 out. 2017.

BORGES, Gustavo Silveira. Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 84, n. 21, p. 13-41, out./dez. 2012.

_____. As negativas de cobertura dos planos de saúde e a colonização da prática médica: uma mirada a partir do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 95, n. 23, p. 447-455, set./out. 2014.

_____. O paciente, a sua percepção do tempo e o dano temporal. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 26, n. 10, p. 187-210, jan./fev. 2017

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos planos e seguros de saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 576 p.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa (RN) n° 63, de 22 de dezembro de 2003a. **Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NzQ4>>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. _____. Resolução Normativa (RN) n° 162, de 17 de outubro de 2007. **Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúde e sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado de assistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar; revoga as Resoluções CONSU n° 2, de 4 de novembro de 1998, CONSU n° 17 de 23 de março de 1999, artigos 2° e 4° da Resolução CONSU n° 15 de 23 de março de 1999, a Resolução Normativa 20 de 12 de dezembro de 2002 e a Resolução Normativa RN n° 55, de 2 de novembro de 2003 e altera a Resolução Normativa - RN n° 124, de 30 de março de 2006**. Disponível em:

<<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTlyMw>>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados.** Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DF. 2012, 135p. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Conselho de Saúde Suplementar. Resolução Consu n.º 02, de 3 de novembro de 1998a. **Dispõe sobre a definição de cobertura às doenças e lesões preexistentes previstas no inciso XII do artigo 35A e no artigo 11 da Lei n.º 9.656/98.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzlw>>. Acesso em 02 out. 2017.

_____. _____. Resolução Consu n.º 06, de 3 de novembro de 1998b. **Dispõe sobre critérios e parâmetros de variação das faixas etárias dos consumidores para efeito de cobrança diferenciada, bem como de limite máximo de variação de valores entre as faixas etárias definidas para planos e seguros de assistência à saúde.** Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzEy>>. Acesso em 02 out. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 08 abril 2017.

_____. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Decreto Nº 6.523, de 31 de julho de 2008. **Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6523.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990a. **Dispõe Sobre A Proteção do Consumidor e Dá Outras Providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990b. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998c. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2017

_____. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. **Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: 20 maio 2017

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003b. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp: 586316/MG 2003/0161208-5.** Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação - ABIA. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 17 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=683195&num_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF>. Acesso em 10 out. 2017a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **AgRg no AREsp 511.510/SP.** Agravante: Unimed Monte Alto Cooperativa de Trabalho Médico. Agravado: André Gustavo Vedovelli da Silva e Outros. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 07 de outubro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1354832&num_registro=201401035955&data=20141014&formato=PDF>. Acesso em 10 out. 2017b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 37.** Brasília, DF, 12 de março de 1992. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em 10 out. 2017c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 387.** Brasília, DF, 26 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em 10 out. 2017d).

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. 641 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORDEIRO, Técia Maria Santos Carneiro e; SANTOS, Carmen Lieta Ressurreição dos; CARNEIRO NETO, José Nunes. Sistema Único de Saúde: Utopia ou Realidade? **Revista da Faculdade de Odontologia de Lins**, v. 22, p. 37-43, jun./dez. 2012. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/Fol/article/viewFile/1543/1093>>. Acesso em: 12 out. 2017.

DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke; MARTINS, Paulo Roberto do Nascimento. A cobrança de coparticipação e os planos de saúde: análise do regime jurídico. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 102, n. 17, p.110-129, jul./ago. 2016.

DE MASI, Domenico. **O Ócio Criativo**: entrevista a Maria Serena Palieri. Tradução de Léa Manzi; Rio de Janeiro: Sextante, 2012 [recurso digital].

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: [s.n], 2017.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. Levando o direito ao lazer a sério. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. v. 73 n. 4 p. 75-98, out./nov./dez. 2009. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/638.pdf>>. Acesso em 31/08/2017.

ESTEVES, Alvaro. **Uma questão de tempo**: usando a razão e a emoção para administrar melhor suas horas. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996. 242 p.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP ed., 2006. 526 p.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. 236 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. **Revista Seleções Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 18, p.29-32, maio 2013. Disponível em: <http://www.coad.com.br/tasks/download_informativos/=YGZw5yMxUDMsV2cvMTMwLzL0VmbfZHZh9iZkzB3LyIGZvEGdh>. Acesso em: 09 maio 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; MELO, Álvaro Andrade Antunes; GUSSEM, Marina de Almeida. Contratos de plano de saúde e os direitos do idoso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 98, n. 24, p.125-156, mar/abr. 2015.

GOMES, Josiane Araújo. Dos contratos de plano de saúde à luz da boa-fé objetiva. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 60, n. 15, p. 217-234, out./dez. 2014.

GOMES, Orlando; BRITO, Edvaldo. **Responsabilidade civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 139 p.

GREGORINI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 235 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Et al.). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 10. ed. rev., atual. e ampl 2 v. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108).

GUGLINSKI, Vitor Vilela. O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 99, n. 24, p.125-156, maio/jun. 2015.

JÖNSON, Bodil. **Dez Considerações sobre o Tempo**. Tradução de Marcos de Castro. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004

KIRCHNER, Felipe. A responsabilidade civil das operadoras de saúde suplementar por erro médico: imputação pelo prisma da teoria sistêmica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23, n. 91, p.253-305, jan./fev. 2014.

MAIA, Maurilio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 86, n. 22, p.203-232, mar./abr. 2013a.

_____. Telemedicina, prontuário eletrônico e atualização do Código de Defesa do Consumidor: A tutela da hipervulnerabilidade eletrônica do paciente e de sua personalidade virtual. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 89, n. 22, p.303-319, set./out. 2013b.

_____. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro - é dignidade e liberdade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 92, n. 23, p.161-176, mar./abr. 2014.

_____. Sobre a hipervulnerabilidade dos pacientes. **Revista Visão Jurídica**, São Paulo, v. 108, p. 48-51, maio 2015a.

_____. O dano temporal e a sua autonomia na ApCiv 2007.060473-7. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 102, n. 24, p.466-486, nov./dez. 2015b.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o nome regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1433 p.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Décima Sétima Câmara Cível. **Apelação Cível n.º 1.0145.13.053267-7/001**. Apelante: Oi Móvel S.A. Apelado: Douglas Poerner Lagos Teixeira. Relatora: Des. Eduardo Mariné da Cunha. Belo Horizonte, MG, 10 de novembro de 2016. Disponível em:
<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=5C7A7797D7BB5420EF1FB6388F09943F.juri_node1?numeroRegistro=1&tot

allinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.13.053267-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 02 out. 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor, direito material e processual do consumidor, proteção administrativa do consumidor, direito penal do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 941 p.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6.ed., rev., atual., amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4.ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2013. 754 p.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2013. 928 p.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Décima Câmara Cível. **Apelação Cível N.º 1488412-5**. Apelante: Unimed Curitiba – Sociedade Cooperativa de Médicos. Apelado e recorrente Adesivo: Vilmar Soares. Relator: Albino Jacomel Guerios. Curitiba, PR, 08 de junho de 2017. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12392324/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1488412-5#integra_12392324>. Acesso em 02 out. 2017.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ, Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 4, n. II, p.129-164, dez. 2012.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Vigésima Quinta Câmara Cível. **Apelação Cível n.º 0247036-61.2014.8.19.0001**. Apelante e apelada: Oi Móvel S/A. Apelada e apelante: Canto Direito Confecções Ltda. Relatora: Desa. Maria Isabel Paes Gonçalves. Rio de Janeiro, RJ, 03 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B6D357CC005689DABB451D52F5D895D1C5044C5A1C47>>. Acesso em 02 out. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Décima Sétima Câmara Cível. **Apelação Cível n.º 70073121410**. Apelante e apelada: Tim Celular S/A. Apelada e apelante: Gessica Adriana Buguiski Becker Dias. Relator: Gelson Rolim Stocker. Porto Alegre, RS, 27 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70073121410%26num_processo%3D70073121410%26codEmenta%3D7256095++dano+temporal+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=juris&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70073121410&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=27/04/2017&relator=Gelson%20Rolim%20Stocker&aba=juris>. Acesso em 02 out. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 936 p.

ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. As dimensões do tempo no processo civil: tempo quantitativo, qualitativo e a duração razoável do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 218, n. 38, p.329-364, abr. 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara de Direito Civil. **Apelação Cível n.º 2007.060473-7**. Apelante: Alvaro de Campos Lobo Neto. Apelada: Hewlett Packard Brasil S/A. Relator: Des. Sebastião César Evangelista. Florianópolis, SC, 16 de junho de 2014. Disponível em:

<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2007.060473-7&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAGi9KAAE&categoria=acordao>. Acesso em 02 out. 2017a.

_____. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara de Direito Civil. **Apelação Cível n.º 2014.064011-3**. Apelante: Maria do Nascimento. Apelada: Nokia do Brasil Tecnologia Ltda e outro Relator: Des. Sebastião César Evangelista. Florianópolis, SC, 17 de março de 2016. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000SPSW0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=8984131&pdf=true>>. Acesso em 02 out. 2017b.

_____. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara de Direito Civil. **Apelação Cível n.º 2015.050624-7**. Apelante e apelado: Lucimar Manoel Francelina. Apelada e apelante: B2W Companhia Global do Varejo. Relator: Des. Alexandre D'Ivanenko. Florianópolis, SC, 25 de novembro de 2015. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000VC6M0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=8777643&pdf=true>>. Acesso em 02 out. 2017c.

_____. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara de Direito Civil. **Apelação Cível n.º 0019285-29.2011.8.24.0008**. Apelante e apelado: Unimed de Blumenau Cooperativa de Trabalho Médico. Apelado e apelante: Gino Antônio Cemin. Relator: Des. Sebastião César Evangelista. Florianópolis, SC, 10 de agosto de 2017. Disponível em:

<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=plano%20de%20sa%FAde&id=AABAg7AAEAAC52AAAD&categoria=acordao_5>. Acesso em 02 out. 2017d.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Vara do Juizado Cível e Criminal da Comarca de Jales. **Sentença n.º 0005804-43.2014.8.26.0297**. Autor: Ivair Antonio Vazon. Réu: Banco Santander S/A. Juiz de Direito: Fernando Antonio de Lima. Jales, SP, 28 de agosto de 2014. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=297&processo.codigo=8900005FX0000>>. Acesso em 02 out. 2017a.

_____. Tribunal de Justiça. Quarta Turma do Colégio Recursal. Comarca de Sorocaba. **Recurso Inonimado n.º 1027293-77.2014.8.26.0602**. Recorrente: Celio Roberto Ferreira de Almeida e outro. Recorrido: Saúde Bradesco. Relator: Cassio

Pereira Brisola. Sorocaba, SP, 24 de novembro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=AAc43F5CD22160040CBBA747DFA89867.cjsg2?conversationId=&cdAcordao=546648&cdForo=9009&uuidCaptcha=sajcaptcha_e1dafcf4d72a4e28b12f2c89501dc9bf&vlCaptcha=kph&novoVICaptcha=>>. Acesso em 02 out. 2017b.

_____. Tribunal de Justiça. Primeira Turma Cível do Colégio Recursal. Comarca de São Paulo. **Recurso Inonimado n.º 0011534-79.2016.8.26.0001**. Recorrente: Notre Dame Intermédica Sistema de Saúde S.A. Recorrida: Reginalda Evangelista de Toledo. Relator: Rodrigo Marzola Colombini. São Paulo, SP, 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=48D66F0CB03C50B695DB5BFDD0D1C45D.cjsg3>>. Acesso em 02 out. 2017c.

SATO, Fábio Ricardo Loureiro. A teoria da agência no setor de saúde: o caso do relacionamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar com as operadoras de assistência supletiva no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 1, p.49-62, jan./fev. 2007.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 70, n. 18, p.139-172, abr./jun. 2009.

SCHWART, Germano; BORTOLOTTI, Francine Woutheres. A dimensão prestacional do direito a saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 177, jan./mar. 2008.

Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160191/Dimens%C3%A3o_prestacional_direito_saude_177.pdf?sequence=7>. Acesso em: 19 ago. 2017.

SCLIAR, Moacir. História do conceito de saúde. Rio de Janeiro. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, jan./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2017.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2013. 272 p.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Responsabilidade civil nas relações de consumo: um ensaio sobre prováveis desenvolvimentos nos próximos 10 anos. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 13, n. 95, p. 48-63, maio/jun. 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 9. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Danos autônomos ou novos suportes fáticos de danos? Considerações acerca da privação do uso e da perda do tempo nas relações de consumo. In: KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; FERREIRA, Keila Pacheco;

STELZER, Joana. (Coord.). **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo**. [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 205-222. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/i9jl1a02/35mAX814coubd1nt.pdf>> Acesso em: 28 set. 2017.

TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no Direito privado: da culpa ao risco. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Orgs.). **Responsabilidade civil: doutrinas essenciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Cap. 2. p. 289-310.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca virtual de direitos humanos DA. **Constituição da Organização Mundial da Saúde em 1946.html**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 29 maio 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003. Cap. 1. p. 1-30.