

DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE: O IMPACTO DA CLÁUSULA DE COPARTICIPAÇÃO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE ACESSO À SAÚDE

Normando A. Siqueira Carneiro

1 INTRODUÇÃO

O âmbito da saúde tem apresentado uma transformação de grande impacto no direito de acesso à saúde e, sendo, portanto, decorrente dos problemas sociais contemporâneos. Especialmente no que diz respeito a realidade do sistema de saúde pública, apresentando uma lacuna do papel do Estado em promover a saúde.

A palavra promover, diga-se de passagem, deverá ser compreendida a partir do prisma de uma promoção integral da saúde. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta o âmbito da saúde, enquanto: Direito Fundamental, dessa maneira, submetendo a saúde sobre a tutela do Estado.

O Estado no que diz respeito às vicissitudes dos problemas contemporâneos relacionados à saúde, infelizmente, não consegue promover a saúde com afinco diante do grande número de demandas existentes. Obviamente no que diz respeito a função do Estado e de sua ineficácia diante dessas demandas nasce uma lacuna. Sendo uma das consequências o surgimento de diversas operadoras de saúde (planos de saúde) em todo território nacional.

Notoriamente presencia-se no âmbito nacional um crescimento massivo de operadoras de saúde (planos de saúde). Seguindo o ritmo do crescimento do número de operadoras (planos de saúde) surgem diversas problemáticas. Resultante da precariedade dos serviços de cobertura oferecidos pelas operadoras (planos de saúde) que dificultam ao direito basilar de acesso à saúde.

As causas que dificultam o direito de acesso à saúde são as mais diversificadas possíveis, portanto, sendo resultado da eclosão de novas operadoras de saúde (planos de saúde) diante do atual quadro de ineficácia do

Estado. Ineficácia na promoção e manutenção da saúde possuindo forte impacto no mínimo necessário para uma vida digna. Em meio a visível ineficácia do Estado enquanto principal viabilizador do direito de acesso à saúde e, por efeito, surgem os meios alternativos.

Neste caso; as denominadas operadoras de saúde e com seus serviços conhecidos enquanto planos de saúde.

A ineficácia do Estado diante das necessidades sociais que possuem característica de urgência aponta para o crescimento de reclamações advindas dos usuários (clientes) das operadoras (planos de saúde). A Agência Nacional de Saúde (ANS) informa a partir de dados estatísticos para a existência de uma demanda crescente. Apresentando, porém, a existência de uma pequena queda no índice de usuários que rapidamente atinge a estabilidade, dessa maneira, não ocorrendo quedas nos anos subsequentes.

A partir dos dados estatísticos apresentado pela Agência Nacional de Saúde (ANS) demonstram que no ano de 2009 foram ao todo 42.561.398 o universo total de usuários. Tais dados estatísticos iniciam em 2009 e continuam até os anos subsequentes finalizando no vigente ano de 2019, sendo assim, mais especificamente entre os meses de março e setembro de 2019.

No que se refere ao vigente ano de 2019, especificamente, ao mês de março a Agência Nacional de Saúde (ANS) apresentou dados estatísticos que indicam a existência de 47 milhões de usuários de operadoras de saúde e planos de saúde. Mediante tais dados estatísticos apresentados, percebe-se, um número crescente de usuários. Por consequência resultando em um aumento do número de reclamações. Realidade que pode ser comprovada a partir da recente suspensão da venda de 46 planos de saúde ocorrido no ano de 2019 em todo território nacional.

Os dados apresentam a crescente demanda de usuários, portanto, inevitavelmente remete-nos a probabilidade do aumento de arrecadamento por parte das operadoras de saúde. Nesse embalo do crescente aumento e da estabilidade do crescimento, percebe-se, o retrocesso diante das necessidades dos usuários aos mais diversificados serviços de saúde. O número crescente de negativas em suas mais diversificadas modalidades terapêuticas médicas, psicológicas, psiquiátricas e até mesmo odontológicas tem aumentado de

maneira massiva.

As justificativas por parte das operadoras de saúde são as mais diversas dentre das quais destacam-se oito (8) grupos: 1º Autorização prévia, franquia, coparticipação, 2º Rol de procedimentos e coberturas, 3º Reembolso, 4º Suspensão e rescisão contratual, 5º Prazos máximos para atendimento, 6º Rede de atendimento, 7º Itens obrigatórios e cláusulas contratais, 8º Outros motivos (Não especificado no site da ANS). No que diz respeito ao vigente ano de 2019 ressurgem mais uma questão que dificulta o acesso integral ao direito basilar à saúde.

Em recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) a partir da relatora ministra Nancy Andrighi apresentou um novo entendimento no que diz respeito as ditas cláusulas de coparticipação. Segundo o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para casos de tratamento que ultrapassem trinta

(30) dias a cláusula de coparticipação não é abusiva. Portanto, deixando de ser caracterizada enquanto cláusula leonina, ou seja, cláusula que fere ao direito do consumidor. Na coparticipação é aceitável segundo o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que o paciente passando de trinta (30) dias de tratamento pague, *verbi gratia*¹, cinquenta por cento (50%) do valor do tratamento independente de sua adimplência.

Sobre o aspecto da negativa, ou simplesmente, da limitação do exercício do direito de acesso à saúde o presente trabalho direciona o foco para as ditas cláusulas de coparticipação. Cláusulas que limitam o exercício do direito de acesso à saúde e expõe em risco a integridade da pessoa humanas diante das vicissitudes dos problemas sociais contemporâneos. Problemas que pairam sobre os âmbitos sociais e da saúde pública. Resultado da ineficácia do Estado em promover e garantir o direito basilar de acesso à saúde. Portanto, mesmo que esse direito seja por meio do setor privado da saúde o Estado deve garantir o acesso irrestrito à saúde e por consequência a judicialização é um dos meios de efetivação do direito de acesso à saúde.

A saúde não pode e nem deve ser um direito lesado, portanto, sobre hipótese alguma deve-se colocar a vida em risco a partir do impedimento, ou mesmo, do tolhimento do exercício ao direito de acesso à saúde. Sendo de máxima importância a manutenção eficaz do direito de acesso à saúde. Por sua

importância e sua característica de singularidade no que se refere a demanda sociedade, Estado e operadoras de saúde. Dessa maneira, frisa-se a máxima importância do acesso ao direito basilar à saúde, justificando-se, o presente trabalho a partir dessa máxima dos pressupostos de proteção a vida.

2 O DIREITO À SAÚDE SOBRE A PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Explanar a respeito do ordenamento jurídico brasileiro sem adentrar na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é um equívoco. Portanto, sendo de extrema importância adentrar em uma breve explicação a respeito da constituição.

O Ordenamento jurídico brasileiro, pautado, a partir dos princípios basilares fundadores da constituição de 1988 apresenta o papel fundamental na proteção da pessoa humana. Aliás, pode-se dizer que a máxima fundamentadora de toda constituição e de toda lei sempre deveria ser de proteção da pessoa humana diante do próprio Estado. Parafraseando Kelsen em um trocadilho: Dever-ser da constituição.

Portanto é a partir dessa fundamentação, do Art. 1, III que nasce a República Federativa do Brasil: “A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, e tem como fundamentos: III – Dignidade da Pessoa Humana”.

A Magna Carta de 1988 foi responsável por uma nova dimensão do papel do Estado no âmbito da saúde, por efeito, elevando o status quo da saúde enquanto um direito fundamental de ordem social. O Art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 define à saúde enquanto direito coletivo: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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 a promoção, proteção e recuperação”.

1 Verbi Gratia: Expressão latina de uso comum no âmbito jurídico, também, pode ser usada sobre a abreviação **v.g** que significa: Por exemplo.

3 O DIREITO À SAÚDE SOBRE A PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Explanar a respeito do ordenamento jurídico brasileiro sem adentrar na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é um equívoco. Portanto, sendo de extrema importância adentrar em uma breve explanação a respeito da constituição.

O Ordenamento jurídico brasileiro, pautado, a partir dos princípios basilares fundadores da constituição de 1988 apresenta o papel fundamental na proteção da pessoa humana. Aliás, pode-se dizer que a máxima fundamentadora de toda constituição e de toda lei sempre deveria ser de proteção da pessoa humana diante do próprio Estado. Parafraseando Kelsen em um trocadilho: Dever-ser da constituição.

Portanto é a partir dessa fundamentação, do Art. 1, III que nasce a República Federativa do Brasil: “A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, e tem como fundamentos: III – Dignidade da Pessoa Humana”.

A Magna Carta de 1988 foi responsável por uma nova dimensão do papel do Estado no âmbito da saúde, por efeito, elevando o status quo da saúde enquanto um direito fundamental de ordem social. O Art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 define a saúde enquanto direito coletivo: “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 a promoção, proteção e recuperação”.

O texto normativo da referida constituição põe em destaque duas palavras: Universal e igualitário. Palavras que remetem aos princípios inerentes ao rol exemplificativo do Sistema Único de Saúde (SUS). Definindo-se, enquanto os princípios da; universalidade, equidade e integralidade.

A Lei 8.080/90 estabelece o Sistema Único de Saúde (SUS) e sendo a partir ~~da Lei 8.142/90 foi feita~~ a inclusão da participação da comunidade na própria gestão do Sistema Único de Saúde (SUS). A promulgação da Lei

8.080/90 sendo o resultado da força constitucional do Art.196 da Magna Carta de 1988.

Consequentemente o Art.198, III da referida constituição possibilitou a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS). A força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também, dimensiona à saúde enquanto um direito social materializado no Art.6: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

A saúde enquanto direito fundamental social e enquanto um direito essencial ao Estado Democrático de Direito. A saúde enquanto direito essencial para o acesso à vida digna e por consequência elemento essencial de incidência da tutela do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

As operadoras de saúde, portanto, apresentam no contexto contemporâneo um posicionamento de arbitrariedade com a imposição de cláusulas contratuais que ferem a dignidade humana e dificultam o direito basilar de acesso à saúde. Ferindo ao próprio direito à vida. Por sua vez, compreende-se, que o Estado é o principal ator da promoção e viabilizador do direito de acesso à saúde.

Inaceitável, talvez, seja a palavra que se enquadre ao enredo com maior harmonia. Nesse sentido é inaceitável a inércia do Estado diante das necessidades sociais contemporâneas. Especificamente no que se refere ao atual quadro da saúde pública diante da ineficácia do próprio Sistema Único de Saúde (SUS). Sobre este aspecto o Estado desenvolve um ato contrário que fere ao texto constitucional. Ato contrário resultante do descaso a partir de uma inércia e que suas consequências podem ser percebidas mesmo no âmbito da assistência à saúde por via das operadoras de saúde¹ (planos de saúde).

1 Operadoras de saúde: Trata-se da Pessoa Jurídica (empresa privada) responsável pelo oferecimento do plano de saúde. Sendo o plano de saúde, um produto, serviço ofertado pela operadora de saúde.

Segundo a compreensão do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito à saúde em decisão proferida pelo Ministro CELSO DE MELLO RE 271.286:

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional.

A partir da ineficácia do Estado surge uma lacuna e por consequência o surgimento do fenômeno da judicialização da saúde. Fenômeno que possui sua etiologia das relações cliente e operadora de saúde frente ao não cumprimento do pacto entre as partes. A máxima jurídica pertencente ao Direito Civil pátrio estabelece que a força normativa do contrato desenvolve lei entre as partes (Pacta Sunt Servanda²). Portanto, deve-se destacar para ciência que a proposta do texto que ora se desenvolve possui enquanto foco a relação contratual, porém, indo além da simples relação contratual e resgatando a integridade da vida.

Vida que muitas vezes é exposta em condições limítrofes devido a existência de cláusulas contratuais que fragilizam a dignidade humana, a felicidade e por consequência a própria vida. Enfatiza-se, portanto, a dimensão do papel da promoção da saúde por parte das ditas operadoras de saúde (planos de saúde) diante da pessoa humana. Por consequência pessoa humana e seu direito de acesso a saúde que muitas vezes esbarra diante de cláusulas contratuais, *verbi gratia*, cláusula de coparticipação.

A negativa no direito de acesso à saúde manifesta por parte da operadora de saúde impõe muitas vezes ao profissional do âmbito da saúde uma situação limítrofe. Retirando o poder de decisão do profissional da saúde em relação inclusive ao modelo terapêutico adequado para cada realidade. Retirando-se o poder de decisão, por consequência, retira-se a autonomia do profissional do âmbito da saúde diante dos seus pacientes, familiares e da própria categoria profissional. Em resposta ao referido fato afirmou a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em REsp 1053810/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI sendo julgado em 17 de dezembro do ano de

2009, DJe 15 de março do ano de 2010:

Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor.(...)- A negativa de cobertura de transplante – apontado pelos médicos como essencial para salvar a vida do paciente –, sob alegação de estar previamente excluído do contrato, deixa o segurado à mercê da onerosidade excessiva perpetrada pela seguradora, por meio de abusividade em cláusula contratual.

A decisão proferida, porém, esbarrara diante do próprio Superior Tribunal de Justiça passado alguns anos. Fato que poderá ser compreendido com mais profundidade no capítulo: 3. A Cláusula de Coparticipação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Art.197 da Constituição da República Federativa do Brasil eleva a saúde enquanto questão de ordem pública. Por sua vez, o Art. 199 possibilitou à livre iniciativa privada na assistência à saúde, portanto, possibilitando a introdução das operadoras de saúde (planos de saúde) na promoção da saúde.

Sobre a perspectiva da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sabe-se, que as operadoras de saúde desenvolvem uma função suplementar de acesso à saúde. Enfatiza-se que frente as dificuldades e da característica de urgência das necessidades sociais contemporâneas, por consequência, do precário sistema de saúde pública não é contraditório afirmar que as operadoras de saúde e planos de saúde³ são instrumentos que possibilitam o exercício do direito de acesso à saúde frente a ineficácia do Estado.

O papel e a importância da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não se limita aos referidos artigos.

2 Pacta Sunt Servanda: Palavra de origem do latim que em sentido estrito significa: Acordos devem ser mantidos. No âmbito jurídico é usada no sentido do Direito contratual para representar que o pacto entre as partes do contrato possui força normativa.

A constituição especificamente a partir do já referido Art.196 ao Art. 200 apresenta sua tutela em relação a saúde. Inclusive dimensiona em relevância

pública os serviços e ações de saúde a partir do papel do Estado. Possibilitando sua execução a partir da pessoa física ou jurídica de direito privado.

Dimensão que pode ser contemplada no Art. 197 da referida constituição:

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O texto constitucional põe uma ênfase especial na expressão: Jurídica de direito privado. Fato que poderá ser reforçado a partir do Art.199 da referida constituição ao afirmar: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Portanto, as instituições privadas, ou simplesmente, pessoas jurídicas de direito privado possuem uma autorização constitucional na possibilidade de atuação no âmbito da saúde que incluem inclusive o seu papel de participação complementar da saúde pública.

Fato que poderá ser apreciado no Art.199, § 3^a: “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

No que se refere ao quadro contemporâneo do acesso à saúde, percebe-se, que a dimensão do papel social das pessoas jurídicas de direito privado, de fato, são cada vez mais presentes diante do direito de acesso à saúde. Fato que pode ser comprovado a partir do crescente número de operadoras de saúde em todo território nacional. O Direito da Saúde, portanto, possui etiologia normativa advinda da própria constituição. Por consequência encontrando respaldo não apenas no referido texto constitucional, mas, abrangendo seu respaldo a partir dos diversos textos normativos existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

3 Plano de saúde: Trata-se do produto, serviço oferecido pela pessoa jurídica (empresa privada) ao consumidor. Erroneamente as pessoas fazem uso da expressão judicializar o plano de saúde, porém, o uso correto é de judicializar a operadora de saúde, ou seja, a pessoa privada.

A crise do âmbito da saúde no Brasil é notória, portanto, as consequências em decorrência de um sistema de saúde pública precária são diversas. Por efeito, possibilita a eclosão de meios alternativos para o preenchimento dessa lacuna resultante de um Estado que não consegue garantir o acesso digno à saúde.

A saúde direito constitucional de ordem fundamental social, fragmenta-se, transformando-se em algo quase intocável pela função do Estado na promoção da saúde. Nesse processo de transformação, as ditas operadoras de saúde (planos de saúde) eclodem em nível de território nacional em uma tentativa fugaz de responder as necessidades da sociedade. Por outro lado, o Estado em meio a vivência em um período truculento de crise econômica sente ainda mais as consequências da péssima qualidade da administração da saúde pública ao longo dos séculos.

Obviamente que o direito à saúde encontra respaldo normativo a partir da incidência do Carta Magna de 1988 e dos referidos Arts.6, 196 ao Art. 200. Neste mesmo aspecto, a Organização Mundial da Saúde (OMS) define a saúde enquanto o completo bem-estar físico, mental e social. Portanto, transpassa a saúde para além de um simples direito. *Data venia*³, direito social, sendo uma concepção nitidamente harmônica ao texto constitucional.

E por falar em bem-estar físico, mental e social esclarece SILVA (2015, p. 49) a respeito do direito à saúde:

Não se deve entender o direito à saúde como um direito a ser saudável, mas como o direito de proteção à saúde, por isso, observa-se que a proteção dada ao direito à saúde é um conjunto complexo e multidimensional de posições jurídicas destinadas a assegurar uma vida com dignidade visando à busca do pleno bem-estar físico e mental do indivíduo.

O texto supracitado apresenta em sua afirmativa o direito à saúde enquanto o direito de proteção a vida, portanto, é inevitável não se destacar para o princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana, Art. 1, III da Constituição de 1988. O discurso pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, diga-se de passagem, tornou-se contemporaneamente condenado entre os juristas segundo uma afirmativa de que transmite insegurança jurídica. Sendo compreendido enquanto um discurso ultrapassado. Não se trata de argumentação ultrapassada, porém, negar a incidência e a importância do

referido princípio é sem dúvida negar ao pacto de fundação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 presente no Art.1, III.

A referida constituição obviamente é um texto hierarquicamente superior aos demais textos normativos. Foi a partir da constituição de 1988 tornou-se possível uma proteção jurídica de maior profundidade no que se refere ao direito basilar de acesso à saúde. Possibilitando inclusive uma segurança jurídica de maior profundidade no que se refere à judicialização da saúde. Observa-se, portanto, especificamente a influência dos princípios constitucionais basilares, tais como: Dignidade da pessoa humana, Art. 1º, III, Inafastabilidade da jurisdição Art. 5º, XXXV.

Nesse sentido que o próprio Superior Tribunal Federal (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) debruçam-se em muitos momentos em plenários a respeito da temática do direito de acesso à saúde. Ainda que sobre uma perspectiva constitucional, diga-se de passagem, não impossibilitando que em muitos momentos determinadas decisões coloquem em uma condição limítrofe ao próprio direito basilar de acesso à saúde. Fragilizando a proteção jurídica à vida e por consequência ferindo ao próprio Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Importância constitucional máxima que segundo SILVA (2015, p.48) outros países como: Espanha, Itália, Suíça e Bélgica possuem a mesma proposta de raciocínio de proteção constitucional ao direito à saúde. Portanto, firmando a característica moderna, contemporânea existente no texto constitucional de 1988.

1.1 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A Lei 10.406 de 2002 instituiu o Código Civil de 2002 destacando para sua importância o conjunto de normas, institutos jurídicos e possui enquanto objeto as pessoas e suas relações com as demais. Notoriamente Lôbo (2015, p.17) afirma que o Código Civil de 2002 e conseqüentemente o Direito Civil

3 Data Venia: Expressão latina de uso comum no âmbito jurídico para iniciar uma argumentação. Significa: Com a devida licença.

pátrio aborda as dimensões jurídicas da existência cotidiana das pessoas e de outros sujeitos de direito.

Deve-se considerar aquilo que o Direito e sua evolução histórica consideram como relevante e necessário para a regulação mínima das condutas. Lôbo (2015, p17) destaca em sua acepção: “Para regulação mínima das condutas, que assegurem a vida de cada um, como membro da sociedade”.

A referida citação é uma afirmativa do aspecto protetivo à vida, de fato, presente no discurso do referido autor que encontra total recepção do Código de Direito Civil de 2002. Sim, pelo simples e complexo fato de que a vida é tutelada pelo referido código no Art.2 ao afirmar: “A personalidade civil de pessoa começa do nascimento com vida; mas, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. A palavra vida emerge do texto civil pátrio e encontra inclusive guarida a partir dos denominados Direitos da Personalidade.

E por falar em Direitos da Personalidade, portanto, segundo a doutrina a vida é um Direito da Personalidade. Assim sendo, aquele que nasce com vida, de fato, trata-se daquele que adquiriu personalidade. Por efeito receberá ou deveria receber toda a tutela do Estado necessária para uma vida digna, uma vida saudável e conseqüentemente para a manutenção do direito de acesso à saúde.

Obviamente que as pessoas tratadas pelo Código Civil de 2002, refere-se, especialmente as pessoas naturais, ou seja, a pessoa humana. O vigente código civil pátrio abrange sua tutela as pessoas jurídicas de direito privado.

No que se refere especificamente ao objeto deste trabalho: cláusula de coparticipação. Trata-se de uma problemática que incidirá a força normativa do Código Civil de 2002. Fazendo inclusive menção a sua natureza contratualista e ordem obrigacional. Ora, trata-se, a cláusula de coparticipação de um tema inerente as relações contratuais e por consequência pertencente ao direito das obrigações.

As cláusulas de coparticipação, portanto, especificamente nos contratos de planos de saúde tem dificultado o exercício do direito de acesso à saúde. Ocorrendo a fragilização da vida e, portanto, a proteção integral da vida fica à mercê do exaurimento diante da existência de cláusula que impede o acesso integral ao direito à saúde. Cláusula denominada pelo Código de Defesa do

Consumidor enquanto: Leonina.

Voltando ao tema inerente aos Direitos da Personalidade, diga-se de passagem, a vida sobre a percepção do Código Civil de 2002 é um Direito da Personalidade. Os Direitos da Personalidade encontram-se sobre a tutela do Código Civil de 2002 a partir do Art.11 ao Art.21. Deve-se, neste caso, destacar para a ciência que o dito Direitos da Personalidade não possuem um rol taxativo (Numerus Clausus) referente aos tipos, espécies de Direitos da Personalidade. Porém, a vida encontra sua proteção a sobre a película de proteção dos Direitos da Personalidade. Sendo assim, referente ao Art. 2 do vigente Código Civil sobre é gide da afirmativa que o nascimento com vida é requisito para aquisição de personalidade e por sua vez receberá a proteção jurídica necessária para sua proteção integral.

A problemática em torno da cláusula de coparticipação obriga o resgate do conceito inerente aos contratos segundo o Código Civil de 2002 e da doutrina civilista vigente. Explanar a respeito do direito à saúde a partir da luz do Código Civil de 2002, de fato, é um convite para adentrar na temática dos contratos. Inclusive pelo fato de que o tema da cláusula de coparticipação é de natureza contratual, portanto, coerente com a argumentação que por ora desenvolve.

A respeito dos contratos segundo a cognição de LÔBO (2015, p.54) os contratos são instrumentos de concretização do negócio jurídico. Portanto, o célebre autor apresenta a importância do contrato no que diz respeito ao negócio jurídico e sua autonomia privada negocial.

Expressa LÔBO (2015, p.54):

A autonomia privada negocial é o poder jurídico conferido pelo direito aos particulares para a autoregumentação de seus interesses, nos limites estabelecidos. O instrumento mediante o qual se concretiza é o negócio jurídico, especialmente o contrato.

Nesse mesmo sentido da referida literatura doutrinária a partir das palavras do notório doutrinador o Art. 421 do Código Civil de 2002 afirma em relação a liberdade contratual: “A liberdade contratual de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Ora, o fato de existir liberdade contratual, portanto, refere-se a uma das características do contrato, aliás, referente ao Princípio Autonomia Privada Negocial.

Falar em liberdade negocial, ou simplesmente, em Princípio da Autonomia Privada Negocial, diga-se de passagem, não significa afirmar que a liberdade é absoluta. A liberdade da qual refere-se o vigente texto civilista não é absoluta e nem desprovida do bom senso da segurança jurídica. Tal liberdade possui premissas reguladoras, ou melhor, princípios reguladores da relação contratual entre as partes. Liberdade em até um certo ponto controlada em nome da proteção a pessoa humana, aliás, sendo norteadada pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Art. 1, III da Constituição da República Federativa do Brasil.

Pessoa humana que será tutelada a partir dos princípios contratuais que funcionam enquanto limitadores do exercício do poder e conseqüentemente da arbitrariedade. Segundo Lôbo (2015, p.54) os princípios inerentes a relação contratual dividem-se em: 1º Individuais e 2º Sociais. Segundo o referido autor os princípios individuais dizem respeito aos interesses individuais das partes do contrato e sendo os seguintes princípios: Princípio da autonomia privada negocial, princípio da força obrigatória (*Pacta Sunt Servanda*), princípio da relatividade os efeitos do contrato.

Os princípios sociais são correspondentes ao modelo da constituição e dividem-se em: Princípio da função social, princípio da boa-fé objetiva, princípio da equivalência material. Deve-se, porém, compreender que nenhum princípio é ilimitado ou absoluto, porém, é em proteção da pessoa humana e não do contrato, *per si*⁴, que os princípios existem.

No que diz respeito a problemática do trabalho que ora se desenvolve, de fato, quatro princípios podem ser destacados: 1º Princípio da dignidade da pessoa humana, 2º Princípio da força obrigatória (*Pact Sunt Servanda*), 3º Princípio da relatividade dos efeitos do contrato e 4º Princípio da equivalência material. Ora, no que se refere, portanto, a relação contratual no âmbito do direito à saúde, percebe-se,

⁴ **Per si:** Palavra de origem do Latim uso comum no âmbito jurídico para expressar o sentido da palavra por si, podendo seu uso ser individual ou agrupado. No âmbito jurídico o seu uso comum é de forma isolada, sendo, portanto, *per si*.

que trata-se de um contrato de natureza por adesão. Nos contratos de natureza por adesão, diga-se de passagem, a liberdade negocial é, portanto, inerente ao próprio Princípio da Autonomia Contratual. Princípio presente no Art. 421 do Código Civil de 2002, porém, é importante destacar para o fato de que tal liberdade é tendente para a parte contratada e não para a parte contratante.

A partir da compreensão do parágrafo anterior, portanto, verificar-se à uma força impositiva característica inerente dos contratos por adesão. Tais contratos tratados no Art. 47 do Código de Defesa do Consumidor de 1990 (lei 8.078/90) apresentando uma medida protetiva da parte vulnerável de maneira irrestrita. Significa que o Código Civil de 2002 desenvolve um limite tendencioso onde limita a interpretação mais favorável ao aderente, ou seja, tolhe.

Explica Lôbo (2015, p. 181):

O Art. 423 do CC limita a interpretação favorável ao aderente à ocorrência de cláusulas ambíguas ou contraditórias, enquanto o art. 47 do CDC é irrestrito, determinando que as cláusulas contratuais sejam “interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, pura e simplesmente.

Significa que nesse sentido o Código de Defesa do Consumidor de 1990 desenvolveu uma inovação. Tal inovação teve um efeito protetivo no que se refere ao vulnerável da relação contratual. Efeito protetivo que deixava à deriva da arbitrariedade a pessoa humana, aliás, arbitrariedade que muitas vezes sendo perceptível nos contratos de operadoras de saúde (planos de saúde).

Afirma o Art. 423 do Código de Processo Civil: “Quando houver no contrato de adesão cláusula ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. A arbitrariedade do uso do poder, portanto, presente muitas vezes na relação operadora de saúde e plano de saúde com o contratante, diga-se de passagem, especificamente sobre a natureza impositiva dos contratos adesão podem representar insegurança jurídica. Neste aspecto, porém, as cláusulas de coparticipação são limitadoras do direito de acesso à saúde.

O Princípio da Força Obrigatória conhecido pelo brocardo jurídico Pact Sunt Servanda desenvolve na relação contratual uma força que obriga as partes ao cumprimento do contrato. Explicitando, dessa maneira, que o contrato gera

força normativa entre as partes, ou seja, o contrato é lei entre as partes. Se o contrato desenvolve força obrigatória, diga-se de passagem, o contrato gera uma obrigação.

Porém, tal força obrigatória encontra limites inerentes ao Princípio Basilar da Dignidade da Pessoa humana, Art.1, III da Constituição Federal de 1988. Limites esses que possuem enquanto objetivo a proteção da pessoa humana, portanto, a proteção à vida, a integridade psíquica e por consequência inerente para a conquista da felicidade.

A proteção da pessoa humana na relação contratual, também, receberá a incidência do Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato. Em síntese o referido princípio propõe que terceiros sejam abstraídos da força obrigatória do contrato, portanto, os efeitos da relação contratual limitam-se as partes do contrato.

No que se refere ao Princípio da Equivalência Material é de máxima importância para a problemática apresentada pelo texto que ora se desenvolve. O referido princípio propõe o justo equilíbrio da relação contratual e por efeito possibilitando a manutenção do justo equilíbrio, da proporcionalidade dos direitos e obrigações derivados do contrato.

A dita força normativa do contrato, ou simplesmente, Pacta Sunt Servanda a partir do Princípio da Equivalência Material tornam-se plausível de relativização. Nos contratos por adesão e especificamente naqueles elaborados pelas operadoras (planos de saúde) a força impositiva do contrato é uma marca inerente. Força impositiva que não possibilita a autonomia contratual por ambas as partes do contrato, por outro lado, possibilitando a autonomia da vontade contratual da parte contratada.

Nesse sentido Lôbo (2015, p.124) apresenta entendimento da possibilidade da existência de cláusulas negociáveis no âmbito do contrato por adesão. Nesse aspecto explana o referido autor:

O contrato de adesão não contém apenas condições gerais. Pode conter cláusulas contratuais negociadas ponto por ponto e outras partes que acompanham a declaração comum dos contratantes. As partes preenchidas em contrato impresso e padronizado são particulares, em princípio, e preferem às condições gerais para fins de interpretação. No contrato de adesão há um espaço, por menor que seja, insuscetível à predisposição. Ficando sob o regime comum dos contratos e do negócio jurídico. Os elementos de existência, os requisitos de validade, os fatores de eficácia do contrato de adesão são os mesmos do negócio jurídico. Por conseguinte, fica um espaço

mais ou menos estreito, no qual cabem somente à determinação de dados pessoais, identificação do objeto, preço e situações particulares.

Na contrapartida da argumentação do célebre doutrinador o Art. 54 do Código de Defesa do Consumidor afirma: “Contrato de adesão é aquele cuja cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. Não é o objetivo adentrar-se de maneira mais aprofundada a respeito do Código de Defesa do Consumidor, portanto, deve-se deixar a abordagem ao referido código para o item; 2.3 O Código de Defesa do Consumidor.

A verdade é que o Código Civil de 2002 não possui uma abordagem mais efetiva no que se refere aos contratos de adesão. No mesmo sentido, refere-se, também a denominada Cláusula de Coparticipação ficando não contemplada no Código Civil de 2002.

A previsão normativa do Código de Processo Civil de 2015 da Tutela Provisória de Urgência Antecipada caracteriza-se, enquanto, instrumento mediador para a relativização e para a celeridade de um direito essencial à vida e por consequência para a dignidade humana.

O ordenamento jurídico brasileiro a partir da luz da Magna Carta de 1988 concebe a saúde enquanto um direito de ordem fundamental social, portanto, ficando sobre a proteção do ordenamento jurídico a vida. Ora senhores (as), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) mudou seu entendimento a respeito da cláusula de coparticipação. No passado o entendimento do referido tribunal pairava sobre a afirmativa de que a cláusula de coparticipação tolhia o exercício do direito. No atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é admissível a cláusula de coparticipação para tratamentos quando passado 30 dias.

Neste caso referente Tutela Provisória de Urgência Antecipada presente no Código de Processo Civil de 2015 em seu Art. 300 no rol das Tutelas de Urgências sendo a temática e enfoque da proposta de pesquisa.

A Tutela de Urgência Antecipada é um instrumento que se encontra em harmonia com o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil. Percebe-se que a partir do instituto da Tutela de Urgência Antecipada a pessoa é capaz de postular seu

direito de acesso à saúde. Litigando o seu direito de acesso à saúde de maneira onde o direito poderá ser respondido em tempo de não ocorrer o exaurimento da vida.

E por falar em vida: Trata-se de direito fundamental sobre a tutela absoluta do Estado e que deveria possuir instrumentos de eficácia para a promoção, manutenção da saúde, sendo assim, a vida digna. Portanto, a vida não pode ser ceifada, exaurida em decorrência de cláusulas contratuais que ferem a pessoa humana e colocam em risco o direito constitucional à saúde.

O *Pacta Sunt Servanda* é plausível de relativização, neste aspecto, a previsão normativa do Código Civil de 2002 da Tutela Provisória de Urgência Antecipada caracteriza-se, enquanto, instrumento essencial para a celeridade de um direito essencial à vida e por consequência para a dignidade humana. Obviamente que o ordenamento jurídico brasileiro a partir da luz da Magna Carta de 1988 concebe a saúde enquanto um direito de ordem fundamental social, portanto, ficando sobre a proteção do ordenamento jurídico a vida.

O direito material apresentado a partir dos pressupostos normativos e principiológicos do Código Civil de 2002 é de máxima importância no que diz respeito ao direito à saúde. Obviamente, porém, que o direito à saúde não é estritamente o direito do consumidor e nem o direito civil, mas, trata-se o direito à saúde de um âmbito onde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.080/90, a Lei 9.656/98 e a Lei 9.961 de 2000 são de máxima importância.

Máxima importância que necessita de um âmbito efetivo para a proteção do direito de acesso à saúde. Âmbito que pode ser definido enquanto pertencente ao Código de Processo Civil de 2015. Obviamente o referido código não faz menção a respeito das Cláusulas de Coparticipação, porém, ele é fundamental para o estabelecimento das regras processuais do litígio ao direito de acesso à saúde. Fato este em que as regras para a judicialização da saúde são inerentes ao processo civil. Portanto, independentemente do grande número de leis e inclusive regulamentos da Agência Nacional de Saúde (ANS) além dos códigos já citados anteriormente, de fato, o trâmite ocorre pelas vias do processo civil.

A importância do direito processual civil dar-se à pela própria possibilidade do exercício da jurisdição, portanto, exercício que possui preceitos

pautados no Princípio da Inafastabilidade Jurisdição, Art.5, XXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Referente a importância e o papel do processo civil Dinamarco (2016, p.17) destaca: “O direito processual civil é responsável pelo exercício da jurisdição, ação e defesa com referência a pretensões fundadas em normas de direito privado (civil, comercial) e também público”.

Não existe um direito material que seja garantido sem a presença dos trâmites processuais. O direito processual civil está disponível enquanto elemento fundamental de acesso a jurisdição nos casos de matéria civil. A questão da relação contratual e especificamente da cláusula de coparticipação é inerente ao direito civil, portanto, sendo conseqüentemente inerente ao direito processual civil, neste caso, as regras do jogo são ditadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

1.2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor foi instituído a partir da Lei de nº 8.078 de

11 de setembro de 1990. Surgindo como proposta de proteção do consumidor, portanto, sendo compreendido enquanto texto normativo especializado para proteção da parte vulnerável (vulnerabilidade) da relação de consumo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aborda a temática de defesa do consumidor ao afirmar em seu Art.5, XXXIII: “O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor”. A partir da força normativa do referido artigo presente na constituição que nasce o Código de Defesa do Consumidor sobre a égide da proteção integral do consumidor, portanto, impondo ao Estado sua função protetiva ao consumidor (vulnerável).

No que se refere aos sintomas sociais contemporâneos o ordenamento jurídico brasileiro e especialmente no que se refere ao Código de Defesa do Consumidor existem novos desafios para a defesa da parte vulnerável. São os sintomas sociais contemporâneos que emergem de um sistema público de saúde precário e pelo efeito de um Estado ineficiente em sua função de promoção da saúde. O consumidor em muitos momentos torna-se refém do setor empresarial, diga-se de passagem, principalmente no referente as

operadoras (planos de saúde). Bertolo (2007, p. 36) afirma quanto o aspecto inovador e da função do Código de Defesa do Consumidor:

O Código de Defesa do Consumidor inaugurou uma nova era no exercício da cidadania em nosso país. Desde então, os cidadãos brasileiros contam com um poderoso instrumento de proteção nas relações de consumo, instrumento este que vêm sendo difundido de maneira notável, fazendo com que consumidores e fornecedores tenham conhecimento e assimilação das regras jurídicas que disciplinam as relações de consumo. O que era apenas um sonho, converteu-se em realidade.

O aspecto inovador apresentado pelo referido autor encontra uma barreira contemporaneamente no que se refere aos contratos de operadoras de saúde e planos de saúde. Ora, especificamente, no que diz respeito as ditas cláusulas de coparticipação o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ) enfraquece o aspecto protetivo inerente ao referido código. Realidade, diga-se de passagem, que retira o aspecto de igualdade entre as partes da relação de consumo, ou seja, a pessoa humana frente as operadoras de saúde (planos de saúde).

Deve-se compreender que existem consumidores que não possuem condições efetivas em estabelecer um contrato com uma operadora de saúde. Porém, tornam-se reféns de um sistema de saúde precário e ausente da eficácia do Estado. Por outro lado, aqueles que possuem condições mínimas de arcar com a onerosidade de um contrato com a operadora de saúde (plano de saúde) esbarram em uma qualidade de prestação de serviços que também são ineficientes. E que muitas vezes o próprio Estado tende a proteger aos empresários do setor e excluir os benefícios na tutela do consumidor.

No que se refere a relações de consumo e aos contratos de consumo e, especialmente, nas ditas relações de consumo. O consumidor em sua relação contratual com a operadora, ou simplesmente, plano de saúde, encontra guarida no Código de Defesa do Consumidor, sendo assim, o texto normativo de maior incidência sobre a temática.

Portanto, de acordo com o conteúdo apresentado ao longo do desenvolvimento deste trabalho, percebe-se, que a temática do direito à saúde não se limita ao Código de Defesa do Consumidor. A questão que se encontra em debate não se restringi em uma simples relação contratual, mas, na relação com a vida e a proteção integral à vida.

O Código de Defesa do Consumidor no Art. 4 apresenta a Política Nacional das Relações de Consumo apresentando sua característica de proteção integral do consumidor. Neste aspecto apresenta o referido artigo:

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.

Percebe-se, a partir da referida citação o destaque que o Código apresenta em seu escopo o aspecto de proteção da dignidade e da vida. Aspectos que encontram harmonia no que se refere ao próprio Art. 1, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A vida encontra guarida mais uma vez em uma previsão normativa inerente ao próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda no que diz respeito ao Art. 4 do Código de Defesa do Consumidor, percebe-se, ao termino do referido artigo o destaque para relação transparente, harmônica que devem ser orientadas com base nos princípios inerentes ao Código de Defesa do Consumidor. Um desses princípios refere-se ao Princípio Basilar da Dignidade da Pessoa Humana, diga-se de passagem, princípio que ao longo deste trabalho tem sido efusivamente explanado.

Torna-se inevitável abordar ao tema da vida e da dignidade no que diz respeito aos contratos com as operadoras (planos de saúde) sem adentrar especificamente no que se refere ao tema das cláusulas de coparticipação. Tema que é o cerne da problemática do qual se propõe este trabalho, ou seja, a cláusula de coparticipação.

Nesse sentido que no tocante aos princípios afirma BERTOLO (2007, p. 37) especialmente no que se refere aos princípios citados no Código de Defesa do Consumidor afirma: “Os princípios adotados como norteadores do Código têm por finalidade a proteção do consumidor”. Não existe necessidade de aprofundamento no que se refere aos princípios inerentes ao Código de Defesa do Consumidor, especialmente, nos princípios do qual o referido autor explana. Tais princípios apresentados pelo autor em sua obra dizem especialmente aos princípios gerais da proteção publicitária, portanto, presentes em artigos diversos do referido código.

Os princípios inerentes ao Art.4 do Código de Defesa do Consumidor referem-se aos princípios de proteção geral. Destacar-se à para os seguintes princípios: I – Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, II - Ação Governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor a) pela presença do Estado no mercado de consumo. Destacando-se por último para compreensão deste trabalho o Art. 4, III segundo a afirmativa da letra da lei:

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

O texto supracitado apresenta dois pontos importantes a serem destacados; 1º Boa-fé e 2º Equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. O ponto 1º refere-se ao Princípio da Boa-fé, de fato, trata-se de um princípio que não se restringe ao Código de Defesa do Consumidor. A boa-fé é um dos princípios presente no Código Civil de 2002 e sendo inerente inclusive as relações contratuais.

O Princípio da Boa-fé presente em diversos textos normativos sendo um dos princípios básicos na relação contratual. No contexto do Código de Defesa do Consumidor e especificamente no que diz respeito as Cláusulas de Coparticipação a boa-fé é fundamental para a defesa do consumidor. Porém, devido ao próprio atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito da cláusula de coparticipação enfraqueceu determinados princípios e até mesmo a força normativa do Código de Defesa do Consumidor. O Código Civil de 2002 apresenta no Art. 422 enquanto um dos princípios basilares das relações contratuais a boa-fé e a probidade. No que diz respeito as ditas cláusulas de coparticipação o referido texto normativo que tutela os direitos do consumidor apresenta a partir do Art.39 a defesa do consumidor frente as condutas de práticas abusivas. Trata-se do Art. 39 de uma vedação onde a finalidade é proteger a parte mais vulnerável (vulnerabilidade).

Destacam-se para a fundamentação da problemática abordada por este trabalho os seguintes incisos do Art.39: IV, X, XIII. Portanto, o Art.39 do Código de Defesa do Consumidor define: “É vedado ao fornecedor de produtos ou

serviços, dentre outras práticas abusivas”. Destaca-se a seguinte expressão: “Fornecedor de produtos ou serviços”.

Fornecedor segundo Art.3 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.

A expressão “comercialização de produtos ou prestação de serviços” que emerge a partir do artigo supracitado encontra incidência no que diz respeito a relação pessoa (consumidor) e operadora (plano de saúde). Portanto, o plano de saúde é o produto oferecido pela operadora de saúde e que muitas vezes a própria operadora de saúde é proprietária do centro médico onde será ofertado o serviço.

Retomando ao que diz respeito as práticas abusivas descritas no Art.39 do Código de Defesa do Consumidor os incisos anteriormente citados esclarecem:

IV- Prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo m vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços. X-Elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. XIII Aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

A problemática em relação a cláusula de coparticipação, porém, não é essencialmente o único aspecto inerente ao tema. O Art.39 do referido texto normativo, sobre este aspecto, do texto normativo o Art. 51 apresenta as cláusulas abusivas. E por falar em aspecto da abusividade das cláusulas contratuais, contudo, especificamente diante da Cláusula de Coparticipação o entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça (STJ) era protetivo do consumidor em uma harmonia normativa com o Código de Defesa do Consumidor. Entendimento que será melhor aprofundado no item: 3. A Cláusula de Coparticipação no Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Direito de Acesso à Saúde.

E no que diz respeito a característica de abusividade o Código de Defesa do Consumidor afirma no Art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que”

Tendo sobre o aspecto protetivo da pessoa humana frente a arbitrariedade de cláusulas contratuais que põe em risco a pessoa humana e conseqüentemente ao próprio direito à vida.

O inciso IV do referido artigo, portanto, apresenta em seu texto normativo os já citados Princípios da Boa-fé e da equidade. No sentido expresso do inciso V do Art. 51 o aspecto da existência de obrigações que sejam abusivas e que tornem o consumidor ainda mais hipossuficiente, por outro, lado não se restringindo ao aspecto de meramente da desvantagem e, portanto, bastando que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

A problemática referente a cláusula de coparticipação, porém, a partir do entendimento do Código de Defesa do Consumidor, também, poderá ser compreendida enquanto uma prática demasiada, ou simplesmente, fazendo o uso da expressão presente no referido código: Vantagem exagerada. Referente ao que poderia ser compreendido enquanto “vantagem exagerada” afirma o §1º, III: “Se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”. A cláusula de coparticipação trata-se de uma cláusula que poderá se tornar eminentemente onerosa, portanto, colocando em risco ao próprio direito de acesso à saúde.

De acordo com o que foi explanado a respeito dos contratos de adesão no item: 2.2 O Código Civil Brasileiro de 2002 e o Código de Processo Civil de 2015. Tendo sido apresentado no desenvolvimento do referido item a natureza e características dos contratos de adesão. Portanto, uma das características centrais dessa natureza de contrato, de fato, trata-se da sua natureza impositiva. Apresentado uma característica unilateral, sendo assim, por força impositiva é inegável que a parte contratante, ou seja, o consumidor fica ainda mais exposto em uma situação de vulnerabilidade contratual.

No que se refere ao contrato de adesão define o Art. 54 do Código de Defesa do Consumidor: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Nos contratos de adesão, especialmente, naquilo que diz respeito aos

contratos de planos de saúde a cláusula de coparticipação devem preencher as orientações do §4º do Art. 54. Devendo ser redigidas com destaque, possibilitando dessa maneira sua imediata e fácil compreensão. Deve-se, porém, destacar para o simples e complexo fato de que no referido artigo, aliás, o próprio Código de Defesa do Consumidor não faz nenhuma espécie de menção à cláusula de coparticipação. Portando, cabendo a jurisprudência apresentar o trato a respeito da cláusula de coparticipação.

O sentido que incidirá sobre a cláusula de coparticipação a partir do Art. 54, § 4º diz respeito ao limite do exercício do direito imposto a partir da referida cláusula. Nesse aspecto que o Art. 54, § 4º define: “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

Nos contratos de adesão propostos pelas operadoras de saúde (planos de saúde) deve-se, porém, lembrar que diante dos limites que são impostos pela cláusula de coparticipação e, efetivamente, pode ser traduzido enquanto a onerosidade excessiva para o consumidor. Onerosidade excessiva que pode colocar em risco ao próprio exercício de direito de acesso à saúde. Portanto, é dever ser do Estado brasileiro e por consequência do ordenamento jurídico brasileiro proteger a pessoa humana sobre qualquer espécie de ameaça à sua integridade.

1.3 A SAÚDE PÚBLICA A PARTIR DA LEI 8.080 DE 1990 E A LEI 9.961 DE 2000

Explicar a respeito da Lei de nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 significa adentrar no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Sistema que possui enquanto objetivo a promoção, proteção e recuperação da saúde a partir do acesso universal e igualitário. A palavra universal e igualitário remete aos Princípios da Universalidade e da Igualdade inerentes ao referido texto normativo.

O Sistema Único de Saúde não se limita aos serviços público de saúde e de sua oferta, aliás, *data venia*, abrange os serviços privados e até mesmo empresas privadas que atuam de maneira complementar ao sistema público de saúde. A abrangência territorial da Lei de nº 8.080 de 1990 possui enquanto

foco todo o território nacional. Possibilitando a oferta de ações, e serviços de saúde que poderão ser executados de maneira isolada ou conjuntamente de acordo com a previsão do Art. 1º da referida lei.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta à saúde enquanto um direito fundamental social, sendo assim, um direito humano. Portanto, o Art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 define à saúde enquanto direito coletivo: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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 a promoção, proteção e recuperação”.

O enquanto direito fundamental social é o Art. 2 da lei 8.080 quem define à saúde enquanto um direito de ordem fundamental. A partir de uma simples comparação do Art. 196 da constituição com o Art 2, § 1º da lei 8.080 de 1990, percebe-se, portanto, a existência de duas palavras que se repetem, aliás, que se traduzem enquanto os já referidos Princípios da Universalidade e Igualdade. O Art. 196 da constituição afirma: “Acesso universal e igualitário” e neste sentido estando de plena harmonia ao texto constitucional.

Neste mesmo sentido o Art. 2, §1 da lei 8.080 afirma:

O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

No sentido estrito do Art. 2, § 3 as palavras universal e igualitário ressurgem em plena harmonia com o Art.196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Portanto, os Princípios da Universalidade e da Igualdade são norteadores essenciais no que se refere não apenas ao Sistema Único de Saúde (SUS), mas, principalmente ao próprio direito à saúde.

A promulgação da lei 8.080 de 1990 foi resultado inerente da força normativa da constituição, portanto, sendo resulta da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O Art.6 da referida constituição elevou a saúde enquanto um direito de ordem social transportando a questão da saúde para o âmbito da tutela do Estado. Sobre este aspecto da película protetiva o Estado

torna-se o principal elemento de promoção da saúde, fato, presente na constituição e na referida lei nº 8.080 de 1990.

Sobre essa égide argumentativa é dever da sociedade ser agente viabilizador na prevenção, promoção e intervenção da saúde. Fato personificado no Art.2, da lei nº 8.080 de 1990: “O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

E por falar em dever; portanto, a palavra empresa destaca-se no referido texto normativo, obviamente, onde o sentido empregado poderá ser plausível de diversas interpretações. No tocante ao proposto e em decurso neste trabalho, portanto, a palavra empresa é plausível de incidência sobre as operadoras de saúde (planos de saúde). Sendo de suma importância se destacar o Art. 4, §2: “A iniciativa privada poderá participar do sistema único de saúde (SUS), em caráter complementar”.

Saúde *complementar*⁵ é quando a iniciativa privada passa a atuar na saúde pública de acordo com o Art. 199 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Afirma o referido artigo: “A assistência à saúde é livre a iniciativa privada”. No caso referente as operadoras de saúde e planos de saúde fazem parte da denominada saúde suplementar.

A lei 8.080 possui enquanto objetivo central o estabelecimento do Sistema Único de Saúde (SUS). Diga-se de passagem, a referida lei delinea que o Sistema Único de Saúde (SUS) não se limita a função do Estado. Apresentado uma dimensão de responsabilidade que vai além do próprio Estado fazendo o resgate da responsabilidade, do papel da sociedade na promoção e inclusive prevenção da saúde.

Na estrutura do referido texto normativo e especialmente no que se refere aos princípios e diretrizes. A lei 8.080 possibilita a participação da comunidade na promoção da saúde presente no Art.7, VIII. Trata-se, portanto, do princípio da participação da comunidade.

⁵ **Saúde complementar:** Trata-se do âmbito de atuação das empresas privadas na saúde pública sendo resultado da Constituição do Brasil de 1998 que possibilitou a participação privada na saúde pública. A lei 8.080 de 1990 concretizou o texto constitucional ao afirmar que a participação das empresas privadas na saúde pública. Por sua vez, a lei 9.656 de 1998 possibilitou a participação das operadoras de saúde no âmbito da saúde suplementar.

Destacam-se enquanto princípios essenciais para a matéria deste trabalho, Art. 7º: I-Universalidade, II-Integralidade, III-Preservação da autonomia das pessoas, IV-Igualdade.

No que se refere à lei de 8.080, compreende-se, que não possui uma incidência direta sobre o tema referente aos planos de saúde. Porém, não significa que não ocorrerá a incidência da referida lei sobre a intervenção das empresas privadas sobre o Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a explanação até o momento apresentada.

A participação das empresas privadas ocorrerá de forma complementar segundo o Art.24: “Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada”. Diferentemente da participação das operadoras de saúde (planos de saúde) que será de forma suplementar, portanto, não possuindo intervenção direta no sistema de saúde pública.

Sobre o aspecto da participação das operadoras e planos de saúde de maneira suplementar surge a lei de nº 9.961 de 2000. A partir da referida lei e de sua força normativa surge a Agência Nacional de Saúde (ANS).

Fato que pode ser apreciado a partir do Art.1 ao afirmar:

É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

A Agência Nacional de Saúde (ANS) terá a finalidade de efetivar a defesa do interesse público no que diz respeito a saúde suplementar. Sobre este aspecto as operadoras de saúde (planos de saúde) são regulamentadas pela Agência Nacional de Saúde (ANS).

Define o Art.3 da referida lei:

A ANS terá por finalidade institucional 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.

A competência da Agência Nacional de Saúde (ANS) ocorrerá, também, a partir das denominadas resoluções normativas (RN). Sendo de sua competência: Propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar, ou seja, o CONSU para regulação do setor de saúde suplementar. Ainda referente a competência da Agência Nacional de Saúde (ANS) o Art.4 estabelece enquanto uma de suas competências o estabelecimento das características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras de saúde.

O atual contexto do oferecimento de serviços de saúde no país esbarra em diversas dificuldades inerentes ao atual contexto socioeconômico. A crise que teve início em 2015 desenvolveu forte impacto no âmbito da saúde pública e por consequência também no âmbito da saúde privada. Por tais motivos a Agência Nacional de Saúde (ANS), por sua vez, possui o dever de efetivar sua competência em fiscalizar, exigir qualidade técnica e humanizada nos serviços prestados pelas operadoras de saúde. Segundo a previsão do Art. 4, XXV da Lei de nº 9.961 de 2000: “Avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência”.

A Agência Nacional de Saúde (ANS) possui forte papel para fiscalização e o controle da qualidade dos serviços ofertados pelas operadoras de saúde (planos de saúde). Obviamente que seu papel se limita ao âmbito administrativo e inclusive no que diz respeito a determinadas punições culminadas. A judicialização da saúde, porém, ocorrerá no âmbito do Poder Judiciário após o exaurimento do âmbito administrativo. Evitando, dessa maneira, uma desarmonia frente a competência de cada âmbito: Administrativo e judiciário.

1.4 A LEI 9.656 DE 1998

A lei 9.656 de 1998 é o texto normativo específico no que se refere as relações entre operadora de saúde (plano de saúde) e o consumidor. Aliás, especialmente no que se refere a proteção do consumidor a partir do pacto estabelecido por meio do contrato, diga-se de passagem, o Art. 1º, I apresenta

o aspecto protetivo da lei frente a continuidade dos serviços de saúde independentemente de limites financeiros. Por definição o referido artigo de maneira quase imperceptível apresenta a característica de trato sucessivo que é inerente dos contratos de operadoras de saúde (planos de saúde).

O fato dos contratos de operadoras de saúde (planos de saúde) possuírem natureza impositiva, ou seja, característica inerente dos contratos de adesão, portanto, não impossibilita o aspecto de trato sucessivo da relação contratual. Sobre tais aspectos protetivos e dos limites financeiros o Art.1, I da referida lei dispõe:

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.

Observa-se, neste sentido, porém, a existência de uma película protetiva extensa da Lei de nº 9.656 de 1998 no que se refere ao direito de acesso à saúde. Ora, afirma o texto normativo supracitado: “Prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré, ou pós estabelecidos, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde”. Destacam-se para finalidade deste trabalho as seguintes expressões: 1º prestação continuada, 2º cobertura de custos assistenciais por prazo indeterminado, 3º Com a finalidade de garantir sem limite financeiro a assistência à saúde.

O aspecto 1º referente a prestação continuada apresenta a dimensão de trato sucessivo dessa natureza de relação contratual. O aspecto 2º referente reafirma a característica de atemporalidade desta natureza de contrato, ou melhor, na prestação de serviços que possibilitem o exercício do direito de acesso à saúde. O aspecto 3º, talvez, o mais importante entre os aspectos até o momento citados apresenta uma proteção do vulnerável (vulnerabilidade) ao afirmar: “Finalidade de garantir sem limite financeiro a assistência à saúde”. Ora, o aspecto 3º incidirá com harmonia sobre ao

objeto deste trabalho, ou seja, a cláusula de coparticipação, portanto, no que diz respeito a relação contratual, especificamente, no que diz respeito ao aspecto obrigacional limita (tolhe) o exercício do direito de acesso à saúde.

O fragmento normativo supracitado inerente ao Art.1, I da Lei de nº 9.656 é taxativo ao afirmar a finalidade de garantia sem limites financeiros. Garantia que será empregada ao exercício do direito de acesso irrestrito à saúde, portanto, no que se refere a cláusula de coparticipação, nota-se, uma mácula que fere ao próprio referido artigo e inciso.

Neste sentido a existência de previsão normativa inerente a lei específica que trata de matéria específica, diga-se de passagem, remete ao operador do direito ao resgate do *princípio da especialidade da norma*⁶ (Lex Specialis Derogat Legi Generali). A partir do referido princípio presume-se que a lei especial, ou seja, específica e, portanto, neste caso a lei de nº 9.656 de 1998 possui força normativa e incidência especial para a matéria em tela. Segundo Diniz (2015, p.107) existem dois meios de solução para o conflito entre normas (antinomia), portanto, afirma DINIZ (2015, p.107): “Se houver uma norma anterior-especial conflitante a uma norma posterior-geral, seria a primeira preferida pelo critério da especialidade e a segunda, pelo critério cronológico”.

A efetividade da lei 9.656 de 1998 apresenta a partir do Art.8, §2 o aspecto punitivo para a operadora de saúde (plano de saúde) que não estiver de acordo os aspectos inerentes ao Art.1, I e §1 da referida lei. Portanto, apresenta a seguinte definição em seu escopo normativo referente ao Art.8, §2: “ A autorização de comercialização será cancelada caso a operadora não comercialize os produtos de que tratam o inciso I e o §1 do art. 1 desta Lei, no prazo máximo de cento e oitenta dias a contar do seu registro na ANS”. Sendo assim é inerente enquanto requisito mínimo para o funcionamento, ou seja, para a eficácia do alvará de funcionamento que a operadora de saúde (plano de saúde) respeite a orientação do Art.1, I e §1.

⁶ **Princípio da especialidade:** Princípio que busca a solução do conflito aparente de normas a partir da incidência de norma especial, ou seja, de uma norma que é específica à matéria apresentada. Também, conhecido no meio jurídico a partir do brocardo: “Lex Specialis Derogat Legi Generali”. Cujo o significado em sua expressão literária pode ser compreendido enquanto: A Lei Especial Derrogará a Lei Geral.

Segundo a previsão do Art.8, §4 poderá a ANS: “Determinar a suspensão temporária da comercialização de plano ou produto caso identifique qualquer irregularidade contratual, econômico-financeira ou assistencial”. Ora, senhores (as), trata-se, portanto, a cláusula de visível ofensa aos pressupostos apresentados e pertencentes a referida lei 9.656 de 1998. A partir de uma interpretação estrita ao referido Art.1, I, portanto, percebe-se a violação no sentido de tolher, de limitar o exercício do direito de acesso à saúde a partir de limites financeiros arbitrados pela cláusula de coparticipação. Tolhimento do direito ao exercício de acesso à saúde que será esclarecido e aprofundado no capítulo 3: A Cláusula de Coparticipação no Ordenamento Jurídico Brasileiro e O Direito de Acesso à Saúde.

2 A CLÁUSULA DE COPARTICIPAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O DIREITO DE ACESSO À SAÚDE

Construir uma narrativa em relação a cláusula de coparticipação a partir do entendimento do ordenamento jurídico brasileiro é inevitavelmente adentrar no campo da jurisprudência. Fato, que poderá ser facilmente perceptível ao longo do desenvolvimento deste trabalho. Por um simples e complexo fato, ou seja, as leis vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, especificamente no que diz respeito à cláusula de coparticipação não possuem absolutamente nenhuma referência normativa consistente.

Diante da ausência de norma que tutele ao tema da cláusula de coparticipação, portanto, permanecerá a solução a critério dos diversos textos normativos pertencentes ao ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, sendo, indispensáveis para a defesa dos direitos dos usuários (consumidores) de operadoras de saúde (planos de saúde) a incidência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e os demais textos normativos: Código Civil de 2002, Código de Processo Civil de 2015, O Código de Defesa do Consumidor e às leis 8.080/90, 9.656/98, 9.961/2000.

O presente trabalho tem apresentado a construção de um raciocínio além dos limites do Código de Defesa do Consumidor, portanto, a incidência dos supracitados textos normativos é de máxima importância para a argumentação.

O ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, no que diz respeito a jurisprudência tem cada vez mais impactado nas decisões. Ora, sabe-se, que classicamente o ordenamento jurídico brasileiro estabilizou seu entendimento normativo especificamente no modelo, estrutura jurídica denominado de *Civil Law*. Nos ordenamentos jurídicos tipicamente *Civil Law* o discurso é embasado a partir dos textos normativos, ou seja, no Direito Positivo (Positivado) de acordo ao tocante e pertencente a realidade de cada ordenamento jurídico.

A verdade se é que existe e, portanto, pode-se dizer, que o ordenamento jurídico brasileiro especificamente no que se refere ao sistema, ou seja, ao modelo adotado, de fato, foi especificamente norteado a partir de uma ótica reducionista no modelo *Civil Law*. Nesse aspecto, porém, a realidade tem sido transformada mediante as características de singularidade existente nas demandas processuais contemporâneas. Portanto, sobre o aspecto processual contemporâneo o ordenamento jurídico brasileiro passou a ser orientado por um ponto de convergência em um sistema considerado misto.

Sistema misto que se caracteriza a partir de uma aproximação entre o sistema *Civil Law* e *Common Law*. Segundo o renomado autor Dinamarco (2016, p. 42) essa transformação e aproximação entre sistemas tem ocorrido de maneira global, portanto, trata-se de um fenômeno presente em diversos ordenamentos jurídicos em nível global. Dessa maneira Dinamarco (2016, p. 42) apresenta essa transformação da realidade ao afirmar: “São crescentes nos países de civil law o prestígio e a força da jurisprudência”. E por falar em ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito a aproximação *Civil Law* e *Common Law* explana Dinamarco (2016, p. 42):

O ordenamento jurídico brasileiro sempre foi tratado como um típico ordenamento jurídico de *Civil Law*, em que a jurisprudência não constitui fonte do direito, mas essa é uma afirmação que, dada a evolução experimentada nas últimas décadas, foi gradualmente se tornando insustentável

Percebe-se, portanto, que existe uma evolução normativa, ou simplesmente, uma evolução na linha de interpretação a partir de um sistema misto. Sistema que leva em consideração a perspectiva do *Civil Law* e do *Common Law* possuindo enquanto consistência a relevância da jurisprudência sobre as decisões.

Sobre este aspecto evolutivo afirma Dinamarco (2016, p.42):

Essa evolução normativa, aliada à relevância espontaneamente conferida à jurisprudência na prática judiciária da atualidade, preparou o terreno para imposição, agora presente no novo Código de Processo Civil, da obrigatória observância de determinados precedentes, decisões e linhas jurisprudenciais pelos juízes de todos os níveis – o que, em consequência, os qualifica como verdadeiras fontes do direito.

Nas exatas palavras do referido autor: “A jurisprudência deixou, portanto, de exercer mera influencia no espírito dos aplicadores da lei e passou a integrar o conjunto normativo a ser considerado nos julgamentos”. Neste sentido o Art. 489, §1º, VI do Código de Processo Civil de 2015 apresenta a afirmativa que considerará enquanto não fundamentadas decisões judiciais que não considerem a jurisprudência. Especificamente no que diz respeito a cláusula de coparticipação no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo fundamental compreender o atual peso decisório da jurisprudência sobre a matéria. De acordo com a narrativa já apresentada na introdução deste trabalho e, portanto, nos subseqüentes itens apresentou-se a existência de dois entendimentos jurídicos, neste caso, existindo uma nítida mudança de entendimento por parte do Poder Judiciário.

E por falar em nítida mudança de entendimento, *data venia*, no aspecto contemporaneíssimo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) recentemente em outubro do ano de 2019 determinou a suspensão da apreciação de pedidos de liminares sobre a matéria da cláusula de coparticipação. Especificamente a polêmica tem sido exaustivamente apresentada especialmente no que se refere ao âmbito da saúde mental.

Ora, tratam-se, das denominadas demandas repetitivas, ou simplesmente, *recursos repetitivos* ⁷, que são demandas processuais que apresentam as mesmas controversas de maneira constante. Sobre este aspecto: No que diz respeito a jurisprudência, portanto, percebe-se que a proposta do Superior Tribunal de Justiça (STJ) paira sobre a perspectiva da possível determinação a respeito da legalidade ou ilegalidade (abusividade) da cláusula de coparticipação. Debate que será melhor abordado na conclusão deste trabalho, portanto, voltemos a percepção para a questão da cláusula de coparticipação no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante da inexistência de texto normativo específico que aborde ao tema, abre-se, um espaço para a incidência da jurisprudência. Incidência que possui enquanto objetivo a pacificação, ou seja, uma resolução para o caso em tela apresente um norte pacificador para futuras apreciações sobre a matéria. Neste sentido, porém, a cláusula de coparticipação não possui referência normativa nos referidos códigos: Código Civil de 2002, Código de Processo Civil de 2015, O Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, sobre a película protetiva do ordenamento jurídico brasileiro, portanto, deve-se resgatar ao Princípio Basilar da Dignidade da Pessoa Humana, Art. 1, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ora, o simples fato, da inexistência de previsão normativa que tutela a dita cláusula de coparticipação não isentará o Estado e conseqüentemente o Poder Judiciário de seu papel protetivo da pessoa humana. Trata-se da necessidade de proteção ao mais precioso bem jurídico que pode ser definido enquanto: A vida.

Neste mesmo aspecto a Carta Magna de 1988 apresenta a tutela à saúde a partir do Art. 196 ao 200, porém, no mesmo sentido axiológico o Código Civil de 2002 em seu Art.2 tutelarà à vida. Especificamente tutelando a personalidade e, portanto, a vida sendo um direito da personalidade. A vida enquanto requisito para admissão de personalidade e, conseqüentemente, aquele que nasce com vida adquire personalidade. E por conseqüência da aquisição de personalidade passará adquirir direitos e a proteção jurídica do Estado.

No recente debate do Poder Judiciário brasileiro a respeito da cláusula de coparticipação, percebe-se, a existência de um movimento de revisão constante de entendimentos. Portanto, ao adentrar em um debate que não alcança uma estabilidade, ou seja, um entendimento rígido para uma maior sensação de segurança jurídica, de fato, a sociedade tende a ficar enfraquecida diante do próprio Estado.

⁷ **Recursos Repetitivos:** Tratam-se de casos foram instituídos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que por sua característica especial e que tratam da mesma matéria, ou seja, que tratam da mesma demanda necessitam de uma celeridade, isonomia e segurança jurídica de maior eficácia.

A inexistência do interesse da relativização da cláusula de coparticipação por parte das operadoras de saúde (planos de saúde) prejudica o aspecto mais benéfico ao mínimo necessário para a dignidade humana. Expondo a pessoa humana em uma condição de forte impacto devido ao entendimento meramente contratualista inerente à natureza do negócio jurídico.

Obviamente que o entendimento dos tribunais de instâncias superiores pode e poderá ser revisto, ou seja, a mudança de entendimento também será transformada, ou simplesmente, norteadas de acordo com a realidade social e econômica do Estado. Sobre o aspecto das constantes reviravoltas, ou seja, de mudanças de entendimento Dinamarco (2016, p. 44) apresenta o debate em torno da irretroatividade da jurisprudência. Segundo o entendimento do célebre autor e em suas exatas palavras:

O próprio substrato constitucional da aceitabilidade da jurisprudência como fonte do direito, ou seja, a oferta de segurança jurídica à população mediante a previsibilidade dos julgamentos do Poder Judiciário, impõe essa limitação temporal da eficácia normativa da jurisprudência – porque seria uma traição o Poder Judiciário proferir reiteradas decisões em determinado sentido, induzindo as pessoas e as empresas a pautarem suas vidas, seus negócios e seu planejamento de acordo com uma jurisprudência que acreditaram ser firme, e depois virem os próprios juízes com uma outra linha de decisões, castigando quem confiou nessa firmeza.

E por falar em reviravoltas de entendimentos jurisprudenciais, portanto, em um primeiro entendimento sobre a matéria o Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarou a existência de abusividade na cláusula de coparticipação. Entendimento inclusive que possui guarida no próprio Código de Defesa do Consumidor em seu Art. 51, §1º, III ao afirmar:

São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: §1º, III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

A proteção do Código de Defesa do Consumidor não se restringe ao referido Art. 51, portanto, o referido código normativo em seu Art. 54, §4º define:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo: §4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Neste sentido a partir da explanação aos referidos artigos pertencentes ao Código de Defesa do Consumidor, portanto, percebe-se, a proteção ao vulnerável na relação entre a pessoa física e a pessoa jurídica. Vulnerabilidade que é ainda mais superdimensionada devido à natureza da relação contratual inerente dos contratos de adesão. Ora, diante dessa vulnerabilidade e hipossuficiência eis que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmava a partir da Ministra Relatora NANCY ANDRIGHI ⁸:

A declaração de abusividade/validade da cláusula contratual de coparticipação dependerá da análise das circunstâncias concretas da avença, a depender da expressa e clara previsão no contrato, se o financiamento do procedimento por parte do usuário é parcial ou integral, se seu pagamento implica severa restrição ao acesso aos serviços.

Percebe-se, portanto, neste caso a partir do supracitado entendimento por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a existência de critérios, ou seja, de requisitos de admissibilidade para definição da abusividade da cláusula de coparticipação. Portanto, ainda, no que diz respeito aos critérios o referido entendimento apresenta de maneira clara e objetiva o teor de abusividade ao dispor: “ Se o financiamento do procedimento por parte do usuário é parcial ou integral, seu pagamento implica severa restrição ao acesso aos serviços”, portanto, eis que a abusividade poderá ser interpretada mesmo diante do pagamento parcial, assim sendo, compreendida enquanto cláusula abusiva, portanto, sendo harmônico ao Art.51, §1º, III do Código de Defesa do Consumidor.

O supracitado entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui enquanto fundamentação a existência de entendimento anterior proferido no ano de 2015 Ministro *João Otávio Noronha*⁹.

8 REsp 1671827 / RS: Recurso Especial 2017/0110020-4. Relator (a) Ministra NANCY ANDRIGHI, Órgão Julgador Terceira Turma.

Neste sentido afirma o referido Ministro:

São nulas cláusulas contratuais que limitam a cobertura integral de tratamento de doença coberta pelo plano de saúde, nela incluídos os custos médicos e hospitalares da internação para tratamento psiquiátrico (e-STJ, fls.300/301). A exigência de coparticipação a partir do 31º dia de internação representa, em verdade, uma forma de limitação temporal ao benefício devido ao segurado, uma vez que restringe a cobertura integral do tratamento psiquiátrico aos primeiros trinta dias de internação. A propósito, confira-se o seguinte excerto do julgado recorrido: "Ressalte-se também a abusividade da referida cláusula pela cobrança de franquia obrigatória, equivalente ao pagamento de 50 % (cinquenta por cento) das despesas hospitalares e honorários médicos de internação após o transcurso da cobertura integral de trinta dias, vez que a exigência de coparticipação após determinado período também constitui forma de limitação temporal ao benefício devido ao segurado.

Nota-se, portanto, a existência de uma proteção da pessoa humana e do mínimo necessário para o exercício do direito de acesso à saúde, sendo, a partir da tutela do Poder Judiciário com base no entendimento da jurisprudência. Porém, diga-se de passagem, a expressão reviravoltas passa a incidir fortemente novamente sobre a matéria, pelo simples e complexo fato, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça mudou mais uma vez. Ora, trata-se, de um novo entendimento que contradiz ao entendimento anterior. Portanto, resultando de alguma forma na fragilização da pessoa humana frente aos interesses contratuais da relação jurídica inerente ao negócio jurídico. Relação jurídica pautada no negócio jurídico que visa efusivamente ao interesse do capital inerente das grandes corporações e, portanto, expõe a pessoa humana diante da sua própria impotência frente ao interesse do Estado liberal.

Deve-se, porém, compreender que os constantes debates da cláusula de coparticipação desenvolveram ao longo dos anos diversos entendimentos. Que foram ao longo do desenvolvimento dos anos sendo construídos e desconstruídos entendimentos em relação a matéria. A neste sentido, eis que a controvérsia na determinação da legalidade ou abusividade nas ditas cláusulas de coparticipação estão em constante modificação, portanto, neste aspecto a respeito da abusividade declara a Súmula de nº 302: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado".

⁹ AgRg 737.982 / Proc. 2015/0161674-7, (a) Ministro JOÃO OTÁVIO NORONHA DF, Órgão Julgador Terceira Turma.

Ora eis que o ordenamento jurídico brasileiro, de fato, não possui em relação a matéria cláusula de coparticipação nenhum dispositivo normativo que seja efetivo em relação a cláusula de coparticipação. Portanto, permanecendo a solução para os casos sobre critério da interpretação e decisão a partir da jurisprudência. Firmando, portanto, mais uma vez a existência de um sistema misto Civil Law e Common Law. Em recente entendimento o Superior Tribunal de Justiça (STJ) optou pela não abusividade da cláusula de coparticipação no tocante aos internamentos que excedam 30 dias. Especificamente a polêmica foi levantada a partir dos casos de internamento em saúde mental. Neste sentido afirma o entendimento datado de 2016 que foi o entendimento que embasou o mais recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça a partir da Ministra NANCY ANDRIGHI¹⁰:

Não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente contratada e informada ao consumidor, para a hipótese de internação superior a 30 (trinta) dias decorrentes de transtornos psiquiátricos, pois destinada à manutenção do equilíbrio entre as prestações e contraprestações que envolvem a gestão dos custos dos contratos de planos de saúde.

A jurisprudência é clara ao afirmar critérios para a admissibilidade da cláusula de coparticipação, ou melhor, para declaração de abusividade ou validade sendo apresentado segundo o entendimento datado de 2018 da Ministra NANCY ANDRIGHI¹¹:

A declaração de abusividade/validade da cláusula contratual de coparticipação dependerá da análise das circunstâncias concretas da avença, a depender da expressa e clara previsão no contrato, se o financiamento do procedimento por parte do usuário é parcial ou integral, se seu pagamento implica severa restrição ao acesso aos serviços.

Observa-se, neste sentido, que a decisão da referida ministra relatora apresenta os seguintes critérios para validade, ou simplesmente, admissibilidade da cláusula de coparticipação: 1º Dependendo da expressa previsão, 2º Clara previsão. Neste aspecto o entendimento datado de 2018,

¹⁰ REsp n. 1.587.271/DF: Relatora a Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016

portanto, neste sentido o entendimento da referida ministra relatora encontra guarida no Art.54, §3º do Código de Defesa do Consumidor: “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”.

Neste mesmo aspecto normativo a *Lei de nº 9.656 de 1998*¹² apresenta os critérios, exigências para a celebração dos contratos de adesão ao dispor:

Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do Art.1 desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co- participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica.

No que diz respeito ao aspecto mais contemporâneo do debate em relação a cláusula de coparticipação o Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou a suspensão de todos os processos que possuem enquanto matéria a cláusula de coparticipação. Suspensão que possui enquanto proposta encontrar um entendimento coerente para pacificar o ordenamento jurídico brasileiro diante das constantes controvérsias referentes ao tema. Deixa-se a abordagem ao contexto contemporaneíssimo da suspensão e da cláusula de coparticipação para o próximo item deste trabalho: Conclusão.

Contudo, finda-se, o debate em relação ao aspecto da saúde no âmbito Brasil e do impacto da cláusula de coparticipação, especialmente, no que se refere a ausência de norma específica que aborde ao tema. Dessa maneira, deixando-se, as considerações finais para o já referido item no parágrafo anterior.

¹¹ **REsp 1671827 / RS.** Recurso especial 2017/0110020-4 Ministra Nancy Andriahi Órgão Julgador Terceira Turma. Data do Julgamento 13/03/2018.

¹² **Lei 9.656/98:** lei especial que regulamenta as operadoras de saúde (planos de saúde), também, conhecida popularmente enquanto a lei dos planos de saúde.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico existe para proteger a pessoa humana e não à pessoa para proteger o ordenamento jurídico. A égide estruturante ordenamento jurídico pátrio se estabelece sobre os pilares de proteção à pessoa humana e sua dignidade. Não obstante, portanto, é reafirmar o discurso construído ao longo do desenvolvimento deste trabalho ao dispor: O Princípio Basilar da Dignidade da Pessoa Humana é a pedra fundamental de fundação e sustentação de ordenamento jurídico brasileiro.

Ora, trata-se, de fato, a dignidade humana do mais basilar e necessário princípio de proteção à pessoa humana diante da arbitrariedade do próprio Estado e, até mesmo, dos interesses do Estado pautado em um mercantilismo arbitrário aos interesses da pessoa humana. Dignidade humana que apresenta sua tutela em nível universal pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 formalmente a partir do Art. 1, III.

Eis que se ergue o ser humano em um nível máximo de proteção como antes jamais formalizado em território tupiniquim, ou simplesmente, em Terra Brasilis. De maneira inovadora a Carta Magna de 1988 eleva o direito à saúde em um nível de um direito coletivo a partir do Art. 196 ao definir: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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 a promoção, proteção e recuperação”.

O texto constitucional é objetivo e assertivo ao definir à saúde enquanto um direito de todos e dever do Estado. Contudo, diante das vicissitudes de um sistema público de saúde precário e das péssimas condições da administração pública à saúde direito fundamental de ordem social encontra-se a mercê do interesse privado. Uma tentativa fugaz de solucionar o problema da ineficácia do Estado diante do seu dever de promover à saúde enquanto um direito absolutamente inalienável, ou seja, cláusula pétrea no humilde entendimento do autor deste trabalho.

Neste sentido normativo da proteção absoluta da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o Art.6 dimensiona à saúde enquanto

um direito fundamental de ordem social: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Ora, talvez, tal descaso com a proteção à saúde por parte do Estado, diga-se de passagem, diante de absoluta proteção da Carta Magna de 1988 pode-se traduzir enquanto nítido comportamento inconstitucional.

Diante dos sintomas sociais da ineficácia do Estado, portanto, surgem duas formas de intervenção da saúde por parte da inserção das empresas privadas. Surgindo o fenômeno da Saúde Suplementar e da Saúde Complementar realidades possibilitadas a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, da Lei de nº8.080 de 1990, da Lei de nº 9.656 de 1998 e da Lei de nº 9. 961 de 2000. Ora a força normativa da Carta Magna de 1988 possibilitou a inserção, institucionalização de diversos textos normativos no ordenamento jurídico interna enquanto meios de proteção à saúde e, portanto, de proteção da saúde enquanto um dos direitos máximos e sendo o mínimo necessário para dignidade humana.

Infelizmente em verdade o ordenamento jurídico no tocante aos diversos textos normativos possui insuficiência sobre o tema da cláusula de coparticipação. Aliás, diga-se de passagem, em um sentido mais prático normativo, portanto, ficando à critério dos entendimentos dos tribunais. Portanto, sendo o papel para pacificação dos litígios relacionados a coparticipação recebem forte incidência da jurisprudência. Ora, diante de visível lacuna dispõe o Art.4 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, porém, sobre este aspecto de visível ausência de norma que verse a respeito do tema o entendimento jurisprudencial é fundamental para a garantia dos direitos tidos insubstituíveis, eis que neste caso em específico: A saúde.

No recentíssimo contexto contemporâneo do intenso debate dos litígios a respeito da cláusula de coparticipação na saúde, portanto, a jurisprudência tem sido constantemente modificada. Compreensível que frente a forte pressão das operadoras de saúde (planos de saúde) diante do Poder Judiciário pátrio determinações como da ordem de suspensão por parte do Superior Tribunal de

Justiça (STJ) no tocante as liminares que versem a respeito do tema.

O fato é que com base no Art.23 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, de fato, poderá ocorrer mudança de entendimento, ou seja, o entendimento poderá mudar, ou simplesmente retroagir, mas a partir do referido artigo, portanto, não poderá ocorrer retroatividade dos efeitos de uma decisão já transitada, julgada, ou mesmo, dos efeitos de uma antecipação de tutela já concedida. Sendo assim não poderá ocorrer perda de direito adquirido em decorrência de novo entendimento, mas, poderá o novo entendimento impactar nos futuros processos e decisões. O Art. 23 é claro e objetivo ao afirmar que a decisão judicial que altere interpretação da lei, ou seja, impondo novos efeitos, deveres de direito deverá conter regime de transição para a sua aplicação.

Portanto, em meios as constantes mudanças de entendimento a sociedade ficar à mercê de um entendimento que pacifique a garantia de acesso e que impeça ao tolhimento do direito basilar de acesso à saúde. Direito que não poderá e nem deverá ser tolhido em meio a existência de cláusulas contratuais que não estão a serviço da proteção do contrato por si próprio, porém, a serviço da proteção da pessoa humana e de sua dignidade. No embalo das constantes modificações de entendimento, eis, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) suspende os litígios que versem a respeito da cláusula de coparticipação em busca do entendimento pacífico.

Neste mesmo sentido da suspensão, portanto, os constantes debates em relação a legalidade ou abusividade da cláusula de coparticipação permanecem ao relento dos braços de Morfeu¹³ e a espera do despertar de um entendimento benéfico para o hipossuficiente dessa relação jurídica.

Finda-se este trabalho em consonância harmoniosa com a afirmativa de Dinamarco (2016, p.44) de que a jurisprudência não pode retroagir constantemente, ou seja, ela até poderá retroagir, porém, não de maneira banalizada. Não existe nada que desenvolva mais insegurança do que uma jurisprudência que não se estabiliza, ou seja, que não alcança uma pacificação realmente plausível.

¹³ **Morfeu:** Na mitologia grega trata-se do Deus do sonho. Expressão que também de uso para representar alguém que dorme esquecendo da vida, ou simplesmente, alguém que dorme com bons sonhos. Uso e interpretação subjetiva.

No caso das reviravoltas de entendimento em relação a abusividade (legalidade ou ilegalidade) da coparticipação, percebe-se, que tal inquietude jurisprudencial gera insegurança jurídica. Possibilitando ainda mais a fragilização da pessoa humana diante das péssimas condições da saúde pública pátria.

Existe um visível impacto da cláusula de coparticipação sobre o direito de acesso à saúde, porém, em meio a todo o processo retrogrado de violação de direitos praticados pelas operadoras de saúde. Sim, violações que inclusive que rompem com os Princípios da Boa-fé e da Equidade.

A vida sendo exaurida por meras cláusulas contratuais e conseqüentemente a dignidade humana a mercê de um sistema mórbido e, portanto, por efeito ocorrendo a inversão de valores onde permanece a indignidade da pessoa humana e não a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BLIACHERIENE, AnaCarla et al. **Acesso aos bens de saúde do SUS pela via judícia**. *Interess e Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, p. 123160, nov./dez. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acessado em 16 de fevereiro de 2014.

CALADO, Vinicius de Negreiros, COLARES, Virgínia. **Direito médico e da Saúde**. Recife: FASA, 2017.

CARVALHO, Gisele Mendes & CORAZZA, Aline Mazerro (organizadoras). *Um Olhar Contemporâneo Sobre os Direitos da Personalidade*. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 4: direito das coisas, direito autoral**. Fábio Ulhoa Coelho. — 4. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. 1. Direito civil 2. Direito civil Brasil I. Título.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, 3: contratos**. Fábio Ulhoa Coelho. — 5. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. 1. Contratos (Direito civil) 2. Direito civil 3. Direito civil.

Código civil e normas correlatas. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 372 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. Cândido Rangel Dinamarco, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. São Paulo: Malheiros, 2016.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Genival Veloso de França – 12. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I: teoria geral do processo coletivo**. Fernando da Fonseca Gajardoni. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à Saúde: Ativismo judicial, políticas públicas, e reserva do possível**. Denise dos Santos Vasconcelos Silva. Curitiba: Juruá, 2015.

SARNENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Daniel Sarmento. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 20017.

NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Limites da intervenção judicial nos contratos de plano de saúde**. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 5, n. 11, p. 85-108, jan./abr. 2016.

GUTIER, Murillo Sapia; CORREIA JUNIOR, Rubens; VENTURA, Carla A. Arena. **O direito fundamental à saúde e a judicialização no Brasil: A saúde como direito humano e sua tutela processual**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 89, p. 47-64, jan./mar. 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral** / Paulo Lôbo – 5. Ed – São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos** / Paulo Lôbo – 3. Ed – São Paulo: Saraiva, 2018.