

TESE 71

Proponente: **Alúcio Iunes Monti Ruggeri Ré**

Área: Cível e Tutela Coletiva

Súmula: É aplicável a 'teoria do adimplemento substancial' para a manutenção dos contratos de plano de saúde, ainda que transcorrido o prazo de 60 dias do inadimplemento e mesmo que tenha ocorrido a regular notificação do cliente, desde que não haja reincidência ou má-fé.

ASSUNTO:

A presente tese tem por escopo fornecer um amparo jurídico ao cliente de plano de saúde, em muitos casos pessoa idosa, que por longo tempo pagou regularmente suas prestações, mas que deixara de adimplir uma ou algumas delas e, por tal razão, teve extinto seu contrato de seguro saúde.

Nesse caso, defendemos que o inadimplemento de parte mínima das prestações não deve levar à resolução do contrato de plano de saúde, mas elas devem ser cobradas pelos meios ordinários de execução, salvo se a situação de mora persistir por considerável período, após regular e clara notificação do consumidor, ou se ocorrer reiterados períodos de inadimplência.

Tal instrumento tem relevância considerável, pois o Defensor Público, no seu diário atendimento, se depara, reiteradamente, com situações de pessoas, em geral idosos, que sempre pagaram regularmente seus planos e, no momento de suas vidas que mais necessitam, em razão de eventual inadimplência, não podem gozar dos benefícios de um plano de saúde e são obrigadas a se submeterem a novos contratos, excessivamente onerosos, em razão de suas condições pessoais, além da exigência de novos prazos de carência e da presença de doenças pré-existentes.

Portanto, a manutenção do antigo contrato é, sem dúvida, a medida mais adequada.

INDICAÇÃO DO ITEM ESPECÍFICO RELACIONADO ÀS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA:

Artigo 5º, incisos I, III, VI, "c", e IX da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Artigo 4º, incisos I, V, X e XI, da Lei Complementar nº 80 de 1994.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Em tese, a Lei nº 9656/98, no seu artigo 13, permite a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde, após período superior a 60 (sessenta) dias de inadimplemento, consecutivos ou não, nos últimos 12 (doze) meses de vigência do contrato, "desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o 50º (qüinquagésimo) dia da inadimplência" (art. 13, § único, II):

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

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

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

Porém, em casos de planos com longo tempo de vigência e pagamentos regulares no decorrer dos anos, não é justo que o inadimplemento de parcela mínima das prestações acarrete a rescisão unilateral pela operadora do plano, ainda que cumpridas as determinações da Lei nº 9656/98, acima descritas.

De fato, a função social dos contratos, a boa-fé objetiva, o ideal de manutenção das relações jurídicas para a completude de seus ciclos vitais, e a teoria do adimplemento substancial, são as bases jurídicas para a tese ora apresentada.

Assim, a opção por resolver o contrato em razão de cumprimento tardio não deve ser encarada com excessiva rigidez. Conforme a esclarecida doutrina de Antunes Varela, “a resolução deve ocorrer apenas quando a prestação perca parte substancial de sua utilidade, tornando objetivamente justificada a decisão do credor de se libertar da sua obrigação apenas quando a mora equiparar-se ao seu não cumprimento definitivo” (ANTUNES VARELA, João de Matos. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2. p. 55).

Por outro lado, o reflexo maior do regramento jurídico moderno dos contratos é justamente conferir a eles uma conotação de cooperação, em que as partes não são apenas credora e devedora uma da outra, mas partícipes de um processo que visa ao adimplemento. O dever de cooperação mútuo inclui o dever de compreensão mútuo, decorrente de uma relação norteada pela boa-fé objetiva entre partes, já que esta “polariza todo o direito das obrigações”, conforme previsões do Código Civil (art. 422) e do Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III) (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.5. t.1. p. 57).

Por ser a boa-fé objetiva verdadeira fonte de integração do contrato, é necessário que as partes compreendam a situação uma das outras, para que, a partir disso, integrem as lacunas resultantes de uma execução que transcende a previsão seca das cláusulas contratuais e chegue aos reais problemas da vida cotidiana, direcionando os caminhos para que a obrigação possa efetivamente gerar os melhores resultados para ambos.

Mais que entendimento doutrinário, a boa-fé objetiva é acolhida pelos tribunais não apenas como geradora de deveres cujo descumprimento leva à indenização, mas também como verdadeiro elemento de integração do contrato:

Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato. O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual.(...).” (STJ. 3ª Turma. REsp 595.631-SC. Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 08 jun. 2004, publ. 02 ago.2004.).

Reconhece-se tanto o “dever anexo de proteção dos interesses do outro contratante, derivado da boa-fé objetiva”, bem como o dever positivo de cooperar para o bom desenvolvimento do contrato, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná:

Evidencia Paulo Nalin, quanto à chamada cooperação nas relações: “Não mais se concebe que a relação jurídica obrigacional seja descrita num contexto de subordinação entre sujeitos, mas sim, como uma relação de cooperação entre eles, em razão de um interesse superior da coletividade e da produção. Nesse contexto, mostra-se o liame necessário entre uma relação jurídica individual e a funcionalização do instituto contrato, em que um dos aspectos de projeção é a quebra, ou, ao menos, a mitigação, do princípio da relatividade do contrato, passando uma simples relação contratual a despertar o interesse daqueles que por ela não são diretamente atingidos. Do dever de cooperação imposto ao credor, salienta-se ser tentadora a derivação ou a aproximação a princípios outros, como da boa-fé objetiva e com o intraduzível dever ou princípio de *correttezza* do ordenamento italiano, estando, o último sempre presente em função de qualquer dos obrigados, pois resulta em um específico dever negativo ao credor de não obstaculizar o adimplemento enquanto a cooperação lhe impõe um dever positivo específico de cooperar com cumprimento.” (TJPR. 10ª Câmara Cível. Agravo de instrumento n. 0506745-8. Rel. Des. Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes, julg. 10 jul.2008).

Também albergada pelo direito positivo (art. 421 do Código Civil), a compreensão de que os contratos atendem a uma função social é diferente da ideia liberal de que, satisfazendo os interesses individuais das partes, viria o bem de todos. Entende-se hoje que não basta que um contrato não seja socialmente danoso (ilícito). “Somente se enquadra na sua função social o contrato que, sendo útil, é também justo” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, v. 775, p. 20, mai. 2000).

No tocante à sua incidência nas relações particulares, vale a pena citar:

“A doutrina liberalista só excepcionalmente fazia referência à função social como parâmetro de interpretação da autonomia negocial, menos ainda como fundamento da liberdade contratual. A função social do contrato, ao contrário, era tratada como um aspecto não-jurídico, ligado ao papel que o contrato desempenha no fomento às trocas e práticas. (...) Anteriormente à Constituição de 1988, à falta de um preceito legal expresso, a função social apresentava-se, em geral, assimilada à função econômica do contrato, tomado este em abstrato. (...) No sistema atual, a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. De acordo com o preceito em análise, a função social é considerada um fim para cuja realização ou preservação se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes.” (TEPEDINO, Gustavo e outros. *Código Civil interpretado conforme a Constituição*. V.2, Renovar, 2006).

Consoante as lições acima citadas, assim, a saúde, protegida pela Constituição Federal nos arts. 196 e seguintes, como bem de interesse geral da comunidade, deve ser considerada durante a formação e execução dos contratos, assim como deve ser observada a adequada finalidade econômico-social dos negócios jurídicos que envolvem a saúde das pessoas, especialmente as idosas.

Aliás, a preocupação do legislador com a função social dos contratos foi tão grande que, nas disposições transitórias do Código Civil de 2002, o art. 2.035 estabelece que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Importante salientar que em contratos de longa duração, como este de plano e seguro de saúde, incide também o princípio da continuidade. Ou seja, em relações contratuais que se protraem no tempo, a habitualidade gera expectativas nas partes de que o vínculo entre elas, com o passar do tempo, se torne mais forte. Assim, não é qualquer espécie de inadimplemento que conduz à extinção do contrato, mas apenas um inadimplemento qualificado, que rompa a barreira do relacionamento ordinário entre as partes. Não é à toa que a doutrina denominou-os de contratos relacionais e cativos.

Conforme lição de Cláudia Lima Marques, “em um contrato de longa duração e cativo como o de plano e seguro-saúde, o que o consumidor almeja é a cobertura dos eventos de saúde do futuro, e não só os do presente. Logo, seu interesse básico (base do negócio, causa inicial e final) é justamente a continuação do vínculo” (MARQUES, Cláudia Lima. *Conflito de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde*. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Roberto de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Orgs.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999. p. 152.).

Sustenta-se, inclusive, que o princípio da conservação dos contratos está implícito no art. 6º, V, e explícito no art. 51, §2º, do CDC, traduzindo a intenção do legislador de conservar as relações contratuais sempre que possível, para que a ruptura não traga mais desvantagens do que benefícios ao consumidor. Aliás, esse esforço pela manutenção da relação contratual deve ser maior quando envolve a vida e a saúde dos consumidores:

Por serem futuros e incertos os riscos e a ocorrência concreta de doenças e a necessidade de amparo médico-hospitalar, pretendendo assegurar a proteção da saúde e de seus familiares, os consumidores contratam as empresas de saúde.

Ocorrido, então, o 'sinistro', surge a obrigação da empresa de prestar ao consumidor e aos seus familiares, ou dependentes, os serviços contratados, quais sejam, a realização de exames e tratamentos médicos, internações hospitalares, intervenções cirúrgicas, partos etc.

Por isso, a vinculação existente entre fornecedor e consumidor é marcada por serviços de trato sucessivo. O consumidor busca a cobertura por um risco futuro à saúde, pagando mensalmente à empresa, para que esta lhe ofereça os serviços pactuados na hipótese da ocorrência de eventos danosos à sua saúde (LAZZARINI, Andrea; LEFÈVRE, Flavia. Análise sobre a possibilidade de alterações unilaterais do contrato e descredenciamento de instituições e profissionais da rede conveniada. In: MARQUES; LOPES; PFEIFFER, op. cit., p. 106-107).

Na hipótese em questão, se o interesse no fim do negócio jurídico é unicamente do fornecedor (a operadora de plano de saúde), o consumidor deve ser protegido para que os contratos sejam mantidos, quando o contrário importar em prática que lhe coloque em situação difícil, como ocorre com idosos doentes, já triplamente vulneráveis, em razão da idade (art. 2º da Lei n. 10.741/2003), da saúde debilitada e consumidora (art. 4º, I, do CDC).

Como se não bastasse, a jurisprudência acatou, para solucionar conflitos oriundos de diversos tipos de contrato, a "teoria do adimplemento substancial", que prega que, quando uma das partes está muito próxima de adimplir toda a soma que deve pagar à outra, o contrato não seja resolvido, mas sim que a parte credora se utilize das vias normais de cobrança, sem, contudo, privar a parte devedora do bem jurídico essencial previsto em contrato:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE APREENSÃO E DEPÓSITO. VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. A teoria do adimplemento substancial atua como instrumento de equidade, impondo que, nas hipóteses em que a extinção da obrigação pelo

pagamento esteja muito próxima do final, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato, permitindo-se tão-somente a propositura da ação de cobrança do saldo em aberto. O adimplemento de 90% das parcelas avençadas no contrato de compra e venda com reserva de domínio conduz à ausência de mora, que, por ser pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo de apreensão e depósito, enseja a extinção do feito sem resolução de mérito. Negado seguimento. (TJRS. 14ª Câm. Cível. Apelação Cível nº 70027842699. Rel. Des. Katia Elenise Oliveira da Silva, julg. 16 dez.2008, publ. 16 jan.2009).

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a esse respeito, inclusive, em contrato aleatório, como ocorre com o plano de saúde:

Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio.

Recurso conhecido e provido. (REsp 76362 / MT, Min. Relator Ruy Rosado De Aguiar).

Segundo recentes pesquisas e escritos sobre o tema, "o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator desconstrutivo do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante. Isto quer dizer que a hipótese da resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder frente ao pressuposto do atendimento quase que integral das obrigações pactuadas, em posição contratual na qual se coloca o devedor, não se afigura razoável, daí, a extinção do contrato" (ALVES, Jones Figueiredo. A teoria do adimplemento substancial ("Substancial Performance") do negócio jurídico. *In*: Leituras complementares de direito civil. Ed. Jus Podivum, 2.ed. 2009).

Por derradeiro, não podemos nos esquecer que a questão envolve o direito fundamental à saúde e à vida. São direitos essenciais do ser humano que também devem ser observados nas relações privadas, segundo a "teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais" (Cf. SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. Ed. Rio de Janeiro. *Lumen Juris*, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang. A

eficácia dos direitos fundamentais. 7. Ed. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2007).

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA:

Caso acolhida a presente tese, o Defensor Público que se deparar com situações como aquelas acima narradas, pode se valer dessa arquitetura jurídica de direito contratual para resgatar/reconstituir o contrato de plano de saúde extinto unilateral e abusivamente pela respectiva empresa operadora, o que garante ao consumidor, em geral idoso e doente, a não se submeter a novo contrato, com período de carência e prestações excessivamente onerosas, além das limitações decorrentes das chamadas "doenças pré-existentes".

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO:

Portanto, o direito ao resgate do contrato de plano de saúde pode ser garantido por meio de ação declaratória de manutenção de vínculo contratual, cumulada com ação de obrigação de fazer (restabelecer a cobertura e expedir boletos bancários), com pedido de tutela antecipada, proposta contra a empresa operadora do plano de saúde. Caso não concedida a antecipação da tutela liminarmente, deve o Defensor Público recorrer com agravo de instrumento e pleitear, ao Desembargador Relator, a concessão de efeito ativo ao recurso para restabelecer a cobertura do plano e a expedição de boletos bancários para o pagamento das respectivas prestações, nos valores originalmente contratados.