

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

**DANOS PUNITIVOS E DANOS SOCIAIS NOS PLANOS  
DE SAÚDE**

MARIA LETÍCIA LOPES GIANNINI

RIO DE JANEIRO

2018/1

MARIA LETÍCIA LOPES GIANNINI

**DANOS PUNITIVOS E DANOS SOCIAIS NOS PLANOS  
DE SAÚDE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcellos.**

RIO DE JANEIRO

2018/1

### CIP - Catalogação na Publicação

L864d      Lopes Giannini, Maria Leticia  
              DANOS PUNITIVOS E DANOS SOCIAIS NOS PLANOS DE  
SAÚDE / Maria Leticia Lopes Giannini. -- Rio de  
Janeiro, 2018.  
              52 f.

              Orientador: Daniela Silva Fontoura de Barcellos.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

              1. Responsabilidade Civil. 2. Punitive Damages.  
3. Danos Sociais. 4. Planos de Saúde. I. Silva  
Fontoura de Barcellos, Daniela, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os  
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

## AGRADECIMENTOS

Eu sempre tive muita dificuldade em enxergar qualidades em mim. Sempre fui a maior crítica de mim mesma, sempre com uma visão péssima sobre minha pessoa. O Rio de Janeiro e a FND me ajudaram a olhar além dessa imagem deturpada, me expandiram e me abriram para um universo enorme de possibilidades.

Em toda experiência na graduação, o estágio na Defensoria Pública da União é a que mais me marcou. Em tempos tão sombrios que estamos vivendo, diante de todo retrocesso e conservadorismo, essa instituição e os profissionais que a compõem foram determinantes em minha humanização, fortalecimento de meu caráter e abertura dos meus olhos para realidades tão distantes da minha. Agradeço à Dra. Vívian pelos dois anos de aprendizado e exemplo.

O caminho no curso de Direito não foi fácil, a vida no Rio de Janeiro tampouco foi. Fui presenteada, entretanto, com pessoas maravilhosas que atravessaram meu caminho nessa jornada da graduação, pessoas às quais me salvaram junto de minha sanidade.

Agradeço aos meus amigos do Morte Horrível, desde o primeiro período me fizeram companhia, compartilharam materiais e suas vidas comigo. Fizeram-me sentir que tudo era possível com uma ajuda dos amigos e um meme no bolso.

Aos meus queridos colegas, que se tornaram verdadeiros amigos, da DPU. Por toda festinha, bolos da vó Alzira, risadas e tardes compartilhadas.

À Letícia Rocha por não só me acolher como também oferecer sua amizade e a amizade de seus amigos. Sempre disposta a me ouvir e a me ajudar. Não me deixando sozinha em momentos sombrios que enfrentei. Obrigada por me permitir conhecer o Abazures e ter a oportunidade crescer tanto como pessoa ao lado de indivíduos tão cheios de luz.

Ao meu querido João Gabriel! Toda aprendizagem e todo crescimento que tive ao seu lado. Relações são complexas e é preciso aprender a perdoar, é preciso aprender se redimir, se esforçar para ser sempre melhor para si mesmo e para o outro. A gente aprende com os erros, os erros são inevitáveis, afinal, somos humanos. Você, João, foi essencial em minha jornada. Seu amor e carinho serviram de faróis nessa escuridão na qual estava imersa. Obrigada por, além de namorado, ter sido meu amigo.

Aos meus grandes amigos Laura, Paola, Otávio, Danilo, Dayane, Thais e Juliana, por me mostrarem e ensinarem o que é amizade e companheirismo. Vocês foram minha família aqui nessa cidade. Sou grata por todo carinho e cuidado que me ofereceram.

Agradeço ao Ismael por ser minha alma gêmea. Minha pessoa favorita no mundo. Por fazer mais por mim do que eu mesma, por me salvar. Eu não consigo explicar o que você representa para mim. É indescritível o enorme amor que sinto por você. Obrigada por me fazer pertencer, obrigada por me fazer rir, por me fazer companhia, obrigada por existir e por ter aparecido em minha vida.

Agradeço às amigas que carrego desde muito nova, é reconfortante saber que ainda posso ter a presença de Bianca, Bibiana, Rafa Ansorge, Rodrigo Noal e de todos do CV – Helo, Lari, Lays, Lucas, Mari e Zordan. Saber que ainda temos um vínculo forte me inunda de alegria.

Não poderia deixar de agradecer à minha família! Todo suporte, esforço e sacrifício feitos para que eu pudesse chegar a este momento, creio que nunca conseguirei retribuir à altura. Agradecimentos especiais aos meus tios Carlos, Sueli e Vicente.

Ao meu pai, Ronaldo, gostaria de dizer que sempre há tempo para recomeçar.

Por fim, agradeço à Eliane, minha mãe, por abdicar de tempo e dinheiro para que eu pudesse ter a melhor educação possível. Por ser minha maior incentivadora, minha maior fã, meu grande amor. Temos muitas diferenças, temos muitos conflitos. Não concordamos em várias coisas. Mas o amor que nos une é maior do que tudo isso. Obrigada por ter me dado a vida de tantas formas. Me perdoe por ter lhe tirado a oportunidade de viver melhor.

*“I’m not a girl! There is no need to protect me  
It’s time that I learn to face up to this on my own  
I’ve seen so much more than you know now  
So don’t tell me to shut my eyes  
This girl will always find her way  
I’m not a girl, don’t tell me what to believe,  
Not yet a woman! I’m just tryin’ to find the woman in me,  
All I need is time, a moment that is mine while I’m in between”*

**Britney Jean Spears**



*“Hey, look up! You don't have to be a ghost here amongst the living!  
You are flesh and blood, and you deserve to be loved and you deserve  
what you are given! ”*

**Florence Welch**

## RESUMO

Este trabalho busca tratar da possibilidade de aplicação da indenização por danos punitivos e danos sociais no direito brasileiro e, em especial, nas ações judiciais envolvendo planos de saúde. Com as reiteradas condutas ilícitas praticadas por seguradoras, a necessidade de busca de mecanismos que coíbam e equilibrem essas relações de consumos tornou-se latente. Os institutos dos *punitive damages* e dos danos sociais sofrem, contudo, severas críticas por parte da doutrina brasileira a respeito da sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. O presente trabalho terá enfoque no estudo e debate sobre a função punitiva e preventiva da responsabilidade civil e em sua utilização para a garantia da efetivação do direito à saúde aos consumidores dos planos de saúde.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil; *Punitive Damages*; Danos Sociais; Planos de Saúde; Relações de Consumo.



## **ABSTRACT**

This paper aims to analyze the possible application of compensation for punitive damages and social damages in lawsuits against health plan operators. With repeated illicit practices on the part of insurers, the search for mechanisms of governance and balance in consumer relations became latent. Punitive damages institutes and social databases may, however, be serious on the part of Brazilian doctrine as to their compatibility with the country's legal system. The present study focuses on the study and debate on a functional preventive practice of civil liability and its use to guarantee the adherence of health health to consumer health plans

**Keywords:** Civil Liability; Punitive Damages; Social Damages; Health Insurance; Consumer Relations

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1. NOVOS DANOS, NOVAS FORMAS DE REPARAÇÃO</b> .....	13
<b>1.1 Punitive Damages</b> .....	17
1.1.1. <i>Os problemas levantados acerca do instituto e o Direito Brasileiro</i> .....	20
<b>1.2. Danos Sociais</b> .....	23
1.2.1. <i>Direitos difusos</i> .....	28
1.2.2. <i>Controvérsias acerca do instituto</i> .....	28
<b>2. CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE</b> .....	30
<b>2.1 Direito à Saúde</b> .....	30
2.1.1. <i>Saúde suplementar</i> .....	31
<b>2.2. Características dos Contratos de Plano de Saúde</b> .....	33
2.2.1. <i>Princípios gerais dos contratos de planos de saúde</i> .....	33
2.2.2. <i>Contratos de Adesão</i> .....	37
2.2.3. <i>Planos de saúde</i> .....	41
<b>2.3. A responsabilidade civil nos planos de saúde</b> .....	45
<b>3. APLICABILIDADE DOS DANOS PUNITIVOS E SOCIAIS NOS PLANOS DE SAÚDE</b> ...	47
<b>3.1. Caso AMIL</b> .....	47
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	50
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	52

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como foco estudar a possibilidade da aplicação dos institutos dos danos punitivos e dos danos sociais em conflitos que envolvam contratos de planos de saúde.

No primeiro capítulo há o exame da modificação da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio tanto em decorrência da constitucionalização do direito, como consequência das relações complexas que se vive o mundo contemporâneo.

No segundo capítulo esmiúça-se o direito à saúde, sua forma de prestação suplementar por pessoas de direito privado e as condições gerais dos contratos de planos de saúde, se findando na responsabilidade civil que as seguradoras possuem ao celebrarem esses contratos.

O terceiro destina-se à análise do caso em que o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou a operadora de planos de saúde, AMIL, ao pagamento de danos sociais. E as possíveis conclusões acerca deste precedente.

O instituto dos *punitive damages* é foco de grande polêmica na doutrina brasileira. Enquanto há doutrinadores que são determinadamente contra sua adoção pelo direito brasileiro, outros posicionam-se de forma favorável a esse instituto estrangeiro. A indenização punitiva, com a função também de prevenção, tem atraído atenção no direito comparado.

O direito à saúde configura-se como um direito fundamental de segunda geração, sendo sua efetivação um dos meios para a concretização dos fundamentos da República: a dignidade da pessoa humana.

Os planos de saúde são pessoas de direito privado, são sociedade empresárias, isto é, exercem atividade econômica organizada para a produção e circulação de bem ou serviços visando o lucro. Os contratos que celebram com pessoas físicas ou jurídicas ofertando assistência suplementar à saúde possuem caráter consumerista. O que indica a hipossuficiência de uma das partes.

Uma reportagem publicada pelo jornal Estadão, em 22 de junho de 2017, indicou que o número de ações judiciais contra planos de saúde no Brasil dobrou entre os anos de 2014 e 2015, tendo um aumento de 104% e, segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça, totalizando, neste período analisado, 427.267 processos em andamento.<sup>1</sup>

Na mesma matéria, o professor e procurador da Advocacia-Geral da União, Douglas Henrique Marin dos Santos, opina que esse aumento do número de demanda contra planos de saúde possui como razões a ampliação do acesso à informação e, desse modo, o acesso à Justiça, além da ineficiência dos serviços públicos. Afirma que:

Hoje, a judicialização é um fenômeno envolvendo vários setores, entre eles saúde e educação”, diz Santos. “Isso acontece porque direitos fundamentais não estão sendo cumpridos. E existe uma percepção social de que a única forma de garantir um direito é procurando o Poder Judiciário.<sup>2</sup>

O jornal Folha de São Paulo, numa reportagem publicada em 18.1.2016, demonstrou que o beneficiário de plano de saúde ganha nove a cada dez ações movidas em face dos planos de saúde.<sup>3</sup>

Nessa mesma notícia foi apresentado um estudo realizado pela USP, no qual avaliou todas as 4.059 decisões de segunda instância proferidas pelo TJ do Estado de São Paulo contra planos coletivos de saúde entre os anos de 2013 e 2014. Restou demonstrado que 92,4% das decisões foram favoráveis ao paciente. Em 88% delas, o pedido autoral foi julgado procedente em sua totalidade e, em 4%, a demanda foi atendida parcialmente.

O grande volume de ações que assolam o poder judiciário om o fator causador da lide a falha na prestação do serviço ou abusos por parte de seguradoras demonstra a necessidade de buscar-se mecanismos que efetivem o equilíbrio das partes nessas relações de consumo e

1 BASSETTE, Fernanda. “*Dobram ações contra planos de saúde em um ano.*” ESTADÃO. 22 de junho de 2017. Disponível em < <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,dobram-aco-es-contra-planos-de-saude-em-um-ano,70001854675> > acessado em 23.06.2018.

2 Idem.

3 COLLUCCI, Cláudia. “*Paciente ganha 9 em cada 10 ações contra plano de saúde.*” Folha de São Paulo. 18 de janeiro de 2016. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1730544-paciente-ganha-9-em-cada-10-aco-es-contra-plano-de-saude.shtml> > acessado em 23.06.2018.

que garantam o direito fundamental à saúde previsto na Constituição, resguardando a dignidade da pessoa humana aos consumidores da saúde suplementar.<sup>4</sup>

A hipótese levantada seria a possível aplicabilidade do instituto dos *punitive damages* e dos danos sociais no direito brasileiro e, especificamente, a esses contratos. Tendo em vista a transformação constante do direito e de seus institutos, incluindo, dessa forma a responsabilidade civil e suas funções. A transformação teria foco nas funções desse instituto, não se restringindo somente a de restabelecer a harmonia violada pelo dano, vindo a possuir a função punitivo-pedagógica a fim de preservar a dignidade da pessoa humana e a proteção de direitos transindividuais.

Os estudos e debates sobre o tema da compatibilidade de função punitivo-pedagógica no âmbito da responsabilidade civil têm como fim a melhoria e a maior efetividade dos mecanismos de proteção e efetivação de direitos para que seja restabelecida a paz social sem ferir a vedação ao enriquecimento ilícito e nem o princípio constitucional da legalidade, não podendo existir pena sem lei anterior.

Portanto, considerando o contexto atual de constitucionalização do direito privado, o surgimento de novos direitos e novos danos – reflexos da segunda onda renovatória do acesso à justiça –, vislumbra-se a necessidade de se refletir sobre a aceitação do instituto do *punitive damages* no ordenamento pátrio.

4 Idem.

## 1. NOVOS DANOS, NOVAS FORMAS DE REPARAÇÃO

Diferentes culturas jurídicas trazem consigo diferentes institutos ou diferentes formas para sua aplicação. O direito não é algo estático, ele se transforma de acordo com as mudanças que ocorrem na sociedade e conseqüentemente, a jurisprudência de determinado lugar também se altera.

Em decorrência da constitucionalização do direito, o ordenamento brasileiro tem passado por intensas modificações, o que resultou em alterações no modo de se interpretar institutos consolidados como, por exemplo, a Responsabilidade Civil.

O que deve ser reafirmado com muita convicção é que o constitucionalismo transformou a configuração tradicional do sistema jurídico, transferindo o baricentro do próprio sistema, fundado atualmente sobre valores fortes, hierarquicamente preponderantes e unitários para todo o ordenamento: valores que não deve mais ser emprestados da legislação ordinária caracterizada, como é, pela inconstância e, ainda por cima, pela natureza preponderante privatística e patrimonial.<sup>5</sup>

A responsabilidade civil configura-se como um ramo do Direito vinculado ao direito das obrigações. Isso ocorre porque a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem.<sup>6</sup>

Para Cavalieri, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.<sup>7</sup> A obrigação, portanto, é o dever originário de não causar dano a ninguém – o dever geral de *neminem non laedere* – e a responsabilidade civil é o dever sucessivo de indenização, isto é, o dever de voltar à situação antes do dano – a manutenção do *status quo ante*.

Como disposto no artigo 944 do Código Civil Brasileiro:

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

<sup>5</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: RENOVAR. 2008. p. 592.

<sup>6</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações, Introdução à Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003. p. 439.

<sup>7</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 88.

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

O dano consubstancia-se como elemento central da responsabilidade civil, sendo essencial para a existência dela. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano a outrem.<sup>8</sup>

A responsabilidade civil tem como objetivo reparar todos os danos causados a outrem por algum fato antijurídico, ou seja, fatos que se encontram em contradição com o ordenamento jurídico e, desse modo, resultam em consequências negativas.

No Brasil, há o entendimento que a responsabilidade civil mede-se pela extensão do dano, possuindo, portanto, função restituidora. Indeniza-se pelo prejuízo e, assim, volta-se à situação indene, sem dano. No que tange aos danos morais, há uma pequena contradição entre o entendimento tradicional brasileiro sobre o propósito da responsabilidade civil e a figura do dano moral.

Nessa figura não há necessariamente uma violação caráter patrimonial, mas sim uma violação aos direitos da pessoa humana ou algo que lhe cause sofrimento, humilhação e constrangimento psicológico e/ou social. Configura-se, portanto, como uma exceção do princípio da restituição. Parte da doutrina discorre sobre a presença da função punitiva presente aqui, embora a característica exista somente para a compensação do prejuízo ocorrido.

Em outra visão, Maria Celina Bodin de Moraes traz o conceito de dano moral sob uma ótica civil-constitucional, não o reduzindo à lesão a um direito da personalidade ou um efeito extrapatrimonial da lesão de um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial. E sim da violação da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana.

A importância de conceituar o dano moral como a lesão à dignidade humana pode ser medida pelas consequências que gera, a seguir enunciadas. Assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentua-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão e algum “direito subjetivo” da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação

<sup>8</sup> Idem. p. 76.

jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um “interesse não patrimonial”) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação.<sup>9</sup>

O Código Civil atual, prescreve o artigo 186, nas disposições sobre os atos ilícitos:

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

O que indica a apreciação, pelo legislador, da proteção a indenização pelo transtorno emocional causado por ato ilícito de terceiro. Como abordado mais acima, a responsabilidade civil não é estática, nas palavras do professor José de Aguiar Dias:

O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transforma-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada campo, em função das condições sociais então vigentes.<sup>10</sup>

A admissão da reparação do dano moral no Brasil é protegido expressamente pela Constituição da República em seu artigo 5º, V e X, o qual assegura o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, assim como o inciso X do mesmo dispositivo, que declara invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, mostra que os preceitos tomados para a reparação dos danos morais são contemplados por direitos e garantias considerados fundamentais pela legislação em vigor e, por tanto, tem proteção tal qual os danos materiais.

O novo paradigma trazido com a Constituição Federal, o qual visou a valoração da pessoa através das normas constitucionais, conferiu grande importância aos direitos transindividuais e aos interesses coletivos.<sup>11</sup> Fez-se necessário, dessa forma, aparatos jurídicos que conferissem proteção a esses direitos.<sup>12</sup> Nesse sentido, Gustavo Tepedino:

<sup>9</sup> DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à Pessoa Humana, uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 188.

<sup>10</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil* – 12ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. P.18-19.

<sup>11</sup> Os direitos coletivos, difusos e homogêneos ganharam foco na segunda onda renovatória do acesso à justiça. Após a primeira onda, na qual se buscou a melhoria da assistência judiciária, Cappelletti aponta a preocupação de criação de mecanismos para a representação desses direitos transindividuais em juízo. Para mais informações ler CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. SAFE: Porto Alegre, 1988.



(...) a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torna-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.<sup>13</sup>

Dentre esses novos danos, há a figura polêmica dos *punitive damages*. Este instituto, originário da *common law*, começou a receber grande atenção de outras tradições jurídicas que possuem a responsabilidade civil modelada na ideia da reparação do dano ou na restituição ao *status quo* ou na compensação monetária do prejuízo sofrido, cabendo o papel de punir ao juízo penal, exclusivamente nas hipóteses previamente tipificadas em lei. A atração pelos *punitive damages* está na ultrapassagem dessa cisão, introduzindo na responsabilidade civil a ideia de “pena privada”<sup>14</sup>

Na tradição jurídica anglo-saxã existe o instituto dos *punitive damages* na ideia de indenização punitiva, também chamados *exemplary damages*, *smart Money*, pena civil ou privada. Possuem o objetivo de punir o ofensor pelo dano provocado contra outrem, condenando o causador do dano a pagar uma grade quantia em dinheiro somada a indenização compensatória.<sup>15</sup>

### **1.1 Punitive Damages**

A figura dos *punitive damages* aparece desde o Direito Romano e nesse período possuía a principal função de punir e reprimir ilícitos contra pessoa ou seus bens. Resultando-se, portanto, numa imposição de diminuição patrimonial com caráter punitivo e não ressarcitório, o intuito de restituir ou reparar encontrava-se em segundo plano.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> LONGHI, João Victor Rozatti; SILVA, Leticia Rezende. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Uma análise da indenização punitiva por dano social no Brasil*. Florianópolis: CONPEDI. p. 368-395, 30 de abril a 02 de maio de 2014. p. 370.

<sup>13</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, Tomo I – 4ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 22.

<sup>14</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

<sup>15</sup> Idem.

Com o decorrer do tempo, o direito privado passou por um processo de cisão dos planos ressarcitórios e punitivos, o que gerou o cancelamento da originária função penal da responsabilidade civil na tradição jurídica dos países que tiveram o direito romano como base.

A pena privada, contudo, não chegou a ser eliminada do direito anglo-saxão. Seu ingresso veio como embasamento para condenações do causador de um dano em ações penais, sem que a vítima perdesse a previsão da ação civil. O *Statute of Councester*, de 1278, foi o primeiro documento a constar a possibilidade de indenização múltipla no direito anglo-saxão.<sup>17</sup>

No século XVIII, nas Cortes do Reino Unido, o instituto é desenvolvido, sendo também chamado de *exemplary damages*. E ganha notoriedade por ser um meio de justificar a indenização em casos nos quais o prejuízo não era tangível, o dano era essencialmente extrapatrimonial.

A indenização de valor elevada tinha um caráter de exemplaridade conferido pelas cortes, tendo como finalidade não somente a compensação do prejuízo, como também a punição e da conduta lesiva e a prevenção de sua reincidência.

A aplicação dos *punitive damages* foi estendida aos danos patrimoniais com a evolução do direito, esvaziando-se a função compensatória do instituto, e, assim, o foco passou a incidir na conduta do ofensor, na dissuasão de sua repetição.<sup>18</sup> Não confundindo aqui as funções compensatória e punitiva. Sua aplicação era adicional à indenização ressarcitória – *actual damages* ou *compensatory damages*.

A doutrina consagra, atualmente, o instituto como uma indenização imposta em adição à indenização de função compensatória nas situações em que o ofensor se comporta com culpa consciente, malícia, negligência grave, fraude, arbitrariedade, dolo, dentre outros.

**16** LONGHI, João Victor Rozatti; SILVA, Letícia Rezende. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Uma análise da indenização punitiva por dano social no Brasil*. Florianópolis: CONPEDI. p. 368-395, 30 de abril a 02 de maio de 2014. p. 378.

**17** MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

**18** Idem.

Possuí como requisitos, portanto, a conduta reiterada e ultrajante do ofensor e a capacidade de provocar danos a uma grande quantidade de pessoas.

Sua caracterização, portanto, acontece quando há uma conduta considerada reprovável, possui um potencial danoso em massa e consubstancia-se numa situação reiterada podendo ser extremamente gravosa.

O instituto foi aplicado pela primeira vez nos Estados Unidos em 1784, no caso de um médico que, após haver aceitado um desafio de um duelo de pistola, inseriu, secretamente, cantaridina na taça do adversário e propôs um brinde de reconciliação. A Suprema Corte da Carolina do Sul entendeu que a ultrajante conduta do médico merecia uma “punição exemplar”.<sup>19</sup>

Alguns casos famosos do século XX exemplificam os mecanismos e limites da aplicação dos *punitive damages* como o caso *Grimshaw vs. Ford Motor Company*. Aqui, um automóvel produzido pela Ford explodiu após um acidente, o que resultou na morte das três pessoas que estavam no veículo. A explosão aconteceu em decorrência do tanque e do reservatório do carburador ter sido colocado no eixo traseiro do veículo.

A Companhia havia projetado o veículo dessa forma, pois, com a posição do tanque na traseira, resultaria numa economia de quinze dólares por cada automóvel produzido. Cabe ressaltar que a Companhia havia feito estudos e testes acerca do modelo do carro, logo, sabia que se acontecesse um acidente envolvendo a traseira poderia romper o tanque de combustível e a *Ford* havia realizado estudos para apurar qual seria o valor necessário para suprir as indenizações. A companhia chegou à conclusão de que seria mais lucrativo manter o projeto original.

A conduta da Companhia ao optar por colocar o tanque em local inadequado e perigoso por ser mais vantajoso a economia na montagem do modelo e de eventuais custos de ressarcimento foi considerada altamente reprovável pelo júri. Resultou em uma condenação a um montante considerável a título de *punitive damages*. Observa-se o preenchimento dos requisitos listados anteriormente: conduta reprovável ou ultrajante, possibilidade de causar

<sup>19</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 19-20.

danos a um conjunto grande de pessoas sendo extremamente gravosa, pois, a sociedade empresária desvalorizava e banalizada a vida humana.

Nesse diapasão, percebe-se que o instituto possui o propósito de punir o ofensor e, também, desestimular a prática de atos semelhantes, ou seja, uma função preventiva. O que acaba por ultrapassar a cisão feita anteriormente no direito privado e no direito penal, trazendo sanções punitivistas para o direito privado.<sup>20</sup>

Esse caráter punitivo pode atuar como uma sanção ao causador do dano em forma de um acréscimo monetário acima do valor esperado pela vítima, além de trazer um valor de “satisfação” a ela e causar o desestímulo a condutas específicas reprováveis, não só ao autor do dano como, também, servira de exemplo a outros que poderiam vir a repetir o ato ilícito praticado.

Há de destacar que, no ordenamento brasileiro, a indenização por danos materiais não há a função punitiva, em razão do artigo 944 do Código Civil, devendo, dessa maneira, a indenização medir-se pela extensão do dano. Esse dispositivo aplica-se de modo exclusivo ao dano patrimonial, tendo em vista que o dano moral ou extrapatrimonial não é passível de ser avaliado precisamente em sua extensão.

A respeito dos objetivos e funções dos *exemplary damages*, Nelson Rosenvald sustenta que:

Os *punitive damages* são deferidos com duas finalidades: retributiva (*punishment*) e desestímulo (*deterrence*). A retribuição reclama que a conduta revele extrema reprovação social – uma malícia evidenciada pelo dolo ou grave negligência do agente –, cumulada ao desestímulo, no sentido de direcionar a pena e afligir o transgressor, induzindo-o a não reiterar comportamentos antissociais e ultrajantes análogos.<sup>21</sup>

Salomão Resedá conceitua o instituto como sendo um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito em razão da sua gravidade ou reiteração, indo além da necessária compensação ou do desestímulo à prática de comportamento

<sup>20</sup> LONGHI, João Victor Rozatti; SILVA, Leticia Rezende. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Uma análise da indenização punitiva por dano social no Brasil*. Florianópolis: CONPEDI. p. 368-395, 30 de abril a 02 de maio de 2014. p. 382.

<sup>21</sup> ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 144.

semelhante. Há o intuito de assegurar a paz social e, assim, perfazer a função social da responsabilidade civil.<sup>22</sup>

Nesse sentido, pode-se dizer que os *punitive damages* não encontram previsão expressa no direito brasileiro. O que gera extensas discussões na doutrina a respeito da legalidade da aplicação do instituto na jurisprudência do país.

### 1.1.1. Os problemas levantados acerca do instituto e o Direito Brasileiro

O professor Anderson Schreiber aponta para o desvio de diversos princípios fundamentais do ordenamento pátrio por atribuir ao magistrado a possibilidade de estipulação e aplicação de uma pena sem prévia cominação legal, além da pena ser aplicada no curso de um processo civil, não resguardando garantias próprias do processo penal.<sup>23</sup> Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes:

No entanto, ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*; além disso, em sede civil, não se colocam a disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no júízo criminal.<sup>24</sup>

Outro obstáculo apontado para a incorporação do instituto ao direito brasileiro é a questão da dupla punição por uma mesma conduta. O argumento utilizado seria que, parte dos danos que ensejam a aplicação dos *punitive damages*, são, também, crimes. Diante disso, não se deve permitir o *bis in idem*. Levantando questionamentos da necessidade da responsabilidade civil punitiva a condutas já punidas pelo Direito Penal ou pelo Direito Administrativo.<sup>25</sup>

22 RESEDÁ, Salomão. *A Aplicabilidade do Punitive Damage nas Ações de Indenização Por Dano Moral no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Dissertação de mestrado na Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2008, p. 230. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2303/SALOMÃO%RESEDÁ.pdf> > Acesso em: 22 de maio de 2018.

23 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 19-20.

24 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 260.

25 PÜSCHEL, Flávia Portella. *A função punitiva da responsabilidade civil no Direito Brasileiro: uma proposta de investigação empírica*. Revista Direito GV. Vol. 6. p. 17-36, jul-dez. 2007.

Flávia Püschel também assevera sobre o enriquecimento sem causa da vítima, não há fundamento ou justificativa jurídica para a vítima receber uma quantia que aumente seu patrimônio em relação ao seu estado anterior à ocorrência do dano.<sup>26</sup> Uma vez que toda indenização que ultrapasse a extensão real do dano sofrido, material ou moralmente, é causa de enriquecimento ilícito.

Não há, tampouco, critérios para o cálculo da indenização, como aconteceria a fixação do quantum indenizatório. Enfrenta-se o problema de ser atribuído à vítima um montante que não guarda relação com o dano sofrido e, sim, com a conduta praticada pelo autor do ilícito. Há, da mesma forma, a preocupação das indenizações elevadíssimas levassem o ofensor à falência.

Nos Estados Unidos foram estabelecidos três índices para orientar a fixação da indenização punitiva: i) grau de reprovabilidade da conduta; ii) proporcionalidade entre os danos compensatórios e punitivos; e iii) comparação com outras condenações por condutas equivalentes.<sup>27</sup>

Por fim, outro ponto de divergência entre os doutrinadores brasileiros é a destinação do montante da indenização punitiva. João Victor Rozatti Longhi destaca três correntes sobre o assunto.<sup>28</sup>

A primeira corrente apontada seria a que admite que o valor deva ser destinado ao demandante da ação, sendo este vítima direta ou indireta da conduta que ensejou a indenização. O demandante, ao se socorrer ao Poder Judiciário, tem a pretensão não só de ser ressarcido de seus danos, mas também de punir aquele que o lesou para que esse não cometa condutas semelhantes. Isso traria benefício para o autor da ação judicial e de toda a comunidade, devendo, assim, receber o valor da indenização punitiva.<sup>29</sup> Esta corrente é defendida por Antônio Junqueira de Azevedo.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 144

<sup>28</sup> LONGHI, João Victor Rozatti; SILVA, Leticia Rezende. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Uma análise da indenização punitiva por dano social no Brasil*. Florianópolis: CONPEDI. p. 368-395, 30 de abril a 02 de maio de 2014. p. 370.

A segunda corrente é a qual adota a possibilidade de fracionar a indenização entre o indivíduo que moveu a ação e a sociedade, se adequando com o tipo de conduta e dano causado. Nessa linha, Nelson Rosenvald:

A possibilidade de fracionamento da condenação entre o Estado/órgãos públicos/entidades beneficentes e o agente permite uma ideal composição entre o interesse social primário de tutela à segurança da coletividade, com o interesse pessoal da vítima que provocou o judiciário e indiretamente beneficiou m número indeterminado de pessoas. Ademais, a concessão parcial da condenação em prol da vítima é um evidente estímulo para que várias pessoas possam procurar o judiciário, conscientes de consequências positivas que excedam a simples reintegração patrimonial.<sup>30</sup>

A última corrente elencada por João Victor Rozatti Longhi versa que a destinação do montante deveria ser à coletividade, através de fundos públicos que destinam a reparar os danos causados à sociedade. Esta é a posição adotada pelos tribunais pátrios. Anderson Schreiber e Maria Celina Bodin de Moraes demonstram apoio a essa visão.

O primeiro aduz que o melhor a ser feito seria que o dinheiro fosse destinado a alguma entidade sem fins lucrativos ou a um fundo de propósito específico.<sup>31</sup> E a segunda alega que o valor adicional da indenização punitiva não poderia ter como destinatária a vítima e sim a fundos pré-determinados, uma vez que esse montante deveria servir para beneficiar um número maior de pessoas.<sup>32</sup>

Com a afirmação dos autores a respeito da terceira corrente, leva-se a outro instituto advindo da utilização da indenização punitiva na jurisprudência das cortes brasileiras.

## **1.2. Danos Sociais**

<sup>29</sup> LONGHI, João Victor Rozatti; SILVA, Leticia Rezende. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Uma análise da indenização punitiva por dano social no Brasil*. Florianópolis: CONPEDI. p. 368-395, 30 de abril a 02 de maio de 2014. p. 373.

<sup>30</sup> ROSENVALD. Op. Cit. p. 198.

<sup>31</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 19-20.

<sup>32</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages em sistemas Civilistas: problemas e perspectivas*. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 18. Rio de Janeiro: Padma, abril/junho 2004, p. 77.

Esse instituto seria aplicado nas mesmas situações dos *punitive damages*, contudo, o valor da condenação que excede a compensação do dano não seria revertido em favor do autor da demanda e sim de um número maior de pessoas ou depositando num fundo de direitos coletivos ou difusos e utilizado na prevenção, educação ou reparação. Sendo assim, evita-se, portanto, o enriquecimento sem causa da vítima – um dos argumentos de parte da doutrina que resiste em incorporar o caráter punitivo da responsabilidade civil na cultura jurídica brasileira.

Surgiu em razão dos direitos coletivos e difusos que foram consagrados pela Constituição da República de 1988, como forma de assegurar a proteção desses direitos. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Danos Sociais são aqueles que causam m rebaixamento no nível de vida da coletividade e que decorrem de condutas socialmente reprováveis. Nesses casos, o juiz fixa a verba compensatória e aquela de caráter punitivo ao dano social. Esta indenização não se destina à vítima, mas a um fundo de proteção consumerista (CDC, art. 100), ambiental ou trabalhista, por exemplo, ou até mesmo a uma instituição de caridade, a critério do juiz. Constitui, em suma, a aplicação social da responsabilidade civil.<sup>33</sup>

A necessidade de aparatos para a proteção desses direitos levou ao instituto dos danos sociais. Sendo sua maior pretensão o desestímulo da prática de atos danosos contra a coletividade e caracteriza-se por também possuir as funções punitiva e pedagógica em sua aplicação, o que justifica a afirmação feita anteriormente em esse instituto ser um desenrolar dos *punitive damages*.

Compreende-se danos sociais, dessa maneira, como aqueles causados por condutas ultrajantes que atingem um número indeterminado de pessoas e, conseqüentemente, causam um rebaixamento na qualidade de vida da coletividade.<sup>34</sup> Enquadrando-se atos negativamente exemplares, os quais atingem drasticamente o nível de vida desse conjunto indeterminado de indivíduos ou de vítimas indetermináveis.

Em 2014, o Tribunal de Justiça do Paraná julgou procedente uma ação condenando a TIM ao pagamento de danos sociais após a inscrição indevida do nome de um consumidor em cadastros de restrição ao crédito. A sentença fixou o valor de R\$ 300.000,00 a título de danos

33 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

34 LONGHI. Op. Cit. p. 380.



sociais a serem revertidos à APAE – Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – de União da Vitória no Paraná. A ementa do processo em questão:

TELEFONIA. INSCRIÇÃO INDEVIDA. RECLAMANTE ALEGA QUE SEU NOME RESTOU INSCRITO NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO EM RAZÃO DE DÉBITO INDEVIDO. INFORMA QUE FOI SURPREENDIDA AO TER SEU CRÉDITO NEGADO POR RESTRIÇÃO REALIZADA PELA EMPRESA, TENDO EM VISTA QUE O DÉBITO NEGATIVADO DECORRE DE DÍVIDAS REFERENTES ÀS FATURAS DE TELEFONIA MÓVEL DO PLANO INFINITY CONTROLE, O QUAL NUNCA FOI SOLICITADO E CONTRATADO PELA RECLAMANTE. TENTATIVAS INEXITOSAS DE SOLUÇÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA A FIM DE DETERMINAR A EXCLUSÃO DO NOME DA RECLAMANTE DOS ÓRGÃOS RESTRITIVOS DE CRÉDITO, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 1.500,00. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL CONDENOU A RECLAMADA AO PAGAMENTO DE R\$ 10.000,00 A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, BEM COMO AO PAGAMENTO DE R\$ 300.000,00 A TÍTULO DE DANO SOCIAL A SEREM REVERTIDOS A APAE - ASSOCIAÇÃO DE PAIS E AMIGOS DOS EXCEPCIONAIS DE UNIÃO DA VITÓRIA, PARANÁ. INSURGÊNCIA RECURSAL QUE PUGNA PELA REFORMA DA SENTENÇA, A FIM DE QUE SEJAM JULGADOS IMPROCEDENTES OS PEDIDOS CONTIDOS NA INICIAL OU, SUBSIDIARIAMENTE, A REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. AINDA, REQUER A REFORMA DA SENTENÇA QUANTO À CONDENAÇÃO EM DANOS SOCIAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. DESTAQUE-SE QUE A LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA PREVIU A NECESSIDADE DE TOMAR MEDIDAS JUDICIAIS NECESSÁRIAS A GARANTIA DA ADEQUADA E EFETIVA TUTELA, EM CONFORMIDADE COM OS ARTIGOS 81, 83 E 84. DESTA FORMA, É GARANTIDO AO JUIZ A POSSIBILIDADE DE AGIR DE OFÍCIO PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO E DO PRÓPRIO ORDENAMENTO JURÍDICO A FIM DE CORRIGIR AS PRÁTICAS ILEGAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. QUANTO MAIS QUANDO SE OBSERVA NO COTIDIANO DO PODER JUDICIÁRIO QUE AS CONDENAÇÕES INDIVIDUAIS APLICADAS ÀS COMPANHIAS TELEFÔNICAS NÃO TÊM SIDO SUFICIENTES A COIBIR PRÁTICAS ABUSIVAS CAUSADAS NÃO SÓ AOS CONSUMIDORES, MAS TAMBÉM À ECONOMIA E A TODA SOCIEDADE. DESTAQUE-SE A EXCEPCIONALIDADE DO INSTITUTO DO DANO SOCIAL QUE SE ADEQUA AO PRESENTE CASO ANTE A CONTUMÁCIA DA RECLAMADA NA PRÁTICA DE LESÕES AOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES, CUJA REPARAÇÃO SE FAZ NECESSÁRIA PARA ESTABELECEER UMA RESPEITABILIDADE E EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. ADOTO A PRESENTE MEDIDA, QUAL SEJA, INDENIZAÇÃO POR DANOS SOCIAIS, QUE NÃO SE CONFUNDE COM A DESTINADA AO CONSUMIDOR, COMO FORMA MAIS JUSTA E EQUÂNIME DE DECISÃO PARA CONFERIR UMA SOLUÇÃO COLETIVA A UM DANO QUE DESTA FORMA SE APRESENTA. ASSIM SENDO, VISANDO COIBIR ATITUDES QUE DESENCADAIAM EM INCONTÁVEIS AÇÕES SOBRE UM MESMO ASSUNTO, JÁ PACIFICADO PELA JURISPRUDÊNCIA, BEM COMO PARA DAR FIM A CAUSAS QUE SE ARRASTAM COM O EXCLUSIVO

INTENTO PROCRASTINATÓRIO, MANTEM-SE A POSTURA REPRESSIVA DO JUÍZO SINGULAR DE FORMA A PRESERVAR O QUE É DO INTERESSE COLETIVO. JUSTA, PORTANTO, A CONDENAÇÃO DA RECLAMADA A PAGAR O MONTANTE DE TREZENTOS MIL REAIS, REVERTIDO À INSTITUIÇÃO MENCIONADA PELO JUÍZO A QUO. ACRESCENTANDO-SE QUE EM CUMPRIMENTO DESTA PARTE DO JULGADO A OPERADORA TELEFÔNICA DEVERÁ COMPROVAR QUE O MONTANTE SERÁ EXTRAÍDO DE SEU LUCRO OU DE OUTRAS RECEITAS, SENDO VEDADO QUALQUER REPASSE A TÍTULO DE AUMENTO DE PLANOS E TARIFAS. DE IGUAL MODO, NÃO MERECE PROSPERAR A ALEGAÇÃO QUANTO AO PLEITO DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. É PRESUMIDA A EXISTÊNCIA DE DANO MORAL, NOS CASOS DE INSCRIÇÃO E/OU MANUTENÇÃO EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO, QUANDO INDEVIDA, CONFORME INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 12.15 DAS TR?S PR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIA À RECLAMADA A COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DA RECLAMANTE, CONFORME ART. 6º, VIII, DO CDC. É EVIDENTE A REPERCUSSÃO NEGATIVA GERADA PELA INSCRIÇÃO INDEVIDA, TENDO EM VISTA QUE TAL FATO ACARRETA EFEITOS PREJUDICIAIS EM DIVERSOS ASPECTOS DA VIDA CIVIL, NÃO SÓ LIMITANDO IMEDIATAMENTE A OBTENÇÃO DE CRÉDITO, MAS ATENTANDO CONTRA O PATRIMÔNIO IDEAL FORMADO PELA IMAGEM IDÔNEA DO CONSUMIDOR. PEDIDO DE MINORAÇÃO NÃO ACOLHIDO. VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, BEM COMO O SEU CARÁTER EDUCATIVO DA SANÇÃO EM FACE DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR. ARBITRAMENTO ESCORREITO, NOS TERMOS DA SENTENÇA, QUE DEVE SER MANTIDA NA ÍNTEGRA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS, SERVINDO A EMENTA COMO VOTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. CONDENO A PARTE RECORRENTE AO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ESTES FIXADOS EM 20% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, NOS TERMOS DO ARTIGO 55 DA LEI 9.099/95. UNÂNIME, COM DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À ANATEL, BEM COMO À PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO PARANÁ, PARA OS DEVIDOS FINS. (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0003112-31.2014.8.16.0174/0 - União da Vitória - Rel.: Fernando Swain Ganem - - J. 09.04.2015)<sup>35</sup>

Há outras decisões, principalmente na área trabalhista que se utilizam do instituto, como por exemplo um recurso de revista julgado pelo TST em 2015. A ação trata-se de demanda movida pelo sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Assessoramento, Pesquisas, Perícias e Informações no Estado de Minas Gerais em face da Empresa de Pesquisa Agropecuária de Minas Gerais – EPAMIG. No caso em tela, restou comprovado que a Ré

35 TJ-PR - RI: 000311231201481601740 PR 0003112-31.2014.8.16.0174/0 (Acórdão), Relator: Fernando Swain Ganem, Data de Julgamento: 09/04/2015, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 14/04/2015

permitiu que os trabalhadores laborassem em condições insalubres de trabalho sem a devida proteção. O valor fixado da condenação de danos sociais deveria ser revertido em compras destinadas ao treinamento de mão de obra na local base, em programas de saúde ocupacional, a serem definidos. Ementa da decisão:

RECURSO DE REVISTA DO SINDICATO-RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL - DESRESPEITO ÀS NORMAS DE SAÚDE E SEGURANÇA NO TRABALHO. No caso, ficou comprovado nos autos que a empresa permitiu que os substituídos laborassem em condição insalubre de trabalho sem a devida proteção, descumprindo as normas do MTE e também o disposto nas cláusulas coletivas pactuadas com o sindicato a respeito da manutenção de condições de trabalho que preservem a saúde do trabalhador. Além de não cuidar do aspecto preventivo, a ré também sonogou aos substituídos o pagamento do adicional de insalubridade correspondente. A ofensa atinge mais que cada trabalhador em sua individualidade, porquanto o desrespeito a normas de segurança e saúde no trabalho engendra o perecimento do ambiente de trabalho experimentado por todos os empregados da reclamada, assim como porque ofende direitos sociais pactuados e preservados pela sociedade como um todo, que os elegeu fundamentais na afirmação do Documento Constitucional de 1988. O fenômeno abordado, cujos pressupostos restaram bem delineados no caso concreto (conduta ilícita, culpa, nexos causal e dano extrapatrimonial) consiste no que a doutrina empresarial tem reconhecido como "dano social", modalidade de dano injusto de natureza extrapatrimonial e transcendente a situações individuais que é amparado pela teoria da responsabilidade civil, em seu momento evolutivo mais avançado. O reconhecimento e a coibição desse tipo de dano se amparam em fundamento constitucional: decorrem da função social da propriedade (da qual se extrai a função social da empresa) insculpida no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal de 1988. Entretanto, cumpre observar que a plasticidade da responsabilidade civil não pode transformá-la em panaceia. É importante considerar que a identificação do dano social, com suas consequências jurídicas, pressupõe a adoção de critérios consistentes. Deve-se evitar a banalização do seu uso a fim de que o instituto não resulte esvaziado. A gravidade e a natureza extrapatrimonial do dano social exigem que se pense na responsabilidade civil não apenas sob a ótica tradicional (compensatória). O debate envolve a discussão sobre as distintas funções da responsabilidade civil e sobre o equilíbrio entre elas: (I) compensatória, (II) preventiva, (III) normativa, (IV) equitativa (evitar o locupletamento ilícito) e (V) punitiva, embora essa última perspectiva envolva muitas controvérsias. Em se tratando de dano de natureza extrapatrimonial, a problemática que se coloca refere-se à possibilidade de traduzir em um montante pecuniário algo que, por definição, não está sujeito tal mensuração. Os pressupostos teóricos da responsabilidade civil, nesses casos, devem ser invocados em favor da construção de um valor concreto, que seja proporcional ao dano. Nesse sentido, enquanto valores mínimos podem gerar o estímulo à prática ilícita, valores excessivos, além de incompatíveis com os pressupostos da indenização, podem comprometer a preservação da empresa. Como parâmetros de quantificação, devem ser considerados: a) Reprovabilidade da conduta: se a responsabilidade objetiva é discutível, não há dúvidas de que casos de reincidência, dolo (violação calculada) e culpa grave devem ser tratados com rigor; b) capacidade econômica e patrimonial da empresa; c) montante da vantagem ilicitamente obtida. A perspectiva de uma política jurisdicional de enfrentamento de tais

questões, que comumente é invocado sob a terminologia imprópria de combate ao "dumping social", muitas vezes reverberam em iniciativas não isonômicas podem gerar distorções. As múltiplas funções da responsabilidade civil precisam ser harmonizadas com o princípio da manutenção da empresa e com a necessidade de se observar os múltiplos interesses que sobre ela se projeta. Daí porque sobreleva-se a importância do raciocínio consequencialista, no sentido de compreender os impactos das condenações sobre a empresa e também sobre os consumidores, e, sobretudo, sobre o erário público, quando se tratar de empresa integrante da Administração Pública indireta. O princípio da preservação da empresa não é incompatível com o reconhecimento e a reparação de danos sociais, mas deve ser importante parâmetro para a identificação, o tratamento e a quantificação de tais danos. Indenização por dano social fixada no valor de R\$ 30.000,00, destinados ao treinamento de mão de obra no local base, em programas de saúde ocupacional, a serem definidos previamente e em comum acordo entre o sindicato autor e o Ministério Público do Trabalho, comprovado nos autos o efetivo gasto. Recurso de revista conhecido e provido.<sup>36</sup>

### *1.2.1. Direitos difusos*

O Código de Defesa do Consumidor dispõe, em seu artigo 81, parágrafo único, inciso I, a definição de direitos difusos:

Art. 81. A defesa dos interesses ou direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.  
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:  
**I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;**

Entende-se, portanto, como direitos que não podem ser atribuídos a um grupo específico de pessoas, dizendo respeito a um número indeterminado de pessoas. Pois, se ocorrer dano a esse conjunto de direitos ou interesses, afetará direta ou indiretamente a qualidade de vida de toda a população.

Para Ada Pellegrini Grinover, a categoria dos direitos difusos:

(...) compreende interesses que não encontram apoio em uma relação base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais ou mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob

determinadas condições socioeconômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc.<sup>37</sup>

### 1.2.2. *Controvérsias acerca do instituto*

Tendo em vista que o dano social se consubstancia em uma forma de indenização a toda sociedade pelo dano sofrido, a destinação do montante deve ser a entidades beneficentes ou fundos públicos, consoante à defesa da terceira corrente apresentada sobre a destinação da indenização dos *punitive damages* vista anteriormente.

Ao contrário do instituto anteriormente estudado, a possibilidade dos danos sociais e a destinação de sua indenização a uma entidade beneficente pode ser encontrada, por analogia, no artigo 883, parágrafo único do Código Civil Brasileiro:

Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

**Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.**

O que restaria superada a crítica ao enriquecimento ilícito. Flávio Tartuce afirma que:

A grande dificuldade do dano social, sem dúvida, refere-se à questão da legitimidade, ou seja, para quem deve ser destinado o valor da indenização. [...] A ideia, nesse sentido, é perfeita, se os prejuízos atingiram toda a coletividade, em um sentido difuso, os valores de reparação devem também ser revertidos para os prejudicados, mesmo que de forma indireta.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984, p. 30-1.

<sup>38</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. São Paulo: Método, 2011.

Há outras barreiras, entretanto, aqui: a questão da abrangência da palavra dano, uma vez que a possibilidade da aplicação do dano social não está positivada e a restrição do artigo 944 do Código Civil da indenização medir-se pela extensão do dano.<sup>39</sup>

Mesmo com a falta de legislação sobre os institutos, parte dos juristas entendem que, devido à grande complexidade das relações humanas e do direito não ser estático, se faz necessário o uso de aparatos e medidas que assegurem a proteção de direitos. O que vem ocasionando a aplicação da indenização punitiva e dos danos sociais em casos concretos por tribunais.

Evidencia-se, assim, a insegurança jurídica que essas decisões podem acarretar e as injustiças que as vítimas sofrem com as condutas consideradas altamente reprováveis. Se faz imprescindível, nesse diapasão, a regulamentação dessas reparações, visto a discrepância entre a praxe jurídica e o direito positivado.

## 2. CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

### 2.1 *Direito à Saúde*

O direito à saúde está consagrado no artigo 6º da Constituição da República, constituindo um direito social e direito fundamental de segunda geração. A sua previsão na Carta Magna foi fruto de grande luta pela garantia dos direitos sociais e universalização de tais direitos compreendidos como inerentes ao cidadão.

Ao elevar o direito à saúde a um direito fundamental e universal, a Constituição de 1988 coloca essa garantia como uma obrigação de prestação positiva pelo Estado Democrático de Direito, no sentido de concretizá-la a todos os cidadãos.<sup>40</sup> Trata-se da hipótese de direito-dever, guardando relação com as diferentes formas pelas quais esse direito fundamental é efetivado. Destaque-se o artigo 196 da Constituição da República:

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

Nesse contexto, observa-se que os deveres desse direito podem gerar: obrigações de caráter originário, como a implementação do SUS, da aplicação mínima dos recursos em saúde, e do dever geral de respeito à saúde; ou de obrigações derivadas, dependentes da superveniência de legislação infraconstitucional reguladora.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> ASENSI, Felipe. *O direito à saúde no Brasil*. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (orgs.) *Direito Sanitário*. São Paulo Campus, 2012, p. 18.

<sup>41</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico constitucional brasileira*. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (orgs.) *Direito Sanitário*. São Paulo Campus, 2012, p. 33

Na ordem jurídica brasileira, como visto, o direito à saúde é um direito-dever do Estado, contudo, não é uma obrigação exclusiva. A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) destaca no artigo 2º:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º 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.

**§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.**

Há duas possibilidades dos particulares também fornecerem serviços e ações de saúde. A primeira consiste na participação complementar de entes privados, através de convênios ou contratos de direito público firmado com o SUS. A segunda é a hipótese da assistência ser exercida diretamente pelas operadoras de planos de saúde, sendo este cenário chamado de “saúde suplementar”<sup>42</sup>, como dispõe o artigo 199 da CRFB88:

Art. 199. **A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.**

§ 1º - 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.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

42 Idem. p. 46.



### *2.1.1. Saúde suplementar*

No âmbito da saúde suplementar, o particular interessado, mediante a contrato remunerado, obtém a assistência pela prestação de serviço das operadoras de planos de saúde. A saúde suplementar é regulada pela Lei nº 9.656/98 e fiscalizada pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Trata-se de delegação da Administração Pública para a iniciativa privada que irá atuar no lugar do Estado. A contratação pode ser entre a pessoa – individual ou coletivamente – com a operadora, constitui-se uma relação de consumo e, em decorrência disso, evidencia o necessário papel do Estado em concretizar a proteção da saúde, como já visto no dispositivo 196 da Constituição, e a proteção do consumidor, conforme ver o artigo 5º, XXXII do mesmo diploma.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Isso ocorre pela transferência da tutela protetiva assegurada pela intervenção direta do Estado no mercado da assistência à saúde. Pode se concluir, então, que os contratos de plano de saúde são de obrigação de resultado, isto é, fornecer assistência adequada à proteção ou recuperação da saúde do usuário do serviço.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Idem. p. 48.

Cabe ressaltar que, ainda que delegados para a iniciativa privada, os serviços de saúde não perdem seu caráter de relevância pública que o constituinte lhes atribuiu, observa-se o artigo 197 da CRFB88:

Art. 197. 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.

Não há, portanto, dúvidas de que as interpretações das cláusulas bem como a responsabilidade pela prestação adequada desses serviços devem se submeter à dupla incidência da proteção do consumidor e do titular do direito à saúde.

Cumprido destacar, assim, a natureza consumerista dessa espécie contratual, como dispõe a súmula 469 do STJ:

469. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

A súmula consolidou o entendimento pacificado no STJ de que a relação entre os planos de saúde e o beneficiário consubstancia numa relação de jurídica de consumo, na qual existe um fornecedor e um consumidor e tem como objeto a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço.

O STJ, ao classificar a relação entre seguradora e segurado como consumerista, atribui uma maior proteção ao segurado, pois, isto implica na aplicação de princípios e regras como vedação às obrigações consideradas abusivas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou não sejam incompatíveis com a equidade ou boa-fé.

Como houve a constitucionalização dos demais ramos do direito após a promulgação da Constituição da República em 1988, com a ordem jurídica ser assentada na dignidade da pessoa humana, da igualdade material e a promoção da função social da propriedade e dos contratos, os contratos de planos de saúde, naturalmente, também devem se nortear por esses princípios.

## **2.2. Características dos Contratos de Plano de Saúde**

### *2.2.1. Princípios gerais dos contratos de planos de saúde<sup>44</sup>*

Os contratos de planos de saúde são negócios jurídicos celebrado entre particulares e possuem o caráter consumerista por se tratarem de um fornecedor de serviços para outro particular que se encontra em situação de vulnerabilidade na relação jurídica. Como visto no capítulo anterior, o ordenamento jurídico brasileiro, após a promulgação da Constituição de 1988, passou por uma constitucionalização e a incidência da Carta Magna em todos os ramos do direito, o que inclui o direito privado, trouxe ao centro a dignidade da pessoa humana. Nessa linha, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

O Direito deve ser entendido não apenas como uma ordem de valores garantidores de um âmbito de liberdade em face do Estado, mas também como um sistema de normas indispensáveis ao acesso e a preservação da dignidade da pessoa humana. Se o ordenamento democrático tutela a autonomia do indivíduo como condição *sine qua non* de opções de escolha nas realizações existencial e patrimonial, somente se cogitará de alternativas de vida em nações capitalistas quando o Estado, o mercado e a sociedade consensualmente deliberarem por uma atitude de proteção a vida digna — que perpassse o campo da mera subsistência -, como instrumento de

<sup>44</sup> ASENSI, Felipe. *O direito à saúde no Brasil*. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (orgs.) *Direito Sanitário*. São Paulo Campus, 2012. p. 7-9

desenvolvimento máximo das potencialidades do ser humano e, conseqüentemente, de desfrute de uma existência com autêntica liberdade.<sup>45</sup>

Conclui-se, portanto, a incidência dos princípios e garantias constitucionais, bem como as condições elencados pelo Código Civil brasileiro e Código de Defesa do Consumidor em relação aos contratos celebrados por planos de saúde. Não se pode pretender adaptar a Constituição aos códigos supracitados, sendo indispensável proceder no sentido inverso, de modo a reler e forjar todo o tecido infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do Texto Maior. A carta Magna consubstancia-se em norma jurídica hierarquicamente superior a todos as demais leis no ordenamento pátrio.

Os princípios basilares do Sistema Único de Saúde estão elencados no artigo 7º de sua lei regulamentadora, a Lei nº 8.080/90. Esses princípios aplicados ao SUS, servem também de elementos valorativos e possuem incidência nos contratos em questão que possuem como objeto a prestação da saúde suplementar.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - **universalidade** de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - **integralidade** de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

(...)

IV - **igualdade** da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

(...)

VIII - **participação da comunidade**;

IX - **descentralização** político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo; (...)

<sup>45</sup> DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*, vol. 4. BAHIA: jus PODIVM, 2012, ed. 2. p. 41.

O princípio da universalidade trata do reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental de todo e qualquer ser humano e cabe ao Estado garantir as condições indispensáveis ao seu pleno e efetivo exercício.<sup>46</sup>

A integralidade diz respeito, a princípio, nas palavras de Felipe Dutra Asensi:

A garantia do fornecimento de um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos, curativos e coletivos, exigidos para todos os níveis de complexidade de assistência. Desse modo, tal princípio engloba ações de promoção, proteção e recuperação da saúde.<sup>47</sup>

O princípio da equidade evidencia a ideia de justiça social, pois, procura reduzir as desigualdades entre os titulares do direito à saúde. Há a efetivação da igualdade material consagrada na Constituição Federal, isto é, tratar desigualmente os desiguais.

A descentralização permite uma maior aproximação com a realidade social de cada localidade, tomando-se a premissa de que, quanto mais perto do fato a decisão for tomada, maior será a chance de acerto.

O princípio da participação da comunidade ou da participação social demonstra uma democratização da descentralização. Amplia-se, assim, a efetividade de políticas públicas e da garantia constitucional da participação da população na elaboração, execução e monitoramento das políticas públicas criadas pelo Estado, consubstanciando-se em uma via de exercício do controle social.<sup>48</sup>

O Código de Defesa do Consumidor surge com a evolução das relações sociais do consumo em massa, contemplando o princípio constitucional relacionado à ordem econômica. A incidência do conjunto de mecanismos de defesa do consumidor nas relações do direito privado em geral vislumbra a efetivação dos princípios constitucionais da isonomia substancial, da dignidade da pessoa humana. Esse conjunto de princípios, tais como a proteção da boa-fé objetiva, a interpretação mais favorável e a inversão do ônus da prova

<sup>46</sup> ASENSI, Felipe. *O direito à saúde no Brasil*. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (orgs.) *Direito Sanitário*. São Paulo Campus, 2012. p. 11.

<sup>47</sup> Idem. p. 11.

<sup>48</sup> ASENSI, Felipe. *O direito à saúde no Brasil*. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (orgs.) *Direito Sanitário*. São Paulo Campus, 2012. p. 12.

refletem a preocupação constitucional da redução das desigualdades e com o concreto exercício da cidadania.<sup>49</sup>

O contrato trata-se de um negócio jurídico bilateral derivado da vontade das partes. O código civil, em seu artigo 104 dispõe que:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.

E, no artigo 421 do mesmo código, consagrou a função social dos contratos, princípio que visa garantir que nenhuma parte possa oprimir ou tirar proveito em excesso da outra. Há o interesse na justiça social e a prevalência do social sobre o individual.<sup>50</sup> No texto legal:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

Efetivamente, o dispositivo supratranscrito subordina a liberdade contratual à sua função social, com prevalência dos princípios condizentes com a ordem pública. Considerando que o direito de propriedade, que deve ser exercido em conformidade com a sua função social, proclamada na Constituição Federal, se viabiliza por meio dos contratos, o novo Código estabelece que a liberdade

<sup>49</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

<sup>50</sup> TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. (Coleção Prof. Rubens Limongi França. v. 2.) São Paulo: Método, 2007. p. 80.

contratual não pode afastar-se daquela função. A função social do contrato constitui, assim, princípio moderno a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Alia-se aos princípios tradicionais, como os da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, muitas vezes impedindo que estes prevaleçam.<sup>51</sup>

Outro princípio, já citado, que norteia os negócios contratuais é a boa-fé objetiva que se encontra positivada no artigo 422 do Código Civil, trazendo os deveres anexos de informação, proteção e cooperação, e no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

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

(...)

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

### 2.2.2. Contratos de Adesão

Os planos de saúde, como visto, são negócios jurídicos e se classificam como contratos de adesão, isto é, contratos cujas cláusulas são unilateralmente definidas por um dos

<sup>51</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28.

contratantes. Não há deliberação quanto às cláusulas, ou o outro contratante aceita todo o bloco de normas estabelecidas ou não há a celebração do negócio. Não há aqui a liberdade para a estipulação do conteúdo, apenas a de aceitar ou não a contratação.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald elencam três atributos dessa modalidade contratual, sendo elas a pré-disposição das cláusulas, a unilateralidade e, por fim, a rigidez.<sup>52</sup>

O surgimento da modalidade dos contratos de adesão é consequência da massificação das relações econômicas da sociedade contemporânea. Tem-se, portanto, a liberdade contratual de uma das partes expandida e potencializada enquanto a liberdade contratual da outra parte é reduzida.<sup>53</sup>

Nesta modalidade, o conteúdo do negócio jurídico exposto no contrato é definido unilateralmente por uma das partes, cabendo a outra aceitar ou não. Não há liberdade de estipulação de um dos contraentes, conquanto a liberdade de celebração não é suprimida.

Carlos Roberto Gonçalves disserta sobre a liberdade contratual:

No contrato de adesão deparamos com uma restrição mais extensa ao tradicional princípio da autonomia da vontade. Normalmente, vamos encontrá-lo nos casos de estado de oferta permanente, seja por parte de grandes empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos ou ainda titulares de um monopólio de direito ou de fato (fornecimento de água, gás, eletricidade, linha telefônica), seja por parte de lojas e empresas comerciais ou de prestadoras de serviços, envolvendo relações de consumo (transporte, venda de mercadorias em geral, expostas ao público). O indivíduo que necessita contratar com uma grande empresa exploradora de um serviço

52 DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*, vol. 4. BAHIA: jus PODIVM, 2012, ed. 2. p. 95.

53 DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*, vol. 4. BAHIA: jus PODIVM, 2012, ed. 2. p. 298.



público depara com um contrato-padrão, previamente elaborado, limitando-se a dar a sua adesão ao paradigma contratual já estabelecido. Ou se submete a ele, sem chance de discutir o preço e outras condições propostas, contratando, ou se priva de um serviço muitas vezes indispensável. Em razão dessa característica, alguns autores chegaram a lhe negar natureza contratual, sob o fundamento de que falta a vontade de uma das partes — o que evidencia o seu caráter institucional. Todavia, prevalece o entendimento de que a aceitação das cláusulas, ainda que preestabelecidas, lhe assegura aquele caráter.<sup>54</sup>

O contrato de adesão é, habitualmente, celebrado em relações de consumo e, assim, regulamentado pelo Código de Defesa do Consumidor. O diploma, em seu artigo 54, trouxe o conceito dessa modalidade contratual.

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

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

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

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

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

E, em seu artigo 47, dispõe sobre a maneira de se interpretar as cláusulas contratuais em relações de consumo, isto é, regidas por este diploma. Estatuindo uma proteção ao consumidor, em posição de hipossuficiência na relação.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Outro mecanismo de garantia de proteção ao consumidor consagrada pelo CDC é o estabelecimento da inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor.

54 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103-104.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

Segundo lição de Eduardo Talamini, o estudo da inversão do ônus da prova pressupõe a delimitação do que é o dever e do que é ônus. Em síntese, esclarece que o dever advém de lei, de disposições normativas que existem no interesse de determinado grupo, enquanto o ônus é estabelecido no interesse da própria parte. Por outro lado, o descumprimento do dever geralmente implica em sanção, ao passo que aquele que se incumbe no ônus, caso o descumpra, somente perderá a chance de desfrutar de uma chance melhor<sup>55</sup>.

Neste sentido, o ônus da prova é a atribuição, à parte, da incumbência de comprovar os fatos que lhe são favoráveis no processo. Tanto é assim que o art. 373, do Código de Processo Civil, prevê:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Em se tratando de contratos de plano de saúde, verifica-se a importância do instituto da inversão do ônus da prova, tendo em vista que o consumidor, vulnerável na relação que se estabelece com a operadora do plano, geralmente não possui os meios necessários para comprovação do fato constitutivo de seu direito, invocando a possibilidade de inversão disposta no art. 373, § 1º, do CPC.

Este artifício processual, inclusive, é expressamente previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que institui como direitos básicos do consumidor “*a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*”.

O diploma consumerista também prevê que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, conforme

55 TALAMINI, Eduardo. *Ônus da Prova*. Disponível em <

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235364,31047-Onus+da+prova> > acessado em 21.06.2018

art. 51, VI, em atenção à vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I, do CDC).

A inversão, assim, proporciona que o juiz consiga formar sua convicção para o julgamento da lide, em especial sobre a ocorrência ou inoocorrência de fato relevante, cuja produção probatória não é possível por aquele possuidor do ônus originariamente, no caso o consumidor beneficiário do plano de saúde.

O art. 373, § 1º, do CPC, estipula como requisitos para a inversão a impossibilidade ou excessiva dificuldade em cumprir o encargo. Após a decisão que inverte o ônus, a parte poderá se manifestar para desincumbir de tal ônus, em efetivo exercício do contraditório, nos termos da parte final do dispositivo, sendo cabível, ainda, a interposição de agravo de instrumento, de acordo com o art. 1.015, XI, do CPC.

A título de exemplo, cumpre salientar que, em aplicação do tema, o e. Superior Tribunal de Justiça entendeu que, em relações de consumo, a responsabilidade pelo custeio da prova pericial é do autor da ação, mesmo quando houver inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Todavia, caso o réu/fornecedor não antecipe os honorários periciais devidos, poderão ser presumidos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor<sup>56</sup>.

Inequívoco que o entendimento exarado pelo STJ vai de encontro com os princípios do direito do consumidor, indivíduo já dotado de vulnerabilidade técnica em relação ao fornecedor e cujos efeitos da inversão do ônus da prova ficariam restritos no tocante às despesas processuais.

Em que pese a jurisprudência ora mencionada, tem-se que a inversão do ônus da prova em relação de consumo baseada em contratos de plano de saúde, de adesão, é direito observado nos processos judiciais com este objeto<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> “STJ publica jurisprudência sobre custeio da prova pericial em relações de consumo”. Revista Consultor Jurídico. 25/01/2016. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-jan-25/stj-publica-jurisprudencia-custeio-prova-aco-es-consumo> > acessado em 21.06.2018

<sup>57</sup> AGRADO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. MEDICAMENTO IMPORTADO E NÃO NACIONALIZADO. AUSÊNCIA DE PROVA POR PARTE DA OPERADORA DE QUE O CONTRATO FIRMADO EXCLUI SUA COBERTURA. ÔNUS PROBATÓRIA QUE LHE COMPETE. DEFERIMENTO DE COBERTURA MANTIDO. FARMACO CONCEDIDO EM PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRADO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJ-RS - AI: 70076174788 RS, Relator: Lusmary

### 2.2.3. Planos de saúde

A Lei nº 9656/98 regulamenta essa prestação suplementar, e, conseqüentemente, os contratos ofertados pelas seguradoras. Versa em seu artigo primeiro quem está sujeito às disposições da lei, os tipos de contratos no âmbito privado da assistência à saúde e a agência reguladora responsável por sua fiscalização.

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

Fatima Turelly da Silva, Data de Julgamento: 25/04/2018, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/05/2018)

APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE CANCELAMENTO INDEVIDO. PLANO EMPRESARIAL. SOLICITAÇÃO DA EMPRESA. NÃO COMPROVAÇÃO. ÔNUS DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. RENÚNCIA DE PROVA QUE PREJUDICA A PRÓPRIA RÉ. ASTREINTES. ALEGAÇÕES AUTORAIS DE DESCUMPRIMENTO PELA RÉ. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA PARTE AUTORA À DESPEITO DAS AUTORIZAÇÕES FORNECIDAS. TELAS DO SISTEMA QUE NÃO TEM FORÇA PROBATÓRIA. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. I – Havendo alegação, pelo consumidor, de que a operadora de plano de saúde teria cancelado seu plano indevidamente, caberia ao referido plano refutar as alegações autorais. Tratando-se de plano empresarial, certamente é que poderia a empresa requerente informar ao juízo sobre a solicitação de exclusão da sua funcionária, mas, podendo-se valer de tal prova testemunhal, Apelante a renunciou expressamente, sofrendo, por conseguinte, as conseqüências pertinentes às regras de ônus a prova. Ao aduzir que a empresa teria senha intransferível do sistema e que poderia requerer inclusões e exclusões a seu bel prazer, a Apelante atraiu para si a prova de tal fato. O fato de ser o plano da autora classificado como empresarial é um indício, ponto de partida, para a comprovação de que a exclusão teria se dado por iniciativa de sua empregadora. Caberia, então, à Apelante comprovar que esta exclusão se deu de forma ilegítima e de forma tal a excluir a sua responsabilidade, o que efetivamente não ocorreu. No tocante às inúmeras alegações de descumprimento de ordem judicial, já que a Apelante alega que a autora se beneficia da própria torpeza ao não atender os telefonemas para realização do procedimento, em virtude de não haver comprovação das citadas tentativas de contato, mais uma vez falha a Recorrente quanto à fato que lhe caberia comprovar. Recurso Improvido. Sentença mantida. (TJ-BA - APL: 05121357620178050001, Relator: Ivanilton Santos da Silva, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 27/04/2018)

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

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

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

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração.

§ 3º As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde

§ 4º É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo.

§ 5º É vedada às pessoas físicas a operação de plano ou seguro privado de assistência à saúde.

Há a possibilidade de particulares prestarem assistência médica de forma **suplementar**, como falado anteriormente, através de planos e seguros de saúde. A diferença entre os dois tipos de contratos reside no fato de os consumidores terem assistência médica exercida por profissionais credenciados às seguradoras em locais também credenciados pela operadora no caso de contratos de plano de saúde.

Enquanto nos contratos de seguro de saúde, os consumidores possuem livre escolha de profissionais, hospitais e laboratórios. Haverá o ressarcimento por parte da seguradora e não o acompanhamento como no primeiro.

Em ambas as situações, a ANS – Agência Nacional de Saúde – atua como autoridade supervisora responsável pela regulação, controle e supervisão das atividades de assistência à saúde suplementar.

A Lei de Planos de Saúde reconhece, também, outra diferença quanto à forma de contratação, sendo a hipótese de contratos negociados para grupos grandes de pessoas, sendo coletivos e contratados por pessoas jurídicas em benefício de seus empregados, associados ou beneficiários. E, no outro cenário, os contratos celebrados exclusivamente por uma pessoa para si e para sua família, nos quais o indivíduo celebra diretamente com a operadora do plano.<sup>58</sup>

A Lei nº9656/98 assevera, nos artigos 10 e 12, as possibilidades de cobertura assistencial a serem oferecidas pelas seguradoras aos consumidores. O artigo 10 é dedicado

58 BARCELLOS, Daniela. *A regulação da saúde suplementar: avanços e limites*. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (orgs.) *Direito Sanitário*. São Paulo Campus, 2012. p. 255.

para o plano-referência, isto é, o contrato padrão que possui em si todos os tipos de atendimentos.

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei.

E, partindo-se do plano-referência, é possível classificar os planos em hospitalar, obstetrício, tratamento ambulatorial e odontológico. Cumpre destacar que o plano-referência deve ser, obrigatoriamente, oferecido a todos consumidores futuros por todas as operadoras.

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

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

- a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;
- b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;
- c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes;

II - quando incluir internação hospitalar:

- a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos;
- b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente;
- c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação;

d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar;

e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e

f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos;

g) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar;

III - quando incluir atendimento obstétrico:

a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto;

b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção;

IV - quando incluir atendimento odontológico:

a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente;

b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia;

c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral;

Entende-se, dessa forma, o plano de atendimento ambulatorial como aquele que compreende a cobertura de consultas médicas em número ilimitado, bem como serviços de diagnósticos e a realização de exames e procedimentos que não exijam a permanência em um nosocômio por um período superior a 12 horas.<sup>59</sup>

59 Idem. p. 256.



O plano hospitalar engloba o atendimento em unidade hospitalar com número de diárias ilimitado, tendo abrangência para tratamentos em Unidade de Terapia Intensiva, quimioterapia, radioterapia e demais tratamentos necessários no período da internação. Essa categoria possui uma subdivisão: com ou sem a abrangência dos serviços de obstetrícia.

E, por fim, a modalidade de planos odontológicos. Que é composta pela cobertura de procedimentos como consultas, exames, cirurgias orais menores e procedimentos preventivos.

Cabe salientar que a Lei regulamentadora não veda a comercialização de planos com cobertura maior em relação a do plano-referência ou que sejam feitas combinações entre os planos existentes.<sup>60</sup>

### ***2.3. A responsabilidade civil nos planos de saúde***

Como expressado anteriormente, a Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, XXXII, a defesa do consumidor.

Em virtude da origem constitucional do mandamento de defesa do consumidor, o art. 1º Q desse diploma legal auto define suas normas como sendo de ordem pública e de interesse social, vale dizer, de aplicação necessária e observância obrigatória, pois, como de todos sabido, as normas de ordem pública são aquelas que positivam os valores básicos de uma sociedade.<sup>61</sup>

Por serem pessoas jurídicas fornecedoras de serviço, as operadoras de planos de saúde possuem responsabilidade civil objetiva e solidária perante ao consumidor. Isto é, não há a necessidade da demonstração da culpa do agente no evento danoso. Adotou-se, para essas relações, a teoria do risco.

O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Idem. p. 255-257.

<sup>61</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18.

<sup>62</sup> Idem.

A noção central da teoria do risco criado está no elemento perigo, existente em algumas atividades, em razão da sua natureza ou dos meios utilizados, está inserido, sujeitando o homem a riscos de toda ordem, inclusive sua própria vida. Aumenta os encargos do agente. A vítima não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as consequências de sua atividade.

O Código de Defesa do Consumidor instituiu a responsabilidade objetiva do fornecedor em seu artigo 14.

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

E o Código Civil trouxe o instituto no parágrafo único do seu artigo 927.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

### 3. APLICABILIDADE DOS DANOS PUNITIVOS E SOCIAIS NOS PLANOS DE SAÚDE

#### 3.1. *Caso AMIL*<sup>63</sup>

Mesmo sem regulamentação legal acerca da função punitiva do instituto da responsabilidade civil, a sua aplicação é presente na jurisprudência brasileira, com diversos precedentes legais. O foco no caso AMIL dá-se pelo fato de se tratar da condenação de uma operadora de planos de saúde por condutas ilícitas reiteradas atingindo um grupo indeterminado de pessoas.

No caso analisado, trata-se de demanda na qual o autor teve sua solicitação de internação negada sob a justificativa por parte da seguradora de ainda estar dentro do prazo de carência.

Em 1º grau, a ação ajuizada pelo segurado foi julgada procedente com a fixação de indenização por danos morais no valor de cinco mil reais, contudo, ambas as partes interpuseram recurso.

A seguradora alegou que o período de carência de 24 meses estabelecido no contrato deveria ser respeitado. Enquanto o segurado afirmou que, diante do contexto de acentuado sofrimento e angústia, a indenização deveria ser majorada para 200 salários mínimos.

No entendimento do colegiado, o dano social ficou caracterizado em razão da necessidade de se coibir a prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro

<sup>63</sup> TJSP. APELAÇÃO. 0027158-41.2010.8.26.0564. Relator: Teixeira Leite. DJ: 18/07/2013. Disponível em: < [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130719-02.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130719-02.pdf) > acessado no dia 03/04/2018. PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, conseqüentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva. DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte.

saúde. Elencou diversas vezes em que a seguradora fora condenada em situações semelhantes, demonstrando a prática reiterada. E, desse modo, instituiu:

Evidente, pois, que essa mesma recusa por parte da operadora de plano de saúde não pode mais permanecer impune, ainda que, nessa forma, exercida sob o manto constitucional do exercício de um direito.

(...) como também pela urgente necessidade de se agir para evitar o desrespeito, principalmente porque é inegável fonte de um conteúdo econômico retirado exclusivamente pela seguradora, que lucra com o não uso do capital que vem da contribuição dos segurados durante o tempo que não deseja ou, enquanto não é obrigada a custear esse ou aquele tratamento. Nesse vértice, emerge não só a possibilidade de uma reprimenda de caráter processual, como a determinação de um preço, a título de indenização que, como se sabe, também compreende a necessidade de forçar as partes ao cumprimento daquilo que foi por elas avençado, de sorte que eventual mora nesse dever sugere conferir àquele que sofreu esse prejuízo uma devida reparação e, ao mesmo tempo, com esse dispêndio, procurar evitar a reiteração do já proibido, então prestigiando o caráter punitivo da indenização.

Afinal, ainda que sabedoras do posicionamento legal e judicial sobre alguns temas relacionados à saúde do segurado, as seguradoras, sempre com uma mesma tese defensiva, continuam a retardar não só esses feitos derivados de injusto comportamento, mas, de maneira reflexa, acabam por afetar outros milhares, de pessoas, segurados ou não, que buscam a solução para um direito. Nesse rumo, visando coibir esta atitude que desencadeia em incontáveis ações sobre um mesmo assunto, já estudado e pacificado, e, com a intenção de dar fim a causas que se arrastam com o exclusivo escopo procrastinatório, este relator passa a adotar uma postura repressiva de forma a preservar o que é do interesse coletivo, então prestigiando a reparação do dano moral social.<sup>64</sup>

O entendimento do colegiado usou de reforço o julgamento do REsp 636.021-RJ, no qual a ministra Nancy Andrighi afirma que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, surgiu a figura do dano moral supra-individual e elencando como direito básico do consumidor a efetiva reparação dos danos sofridos.

Como estudado no primeiro capítulo, para a configuração da indenização por danos sociais, se faz necessário o preenchimento de três requisitos: extrema reprovação social, a prática reiterada da conduta e a capacidade de atingir um grande número de pessoas.

No caso em tela, o magistrado considerou o comportamento da seguradora, AMIL, injusto não só com o autor da ação, como também com outros milhares de pessoas uma vez que o interesse coletivo da saúde foi violado. Adicionado à prática reiterada da companhia de uma conduta lesiva à vida e à saúde humana. Com esse cenário, foi entendido que a

64 Idem. p. 10-13.

seguradora deveria ser punida e, com a aplicação da punição, ela fosse dissuadida de continuar com as condutas lesivas.

Considerando o potencial econômico de uma operadora de saúde, foi determinado o pagamento de R\$ 1.000.000,00 pela ré. O montante foi destinado ao Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Evitando-se o enriquecimento ilícito do autor da demanda.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do reconhecimento por parte dos doutrinadores e sendo aplicada na jurisprudência pátria, as prestações punitivas e dissuasórias da responsabilidade civil ainda se configura como objeto de críticas.

Os argumentos contrários apontam a indenização por danos punitivos ou por danos sociais como verdadeira sanção penal, em contrapartida com um instituto de direito privado que visa somente compensar o dano sofrido, além da hipótese do enriquecimento sem causa.

Com o processo de constitucionalização do direito civil, por meio da qual é superada a dicotomia entre direito público e direito privado, o direito privado é alocado como microsistema sob a égide dos princípios consagrados constitucionalmente.

Ao se considerar o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento norteador da República Federativa do Brasil, o direito civil adentra a órbita constitucional, ao se reconhecer a aplicação de direitos fundamentais às relações privadas, consagrando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Assim, no contexto de constitucionalização do direito civil, as aplicações das prestações punitivas e dissuasórias atuam como mecanismo de consolidação dos direitos fundamentais nas relações privadas de responsabilidade civil e instrumento concretizador da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, cumpre destacar a possibilidade aplicação das prestações punitivas e preventivas em âmbito de responsabilidade civil com a finalidade de estabelecer concretização das normas e conferir efetividade aos direitos fundamentais.

Com relação ao âmbito de incidência da indenização punitiva, sobretudo em sede de danos patrimoniais, entende-se que a tutela protetiva do consumidor é incluída dentre os princípios gerais que informam a ordem econômica nacional, justificando a necessidade de regulamentação incisiva apta a proteger a classe consumidora face as insurgências lesivas do mercado.

Ressalta-se que implementação de medidas protetivas são de responsabilidade do Estado, ao se responsabilizar pela edição de leis, atos e sentenças benéficas ao consumidor, assim como os agentes econômicos, os quais devem regular suas atividades em observância às regras e princípios instituídos pelo Estado para tal mister.

As normas de direito de saúde suplementar devem sempre primar pela qualidade técnica da prestação de serviços privados de assistência à saúde, no sentido de garantir ao consumidor que os atendimentos médicos disponibilizados pelas operadoras possam efetivamente garantir o direito fundamental à saúde.

Ainda que a exploração dos serviços de assistência suplementar à saúde ser atividade privada voltada para o lucro, trata-se de um setor de relevante interesse para a coletividade. Ao analisar a Constituição de 1988, o direito à saúde compreende dimensões preventiva e promocional, o que se consubstancia num direito à proteção e à promoção da saúde. É um direito social no sentido de buscar garantir o mínimo existencial a um indivíduo.

Entende-se, desse modo, que a saúde não é apenas a ausência de doenças, mas sim o bem-estar da pessoa humana tanto interiormente quanto em sua relação com o ambiente físico e social. Restando comprovado que não se pode permitir essas práticas lesivas por parte das operadoras de planos de saúde.

Insta salientar que a interpretação do Código de Defesa do Consumidor deve ser realizada ao se sopesar que as relações de consumo são vinculadas ao sistema de produção massificado, necessitando privilegiar-se o coletivo e o difuso, tendo em vista o fato das relações de consumo serem fixadas por contrato de adesão pela parte fornecedora, vinculando uma grande categoria de consumidores.

Diante de tamanho desequilíbrio, é necessário coibir as sociedades empresárias e fabricantes que delineiam suas atividades econômicas à obtenção de lucro em detrimento da segurança e do bem-estar dos consumidores com uma punição incisiva e efetiva, capaz de assegurar a real proteção a eles.

## REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe. O direito à saúde no Brasil. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (orgs.) Direito Sanitário. São Paulo Campus, 2012.

BARCELLOS, Daniela. A regulação da saúde suplementar: avanços e limites. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (orgs.) Direito Sanitário. São Paulo Campus, 2012.

BASSETE, Fernanda. “Dobram ações contra planos de saúde em um ano.” ESTADÃO. 22 de junho de 2017. Disponível em < <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,dobram-acoes-contraplanos-de-saude-em-um-ano,70001854675> > acessado em 23.06.2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COLLUCCI, Cláudia. “Paciente ganha 9 em cada 10 ações contra plano de saúde.” Folha de São Paulo. 18 de janeiro de 2016. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1730544-paciente-ganha-9-em-cada-10-acoes-contraplanode-saude.shtml> > acessado em 23.06.2018.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil* – 12ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Contratos, vol. 4. BAHIA: jus PODIVM, 2012, ed. 2.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico constitucional brasileira. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (orgs.) Direito Sanitário. São Paulo Campus, 2012

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103-104.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984.

LONGHI, João Victor Rozatti; SILVA, Letícia Rezende. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Uma análise da indenização punitiva por dano social no Brasil*. Florianópolis: CONPEDI. p. 368-395, 30 de abril a 02 de maio. 2014.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à Pessoa Humana, uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages em sistemas Civilistas: problemas e perspectivas*. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 18. Rio de Janeiro: Padma, abril/junho 2004.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações, Introdução à Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.



PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: RENOVAR. 2008.

PÜSCHEL, Flávia. *A função punitiva da responsabilidade civil no Direito Brasileiro: uma proposta de investigação empírica*. Revista Direito GV. Vol. 6. p. 17-36, jul-dez. 2007.

RESEDÁ, Salomão. *A Aplicabilidade do Punitive Damage nas Ações de Indenização Por DanoMoral no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Dissertação de mestrado na Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2008, p. 230. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2303/SALOMÃO%RESEDÁ.pdf> > Acesso em: 22 de maio de 2018.

ROSENVOLD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TALAMINI, Eduardo. Ônus da Prova. Disponível em < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235364,31047-Onus+da+prova> > acessado em 21.06.2018.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. (Coleção Prof. Rubens Limongi França. v. 2.) São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, Tomo I – 4ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008