CENTRO EDUCACIONAL DE ENSINO SUPERIOR DE PATOS
FACULDADES INTEGRADAS DE PATOS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JEFFERSON KELLYSON DA SILVA SANTOS

RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DIANTE DA RESCISÃO UNILATERAL OU SUSPENSÃO DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

PATOS
2018

JEFFERSON KELLYSON DA SILVA SANTOS

RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DIANTE DA RESCISÃO UNILATERAL OU SUSPENSÃO DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas de Patos, como requisito para obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Ma. Karoline de Lucena Araújo.

PATOS

2018

FICHA CATALOGRÁFICA
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Biblioteca Central - FIP

S586r

Santos, Jefferson Kellyson da Silva.
Responsabilidade do fornecedor diante da recisão unilateral ou suspensão dos contratos de planos de saúde./ Jefferson Kellyson da Silva . – Patos - PB, 2018.
58 fls.

Orientador (a): Profª. Karoline de Lucena Araújo
Monografia (Bacharelado em Direito) –
Centro Educacional de Ensino Superior de Patos - CEESP/ FIP

1.Relações de consumo 2. Consumo 3. Contratos
4.Planos de saúde 5. Manutenção da responsabilidade
I.Título II. CEESP / FIP

FIP/BC CDU: 340

Laureno Marques Sales, Bibliotecário especialista. CRB -15/121

JEFFERSON KELLYSON DA SILVA SANTOS

RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DIANTE DA RESCISÃO UNILATERAL OU SUSPENSÃO DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas de Patos, como requisito para obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Ma. Karoline de Lucena Araújo.

Aprovada em 07 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Profª Ma. Karoline de Lucena Araújo- Orientadora
Faculdades Integradas de Patos

Profª Ma. Marana Sotero de Sousa- Examinadora
Faculdades Integradas de Patos

Profº Dr. André Gomes de Sousa Alves- Examinador
Faculdades Integradas de Patos

Dedico essa grande vitória a Deus Pai de bondade e infinita misericórdia, que sempre me guiou nos caminhos tortuosos, estando ao meu lado a me proteger de todo mal. As minhas mães que sempre estiveram a interceder para que tudo desse certo. A minha Digníssima esposa, por sempre me incentivar, apoiar e entender. A minha filha Mônica Maria, minha princesinha. A minha sogra, que sempre acreditou no meu potencial e nunca me deixou sentir-me só. A todos que apoiaram e aos que não apoiaram também, pois foram eles que me motivaram a seguir firme.

AGRADECIMENTOS

Louvado seja o nome do senhor Jesus Cristo, a Ele toda honra e toda glória. Obrigado senhor por todo amor e cuidado que sempre teve comigo, pela tua mão poderosa que me sustentou até aqui. Ao Espirito Santo, por toda a condução, força, inteligência e coragem derramada sobre mim, por ter colocado as pessoas certas em meu caminho e sempre iluminar os meus passos. A virgem santíssima, mãe de Deus e minha, por todo o cuidado e proteção, por todo o amor e intercessão em todas as etapas da minha vida, não poderia ser diferente nesta, obrigado Mãezinha.

A minha mãe Juçara Maria da Silva mulher forte e guerreira, que sempre esteve a interceder por mim em todas as batalhas e apesar de todo sofrimento vivido, sempre me ensinou o caminho certo, mesmo nas dificuldades, quando eu não queria andar no caminho, ela me trazia de volta aos trilhos, obrigado mãe.

Ao meu pai Neto, que apesar de seu jeito desacreditado das coisas e do mundo, sempre me esperava e apoiava nas decisões que eu quisesse seguir. Foi muitas vezes o fato de não achar que ele acreditasse que me fez continuar por mais difícil que estivesse o caminho.

Aos meus familiares, que de forma direta ou indireta me ajudaram a chegar até aqui, seja pelo apoio moral, pelas orações, seja pelas desconfianças. É, até mesmo elas me fizeram mais forte.

A minha Princesa real, minha Maria, minha amiga, colega, companheira, cumplice, minha esposa. A você Laenia Carneiro, eu devo uma vida de coisas maravilhosas, você nem imagina como me faz bem e como eu sou ridiculamente apaixonado por você. Você sem dúvidas foi a pessoa que me fez chegar até aqui, quem viveu comigo as minhas angustias, quem trilhou de perto cada sentimento que esse caminho pôde proporcionar, quem me deu as maiores alegrias que já vivi até o dia de hoje, quem me deu a honra de poder ser pai.

A minha princesinha, Mônica Maria você antes mesmo de nascer já era luz no meu caminho e mesmo sem saber foi a inspiração para que eu continuasse seguindo de cabeça erguida, o pai te ama.

A minha amiga Lucinete, a pessoa que mais me incentivou a está aqui, me ajudando e apoiando. É Lu seu jeito de cuidar de todos é uma dadiva de Deus e

eu confesso, são poucas as pessoas que tem um coração do tamanho do seu. Além de amiga a senhora é uma segunda mãe para mim. Sua força, coragem e determinação diante dos obstáculos me impulsionam a ser uma pessoa melhor, sou muito grato a Deus pela sua vida, obrigado.

Aos meus amigos. Eles são poucos, mais os que tenho são os melhores, sem dúvidas vocês me ajudaram a alcançar esse objetivo. Encontrei em vocês a lealdade e cumplicidade para enfrentar as dificuldades e continuar seguindo em frente. Vou me furta em citar nomes, pois seria uma tremenda injustiça esquecer algum de vocês. Obrigado.

Ao meu irmão Matheus Araújo de Andrade, meu cordão, você é sem sombra de dúvidas um anjo que Deus colocou no meu caminho, se hoje cheguei até aqui devo isso a você também. Você evoluiu de amigo para irmão, obrigado por sempre cuidar de mim, por estar sempre disposto a ajudar, por me aturar no percurso dessa caminhada, por dividir comigo a sua casa e para além disso a sua família, a nossa família. Meu parceiro, você é uma pessoa inefável e mesmo que eu tentasse expressar tudo que sinto, as palavras não seriam o bastante para lhe dizer quão grato eu sou a você.

A dona Francisca, muito obrigado por me acolher na sua casa, na sua família na sua vida, por cuidar de mim como um filho, por partilhar comigo a sua vida, a senhora com seu jeito humilde ganhou espaço no meu coração. Muito obrigada mãe Francisca. Na sua pessoa também quero agradecer a todos da sua família, que hoje é minha também.

A minha querida orientadora, Professora Karol, palavras me faltam para te agradecer por tudo que fez por mim, não sei nem por onde começa, talvez deva começar me desculpando pelas perturbações a qualquer dia e hora, pelas dores de cabeça na entrega do trabalho, pelas vezes que não consegui entender o que a senhora falava. Muito obrigado karol, a senhora foi um instrumento de Deus na minha vida, suas orientações ultrapassaram um simples trabalho e me ajudaram a ser de alguma forma uma pessoa melhor. Na sua pessoa eu agradeço a todos os professores dessa casa.

Obrigado a todos que fazem parte da minha vida, espero continuar contando com vocês.

RESUMO

A presente monografia nasceu com objetivo de analisar a permanência da responsabilidade dos fornecedores nas relações de consumo estabelecidas através dos contratos de planos de saúde, objetivando a proteção do consumidor contra as práticas abusivas, assim como a manutenção da responsabilidade do fornecedor, quando da prática de rescisão ou suspensão unilaterais dos fornecedores, de modo a fixar a garantia da manutenção da responsabilidade dos mesmos. Utilizando-se os métodos de abordagem dedutivo e histórico, estudando a responsabilidade dos fornecedores de planos de saúde, quando da rescisão e suspensão dos contratos, uma vez que os mesmos podem possuir cláusulas abusivas que tentam repassar a responsabilidade do fornecedor para a parte mais vulnerável dessa relação que é o consumidor, as técnicas de pesquisa se fundamentam na pesquisa aplicada, de forma bibliográfica, como também pela documental, de forma a estudar no primeiro capítulo uma abordagem acerca das relações de consumo e o direito à vida, onde se faz um apanhado na concepção dos contratos tanto no âmbito do CDC, como no Código civil, assim como os contratos de planos de saúde. No segundo capitulo a pesquisa se concentra na análise da responsabilidade civil advinda dos contratos de consumo, onde se trouxe a conceituação de fornecedor e consumidor, assim como as causas que excluem a responsabilidade. Para o terceiro capitulo a abordagem se delimitou na análise da manutenção da responsabilidade do fornecedor, pela ótica da lei dos planos de saúde, atrelada ao objeto tutelado pelos planos de saúde, que é a vida. A manutenção da responsabilidade quando do cometimento de práticas abusivas nos casos de rescisão e suspensão unilateral dos contratos de planos de saúde que não feitas conforme a previsão legal, são cláusulas abusivas, pois tais práticas são lesivas ao consumidor, haja vista que o mesmo é considerado vulnerável nessa relação e precisar ter seus direitos garantidos, ainda mais quando o direito tutela é o direito a saúde que está diretamente liga ao direito à vida.

PALAVRAS-CHAVE: Relações de consumo. Contratos de planos de saúde. Responsabilidade civil. Manutenção da responsabilidade do fornecedor.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9
2 RELAÇÕES DE CONSUMO E DIREITO À SAÚDE 12
2.1 CONTRATOS NO CDC: PROTEÇÃO CONTRATUAL 12
2.2 CONTRATOS DE ADESÃO 16
2.3 CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E RELAÇÕES DE CONSUMO 24
3 RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE CONSUMO 24
3.1 CONCEITOS DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR 24
3.2 RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO CIVIL 27
3.3 RESPONSABILIDADE NO CDC 30
3.4 EXCLUDENTES 34
4 DA MANUTENÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR 42
4.1 LEI DE PLANOS DE SAÚDE 42
4.2 OBJETO DE TUTELA DO PLANO DE SAÚDE 45
4.3 MANUTENÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR 48
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 51
REFERÊNCIAS 53

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia trata da temática da manutenção da responsabilidade do fornecedor quando da ocorrência de rescisão e suspensão unilateral dos contratos de planos de saúde. Diante de tal afirmação, se propõe a disciplinar a assistência suplementar a saúde, partindo-se de um pressuposto inicialmente cível, mais que na sua formação estrutural possui características intrínsecas que as distingue das demais, pois as relações formadas dentro desses negócios jurídicos, possuem um viés consumerista. Desse modo, logo na sua gênese é possível observar que existe uma desigualdade imensa entre as partes dessas relações, quando o objeto da relação se fundamenta na manutenção ou promoção da saúde. Esse senário trona-se propício para existência de abusividades que são cometidas em face dos consumidores, quando os fornecedores rescindem ou cancelam os contratos unilateralmente, diferente do que está disciplinado na lei que os regulamenta, surgindo assim abusividades. A busca pela proteção do consumidor diante de tais práticas, assim como a responsabilização do fornecedor, torna-se veemente diante da necessidade de garantir os diretos dos consumidores e a manutenção da responsabilidade do fornecedor.

O primeiro capítulo trata das relações de consumo, atreladas ao direito à saúde, de modo que são abordados os contratos por um viés consumerista, onde se dá enfoque a proteção contratual do consumidor, diante dos contratos de adesão, que não permitem a discursão das cláusulas e uma vez que o consumidor queira contratar, deverá aceitar as condições que o fornecedor propor, fato que gera uma grande insegurança a esses tipos de contratos que muitas vezes permite a possibilidade de cláusulas abusivas, como é o caso dos contratos de planos de saúde.

O segundo capítulo se propõe a tratar da responsabilidade civil, existente nas relações de consumo, de forma a especificar quem são consumidores e fornecedores, para só assim identificar a responsabilidade civil. Nesse contexto mister se fez entender a responsabilidade civil vista no código civil, mais também a responsabilidade civil no CDC e consequentemente as suas causas excludentes.

Destarte, o estudo do terceiro capitulo se concentrou na manutenção da responsabilidade do fornecedor, mesmo nos casos em que as operadoras declarem falência, com a defesa da manutenção da responsabilidade objetiva e solidaria dos

fornecedores que deve se manter para assegura o compromisso com a proteção do consumidor e evitar a cobrança por produtos ou serviços prestados aos consumidores, quando os mesmos encontram-se tutelados pela cobertura das operadoras de planos de saúde, ficando assim bem delimitado o objetivo a que se presta o presente estudo quando da rescisão e suspensão unilateral dos contratos de planos de saúde que são formados dentro das relações de consumo e acobertados pelo CDC.

Reconhecendo a proteção do consumidor enquanto vulnerável, contra as práticas abusivas existentes nas relações de consumo que são estabelecidas nos contratos de planos de saúde. Partindo deste contexto, emergiu o seguinte questionamento: Como tais contratos tutelam um bem maior, seria possível excluir a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços que se destinem a promoção e manutenção da saúde? Sendo o contrato um instrumento de proteção jurídica para as relações de consumo, os mesmos devem trazer em sua essência a boa-fé, pois em se tratando de partes desiguais que estão a firmar tais vínculos, uma vez já reconhecida a vulnerabilidade do consumidor e existindo um desequilíbrio nesse instrumento regulador, estará a parte hipossuficiente dessa relação em um campo um tanto desfavorável, que trará enormes desequilíbrios a segurança jurídica, pois existem neles a possibilidades de cláusulas abusivas. O caso fica mais complexo quando se tem atrelada a dificuldade de se conseguir com dignidade a concessão do direito a saúde e o indivíduo vê-se confrontado com a imposição de não ter esse benefício prestado pelo Estado com qualidade e eficiência, ficando obrigado a submeter-se a cláusulas abusivas e ainda pagar por serviços cujo plano de saúde possui cobertura.

O trabalho em questão parte de um pressuposto metodológico, quando na sua abordagem, usa o método dedutivo enveredando-se a partir de uma análise dos contratos firmados na relações de consumo, buscando assim um estudo: da problemática encontrada nos contratos que se estabelecem nas relações de consumo, mais precisamente nos contratos de planos de saúde que possuem cláusulas abusivas e tentam transferir a responsabilidade do fornecedor para os consumidores quando os mesmos recebem proteção diferenciada, principalmente pela condição de vulnerável preexistente nessas relações. O estudo buscar uma revisão literária que possa de tal modo engrandecer ainda mais as discussões acerca do tema. Para além disso, ainda se é utilizado o método de procedimento

histórico onde se faz um passeio em toda a gênese dos assuntos em destaque. Naquilo que concerne as técnicas de pesquisas aplicadas, desenvolve-se pela bibliográfica, assim como pela documental, já que se observa a doutrina, a jurisprudência e a lei.

2 RELAÇÕES DE CONSUMO E DIREITO À SAÚDE

Ao longo dos anos temos vivenciado constantes mutações nas estruturas das relações de consumo, transformações essas, que podem ser notadas no mercado e possuem poder de alteração nas conexões jurídicas firmadas entre as partes dessa relação, ou seja, fornecedores e consumidores. A ótica dessa análise se destina diretamente a compreender as tutelas presentes nos contratos que se originam nas relações de consumo.

Existentes desde começo das civilizações organizadas, fez-se perceber que tais relações necessitavam de um olhar mais cuidadoso, assim como de mecanismos capazes de efetivar direitos vistos como fundamentais para a continuidade equitativa dessas relações. A visão protecionista do consumidor se desenvolve nas sociedades diante do cenário econômico, onde as margens que tangem esse desenvolvimento, devem estar voltadas não apenas as iniciativas de concorrência dos fornecedores, mais principalmente a proteger aqueles que adquirem produtos e serviços que se fazem essenciais a esse sistema.

2.1 CONTRATOS NO CDC: PROTEÇÃO CONTRATUAL

Como o direito tem suas origens em ideias coletivas, onde essa coletividade se une para positivar seus ideais e anseios, assim como suas garantias e deveres, neste contexto não se pode deixar de fora o motor que movimenta essas necessidades que tem como combustível as evoluções e suas modificações no passar do tempo. Não distante desse processo de mutação, encontra-se lado a lado até mesmo como consequência desse processo de mudanças, a criação e modificação dos contratos.

Com a expansão do capitalismo, ocorreram grandes mudanças no cenário dos negócios, passando a surgir novos conceitos e paradigmas dentro das relações contratuais, assim como da busca por um equilíbrio dentro dessas relações, onde a própria teoria contratual vem a ter mudanças até mesmo na sua forma de interpretação, quando o instrumento regulador dessa relação precisa evoluir, seja na sua concepção sociológica, seja na parte indissociável dos contratos que é a economia social.

Ao nos debruçarmos diante da gênese dos contratos, nos deparamos desde de logo com os princípios que regulam esses instrumentos. Ao passo que para definir uma relação de consumo um ponto que se faz fundamental é a desigualdade entre as partes que formam essa relação, apesar delas nascerem da liberdade de contratar.

> A autonomia da vontade e a liberdade contratual advêm desde as remotas épocas do direito romano, que após sofrer lento processo histórico, culminou com o respeito à palavra dada. A liberdade de contratar distingue-se da liberdade contratual, sendo certo que para o presente estudo, a apreciação das duas hipóteses se faz extremamente necessárias, haja vista que, consubstanciam um dos principais princípios contratuais vigentes no ordenamento jurídico hodierno. A autonomia da liberdade de contratar permite que o homem contrate o que quiser e com quem quiser, desde que dentro dos limites legais. É a manifestação da vontade da pessoa física ou jurídica que retrata seus interesses no meio social. (PAULINO, 2016, p.47)

Percebe-se que quando firmada uma relação de consumo, necessariamente diante da desigualdade entre as partes dessa relação, os contratos ganham papel de destaque enquanto instrumento regulador, ficando evidente que sem esse instrumento a insegurança para se estabelecer as relações trariam grandes prejuízos a parte vulnerável.

Ao nos depararmos com tamanho desequilíbrio contratual, que em sua essência beneficia a parte mais forte, mesmo diante da celebração da vontade do destinatário final, o que se destaca como evidente é que, para proteger a parte mais vulnerável, diante das relações de consumo, necessário se faz, afastar conceitos arcaicos que norteavam a formação dos contratos, como foi o caso do princípio do "*pacta sunt servanda*", para só assim, poder discutir possíveis contratos que foram celebrados nesse contexto de desequilíbrio, ou até mesmo quando de início não existir desequilíbrio mais, com o desenrolar da relação, esses contratos venham a proporcionar a uma das partes tamanha onerosidade.

Segundo, Marques (1998, p. 24) "a visão tradicional de contratos quanto a sua concepção teria como primeira ideia a igualdes entre as partes e concomitantemente um possível acordo de vontades, onde as partes dessa relação acordariam as cláusulas do contrato". Esses tipos de contratos foram chamados de paritários, ou seja, um contrato individual que poderia ter suas cláusulas acordadas antecipadamente. Tais contratos ainda sobrevivem nos dias atuais, todavia, com bem menos habitualidade e quase sempre estabelecido entre dois particulares que estejam em *status* nivelados entre si.

Com o evoluir do comércio, dos meios de produção e consequentemente da distribuição realizada cada vez mais em grandes escalas, os instrumentos jurídicos por sua vez, também, passaram por mudanças, muitas vezes precisando até mesmo se reinventarem para atender as necessidades das contratações feitas em massa, dando início a elaboração de novos tipos de contratos e de certo modo, dando papel de destaque aos denominados contratos de adesão.

Surge aqui uma nova fórmula de padronização dos contratos, onde as cláusulas passaram a ser estabelecidas em série, todavia, não perdendo o víeis de contratos de consumo. Apesar que a maior diferença se encontra na imposição unilateral feita pelo fornecedor ao consumidor, que uma vez aderindo a esse tipo de contrato passa a utilizar modelos prévios, tendo como característica a imposição feita ao adquirente que quiser se submeter a tais contratos (NUNES 2012).

Foi nesse senário contratual consumerista que emergiu o Código de Defesa do Consumidor, abrigando garantias e impondo limitações, tudo isso na tentativa de conseguir proteger as relações contratuais firmadas nas relações de consumo. Todavia, os contratos de consumo encontram respaldo nas normas do CDC, fundamentados na ampla proteção que se busca estabelecer ao consumidor, ao passo que impede que direitos sejam usurpados, colocando como regra absoluta a vulnerabilidade e a hipossuficiência que são fundamentos essenciais dentro dessas relações contratuais. Entretanto, para que se exista um contrato e que seja considerado contrato de consumo, necessário se faz a existência de uma relação jurídica, onde figurem o consumidor e o fornecedor, seja ele de produtos, ou serviços.

Moraes corroborando o assunto descreve:

> A construção e entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor foi um grande marco para a ordem jurídica nacional, uma vez que regulamentou as relações de consumo e acabou com a confusão que a quantidade de leis esparsas carregava. Além disso, trouxe consigo princípios importantes que criaram base para a aplicação da lei positivada, promovendo sempre a defesa do consumidor, que, como elo mais fraco de uma relação consumerista, não pode permanecer sem que haja uma regulamentação que estabeleça um equilíbrio mínimo entre prestação e contraprestação. (2016, p.4).

O que se pode analisar é que o CDC tem em seu bojo, desde seu nascedouro uma gama de mudanças que vieram a impactar a ordem econômica e jurídica, que são amparadas pela Carta Magna, assim como, pelo Código Civil, os mesmos produzem seus efeitos, aquém a eles são inerentes. Tais princípios

ganham aplicabilidade dentro das próprias relações de consumo, todos com o intuito de proteger o consumidor, de modo a estabelecer, certos limites que se fixem, entre os contratantes. Dentre os princípios que fazem a base de proteção do consumidor podemos citar o princípio da boa-fé, o princípio da intangibilidade, da obrigatoriedade da proposta, da onerosidade excessiva entre outros.

No que concerne os contratos regido pelo CDC o que muito é visto é a possibilidade dos fornecedores, munidos de má-fé e na tentativa de ludibriarem os consumidores das reais condições dos produtos e serviços, aproveitam da condição dos consumidores enquanto hipossuficientes, passando a impor-lhes condições desleais, fato que vem a gerar uma série de transtornos dentro das relações de consumo. Todavia, tais acontecimentos podem ser revertidos quando da utilização dos mecanismos de defesa do próprio CDC, como é o caso do artigo 46:

> Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. (BRASIL, 1990, p.9)

Para que o contrato se torne um instrumento perfeito precisa-se de um acordo de vontades. Ao falarmos de acordo de vontades, podemos trabalhar duas hipóteses, a primeira delas é a oferta e a segunda a aceitação. Seria o momento das tratativas entre as partes, o momento das negociações preliminares que podem resultar em um contrato. Tudo aqui está ligado a conversas, debates, sondagens para se obter as informações necessárias ao esclarecimento do negócio que poderá ser realizado.

Nas hipóteses da oferta, a mesma se estabelece com a proposta que embora seja uma declaração da vontade feita de forma unilateral, este fato já vincula o ofertante juridicamente falando, a uma carga obrigacional de cumprimento dessa obrigação.

Timm doutrina a respeito, dizendo:

> Embora não represente o contrato em si mesmo considerado, a proposta é uma declaração unilateral de vontade. Por conta disso já traz em si uma carga obrigacional para o promitente, significando que quem faz uma proposta, juridicamente falando, fica a ela vinculado (podendo a parte ser demanda em juízo para cumprimento dessa obrigação). (2013, p.228).

Já ao que concerne a aceitação, não existe nenhum tipo de requisito especial, bastando apenas que seja feita de forma oportuna e dentro do prazo estabelecido na proposta. Qualquer ação de aceitação feita fora desse prazo

estipulado se torna contraproposta. Todavia, existe uma grande divergência na doutrina quanto a validade desses contratos que trazem obscuridade ao consumidor quanto ao entendimento do que realmente está se pactuando, como também nas hipóteses em que o consumidor não tem acesso ao conteúdo. Mesmo quando o consumidor tem a oportunidade de ter acesso ao conteúdo que o contrato traz, necessariamente não diz que ele esteja ciente do conteúdo ali estabelecido, desse modo o fato de o consumidor ler o contrato e se prontificar de comum acordo com o que está sendo pactuado, não quer dizer que ele tenha ciência do conteúdo do contrato, ou seja, o fornecedor tem a obrigação de dar o efetivo esclarecimento do que se está contratando ao consumidor, de modo a esclarece-lo de todos os direitos e deveres que estão estabelecidos no contrato, dando ênfase principalmente as cláusulas que restringem os direitos dos consumidores.

O zelo que se deve ter quando da elaboração das cláusulas contratuais, em especial as cláusulas gerais, precisa compreender a real necessidade de estar em uma linguagem que seja direta e que o entendimento do que está se pactuando seja claro e não possua termos de difícil entendimento, principalmente se o consumidor pactuante for uma pessoa de baixa renda ou analfabeto, fatos que causam dificuldade para compreensão do real sentido das cláusulas e termos pactuados. Caso o contrato enquanto instrumento normativo venha a abrigar em seu texto esses tipos de cláusulas, o contrato não terá validade podendo o consumidor se desobrigar da responsabilidade de reparar.

Diante desse senário uma espécie de contrato ganha papel de destaque e merece ser observado com mais veemência, desse modo mister se faz esclarecer a figura dos contratos de adesão para uma análise um pouco mais profunda.

2.2 CONTRATOS DE ADESÃO

Quando da análise das relações pré-contratuais pode-se observar com bastante veemência e de forma clara, a necessidade de um olhar mais ponderado daqueles que operam o direito de forma geral aos contratos. Maior zelo merece ser ofertado ao que concerne os contratos de consumo, isso porque se faz precisa a análise cotidiana, dando maior atenção as condições gerais que os contratos trazem em seu conteúdo, principalmente quando o mecanismo de impulsão desses tipos de negócio jurídico são os fatores que se interligam, sejam eles, sociais, ou

econômicos, assim como as consequências jurídicas e aplicação do direito para tentar conseguir tutelar os direitos dos consumidores.

Os contratos de adesão vistos pela concepção tradicional dos contratos, não se encaixa bem ao que se determina os contratos de adesão, isso porque a relação contratual vista pela concepção tradicional, parte de um pressuposto de igualdade entre as partes, onde tais partes tinham a liberdade de discutir as cláusulas segundo as suas vontades. Todavia, os contratos de adesão se distanciam desse primeiro entendimento quando o empresário predispõe com antecedência um padrão contratual de cláusulas, pelas quais a outra parte, não tem a opção de discuti-las, más apenas aderir ou não a tal contrato (MARQUES, 2002).

Os contatos podem se classificar de diversas formas, contratos bilaterais, unilaterais, gratuitos, onerosos, aleatórios e comutativos, reais, nominados e inominados, solenes, principais e acessórios, assim como a classificação a que o estudo irá discorrer que é o contrato de adesão. Cada contrato possui as suas características e distinções peculiares e o contrato de adesão tem suas características bem definidas, sendo muito utilizado nas relações consumeristas.

Segundo Gonçalves (2017), os contratos de adesão tiveram seu nascedouro a partir de uma análise feita ao código civil alemão, vindo posteriormente a se apresentar como uma nova modalidade de contrato que estaria com a proposta de mudar toda a estrutura dos contratos. Essa nova modalidade vem de encontro ao conceito clássico de contrato paritário, onde se partia de uma ideia de processo discursivo onde as partes estariam a debater de forma igualitária, ou seja, em um mesmo patamar os termos desse negócio jurídico.

A parti de agora, ao nos depararmos com uma nova ideia de formação contratual, os chamados contratos de adesão, que surgem em oposição a teoria clássica, quando parte de um pressuposto unilateral, onde uma parte estaria apresentando as suas cláusulas, sendo que a outra parte não poderia discutir qualquer tipo de termo ou cláusula, ficando a parte uma vez aderente, obrigada a cumprir o negócio feito, sem poder discutir nada. Desde de logo fica bem claro que esse tipo de negócio é regido exclusivamente por uma das partes.

Os contratos realizados por adesão se caracterizam justamente pela falta de liberdade, para que se possa ser convencionado a vontades das partes de forma livre como já abordado anteriormente. Todavia, os contratos feitos por adesão, trazem um fator bem marcante que é o fato de o contratante se submeter a aceitar

todos termos e condições previamente estabelecidas pelo fornecedor, não podendo o aderente fugir do que está previamente estabelecido.

Nesse sentido Marques, pioneira na discussão dos contratos de adesão, entende que o contrato de adesão é:

> Aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), ne variatur, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. [...] Oferecido ao público em modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor contratante, do objeto e do preço. [...] Limita-se o consumidor a aceitar em bloco as cláusulas. (2002, p.58).

Ao que concerne os contratos primários, a característica basilar e fundamental é a presença da fase de pré-negociações dos termos e condições e para que esse negócio se concretize, as partes devem entrar em acordo com o que está sendo pactuado. Porém, os contratos de adesão, tem como característica a imposição unilateral perante a criação das condições, ou seja, das cláusulas, fato que deixa o fornecedor em uma situação muito cômoda, pois o aderente terá que se submeter a todas as cláusulas arbitradas pelo contrato, sem poder se quer ter o direito de modicar nada, tendo que seguir seu conteúdo na sua integra.

Podemos chegar a uma conclusão um tanto óbvia de que o consumidor tem a sua liberdade usurpada, quando precisa se submeter a todas as cláusulas do contrato sem poder rejeitar nenhuma delas, figurando não mais como um contratante de direitos e deveres, mais como mero aderente do interesse dos fornecedores.

O contrato de adesão tem em sua essência característica bem peculiares, a começar pela imposição da uniformidade, a rigidez e a predeterminação, porém a característica mais marcante é a falta de liberdade do consumidor para pactuar o que mais lhe interessar, estando nas mãos do mesmo apenas a mera possibilidade de aceitar ou rejeitar os termos impostos.

Borges reafirma esse entendimento quando diz:

> Indiscutivelmente, a maior característica do contrato de adesão é a ausência de liberdade contratual nos momentos de definir conjuntamente os termos do pacto contratual, restando ao consumidor apenas aceitá-lo ou recusá-lo na sua totalidade. (2010, p.99).

O CDC traz o abrigo em seu art. 54, §3° as diretrizes a serem cumpridas pelos contratos.

> §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. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008). (BRASIL,1990, p.11)

Os contratos de adesão devem possuir seu conteúdo bem claro ao entendimento dos aderentes, de forma que até mesmo a sua estrutura física deve estar nos padrões em que os consumidores, possam ler e compreender o que neles está escrito. A forma de estrutura da fonte usada nos contratos de adesão deve ser utilizada em um tamanho legível.

Na visão de Pereira o entendimento dá-se da seguinte forma:

> Esses contratos ficam ao arbítrio exclusivo de uma das partes, o policitante, pois o oblato não pode discutir ou modificar o teor do contrato ou as suas cláusulas. Trata-se, pois, de um fenômeno típico das sociedades de consumo, que não mais prescindem, por inegáveis razões econômicas, das técnicas de contratação em massa. (2006, p.40).

Em geral os contratos de adesão são mais facilmente encontrados nas relações de consumo e consequentemente quem dá a regência desses contratos é o código de Defesa do Consumidor que em seu art. 54, que faz abrigo ao seguinte texto:

> 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. (BRASIL, 1990, p.11)

Todavia, apesar dos contratos de adesão serem mais facilmente encontrados nas relações de consumo, o Código Civil, também abriga essa modalidade de contratos, pois também existe outras relações que possuem características semelhantes, diante disso a codificação normativa pátria em seu art. 423, disciplina: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente” (BRASIL, 2002, p.30)

Ainda corroborando com esse entendimento o legislador em sequência ao citado artigo, colocou no texto do art. 424 do CC, a seguinte colocação: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. (BRASIL, 2002, p.30)

A posição do dispositivo legal é de proteger os aderentes do ponto de vista em que o conteúdo dos contratos de adesão é regido com exclusividade por apenas uma das partes, o ofertante.

2.3 CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E RELAÇÕES DE CONSUMO

Os contratos de planos de saúde se destinam a regular relações jurídicas, mais precisamente regulam uma relação consumerista, onde o objeto pactuado é a prestação de produtos e serviços que visam a promoção ou manutenção à saúde e por consequência lógica, a própria vida, quando partirmos de uma primícia onde o bem mais valioso a ser tutelado é a vida.

Nessa mesma visão, estabelece Paulino:

> Os contratos privados de assistência à saúde regulam relações jurídicas entre pessoas e empresas de grande porte, caracterizando imensa desigualdade econômica e técnica pertinentes às áreas contratuais e especificamente à saúde. (2016, p.62).

Quando se fala em direitos pactuados que se estabelecem através de um instrumento privado, o assunto ganha particularidades e uma vez que esse contrato se destina à assistência à saúde, o objeto em discussão, está relacionado diretamente à recuperação da saúde, isso porque o que impulsiona esse mecanismo é o bem mais supremo, a vida do usuário. Se tal bem é considerado como bem mais precioso, teremos motivação de sobra para voltar todas as forças de proteção na tentativa de proteger e resguardar o consumidor. Foi nesse sentido que a nossa Carta Magna trouxe em seu texto expresso a proteção como dever do Estado, o direito a saúde.

A Constituição Federal de 1988, disciplina:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988, p.83)

Apesar de o nosso ordenamento trazer esse abrigo expresso, de certo modo até por um esforço do poder legislativo em tentar criar normas que tenham o objetivo de resolver litígios dentro dessas relações, movidas por uma característica que as constituições modernas trouxeram, ainda assim o nosso ordenamento encontrasse distante de ser considerado perfeito, principalmente ao que tange direitos difusos e coletivos, quando pode-se enxergar de longe que existem lacunas, nas próprias leis que foram criadas para regular aquilo que ainda ficou vago no texto constitucional, um caso concreto que se apresenta aparentemente é o próprio CDC, que foi criado para garantir os direitos dos consumidores e mesmo assim, podemos

observar notório desprezo a essa proteção do consumidor no que tange aos contratos de planos de saúde.

Nesse sentido Bandeira (2011) disserta, que não existe ordenamento jurídico perfeito, muito embora tenha existido um esforço por parte do legislador em criar normas para prevenir e solucionar litígios de maneira mais justa e menos onerosa para as partes, ainda assim, mesmo estando expresso no texto constitucional o sistema jurídico brasileiro está longe da perfeição, o que faz necessária existência de um olhar mais cuidadoso com as lides que envolvem interesses difusos e coletivos relativos aos consumidores, todavia, na legislação brasileira, apesar das visíveis imperfeições e lacunas, dentro do Código de Defesa do Consumidor que foi um mecanismo criado para a proteção dos consumidores, diante das mutações da sociedade ainda não consegue proteger direitos fundamentais como o direito a saúde como nos casos de planos de saúde e por consequentemente lógica, não se consegue tutelar o bem jurídico vida de forma satisfatória, apesar de serem direitos de fundamental importância para a manutenção da qualidade de vida do ser humano.

No tocante a prestação dos serviços a saúde, está prestação pode-se se desenvolver de duas maneiras. De maneira direta, quando a própria Administração presta o serviço, ou pode acontecer por intermédio de delegação, onde a prestação do serviço se dá por um particular. Todavia essa prestação dos particulares está regida por normas de controle estatal, segundo os ditames da administração pública, isso deságua na impossibilidade de os contratos realizados por particulares prestadores de serviços de assistência complementar a saúde tenham liberdade plena na esfera contratual em geral, haja vista, que o serviço a saúde continua sendo um serviço público, embora essa prestação tenha um viés oneroso.

Nesse sentido Barros (2012, p.291) diz:

> Embora não seja exigível que o ente particular preste o serviço de saúde de forma gratuita, também não se pode admitir a fixação de preços abusivos, que onerem em demasia o usuário. Isto porque essa atividade não visa primordialmente a aferição de lucro. Portanto, se o ente privado almeja a lucratividade como elemento prioritário de sua atividade, deverá investir os seus recursos em outra área que não seja a saúde.

Os contratos de planos de saúde são feitos por qualquer empresa de natureza privada, assim como por cooperativas e também por associações de médicos que se responsabilizam pelas prestações dos serviços médico-hospitalares, seja de forma direta ou através de uma rede de operadoras conveniadas que são

regidas pelas diretrizes da Lei 9.656/98, assim como pela Lei 9.961/2000 que criou a Agencia Nacional de Saúde Suplementar órgão responsável pela fiscalização, que regulamenta o mercado dos planos de assistência complementar a saúde.

A Lei 9.656/98 já em seus primórdios, logo no artigo 1º, inciso I, trouxe o que seria o conceito de plano de saúde:

> 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; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (BRASIL,1998, p.1)

Quando surge a opção de contratar uma empresa para velar da saúde do indivíduo, o mesmo colocar no prestador do serviço a esperança de ser atendido com qualidade e eficiência sempre que precisar. Desse modo, quando se tem a opção de optar por assumir um ônus de uma prestação sucessiva a uma pessoa jurídica, quando poderia estar empregando esses valores pagos em outras determinações e poder usá-lo quando assim fosse necessário. Esse vínculo que é firmado entre as partes, cria uma relação de dependência do consumidor com os prestadores, quando o consumidor se submete quando paga e assume o ônus, ou quando se ajusta as exigências impostas pelas prestadoras. Para além disso, quando o consumidor se submete a assumir os ônus dessa prestação, caso aconteça o evento dano ou não.

Barreto corrobora esse entendimento quando discorre:

> Com efeito, ao firmar o contrato de plano de saúde, o consumidor confia na operadora contratada, esperando ser atendido com presteza e eficiência, quando necessitar de assistência médico-hospitalar. Para tanto, opta por pagar mensalidade a uma pessoa jurídica administradora, em vez de fazer poupança do valor da prestação mensal, para utilizá-la quando de eventualidade. (2008, p.226).

No tocante à matéria que caracteriza as modalidades dos contratos firmados nessas relações que são pactuadas, uma modalidade prevalece e ganha destaque por ter praticamente unanimidade no mercado, a modalidade de adesão. Essa modalidade não permite que as partes possam negociar de forma direta, ou seja, os polos dessa relação uma vez não podendo pactuar suas condições, mais se fazendo presente a apenas as condições que são apresentadas pelos fornecedores, torna esse tipo de contrato um objeto de concentração de poder de barganha, usado

para impor suas condições aos consumidores, que são a parte hipossuficiente dessa relação e para além disso, tais práticas são consideradas abusivas.

Diante do tema, Emanuele comenta:

> Ocorre que, no tocante aos referidos contratos, os planos de saúde vêm mantendo cláusulas abusivas em seus contratos, como, por exemplo, aquelas que excluem da cobertura a realização de cirurgia para o implante de próteses de qualquer natureza, limitações de internação, tratamento aos portadores de HIV, etc; deixando os consumidores em situação de extrema necessidade e vulnerabilidade, pois não podem contar com seus convênios na hora em que mais necessitam. (2008, p.2).

Sendo assim pode-se verificar que os contratos de assistência suplementar a saúde precisão ser tratados com mais atenção e com mais zelo pelos consumidores como também pelo Estado uma vez que o mesmo é responsável pela prevenção e pelo restabelecimento da saúde de todos, desse modo, necessário se faz valer-se de todas as ferramentas disponíveis para se atingir o objetivo da proteção ao consumidor, parte hipossuficiente desses litígios, que na maioria das vezes, só se dirimem quando desembocados no judiciário.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE CONSUMO

A responsabilidade civil surge com objetivos bem claros e específicos, que seria proteger a quilo que é licito e por consequência combater o ilícito diante de um contexto de tutela específica, tendo como destinatário o homem, que se movimenta de acordo com limites estabelecidos pelo direito. Em palavras mais simples, seria, regular a conduta do homem de acordo com o direito e combater as condutas que venham em sentido contrário, quando o Direito é quem se dedica tanto aos atos lícitos, como aos ilícitos, abrindo palavra de ordem tanto no víeis negativo, como no positivo dos deveres e obrigações, mas também de garantias. Quanto aos destinatários desses efeitos são em algumas vezes distintos e em outros casos, tais efeitos tem destinatários determinados, como aquilo que foi positivado se estabelece o dever de ordem, a consequência dessa ordem é criação de uma obrigação que deve ser cumprida.

Quando da violação de um dever jurídico, esse ato configura-se um ilícito, pois o direito de um, termina nos limites do direito do outro, dessa forma quando existe uma transgressão de uma ordem, nasce um novo dever jurídico, usado para reparar os danos sofridos. Nesse sentido a doutrina disciplina que o dever se divide em dois, passando a existir o dever primário e o dever secundário, o primário uma vez descumprido, desencadeia o secundário, o secundário por sua vez é justamente o dever de reparar, de indenizar os prejuízos causados pela transgressão.

A responsabilidade civil aplicada aos contratos, pela ótica do CDC coloca em papel de destaque as figuras tidas como mais importante dessas relações, que são: consumidores e fornecedores, ambos serão mais bem identificados posteriormente. O código de Defesa do consumidor antenado as mudanças da sociedade e por consequência as mudanças nas relações de consumo em seu art. 51, tutela a proibição de cláusulas que possam retirar a responsabilidade, ou até mesmo tentarem diminuí-las.

3.1 CONCEITOS DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR

O conceito básico de consumidor, na verdade é bem complexo, o CDC emprenhado em deixar bem específico quem seriam os consumidores, usou em seu texto, dispositivos que são de fundamental importância para o entendimento da

matéria. Os artigos que disciplinam tal afirmação são: o 2°, caput e parágrafo único e os artigos 17 e 29, ambos do CDC. A complexidade não se dá apenas para definir quem são, mais também para se estende até mesmo as garantias que se estabelecem aos mesmos, seja na forma individual, seja na forma coletiva que se dividem em homogêneos, difusos.

O código visa defender uma postura ampla quanto a extensão de alcance do material, pois o conceito de consumidor não possui um entendimento apenas contratual. A abrangência protetiva, tutela também as vítimas que sofreram danos de atos pré-contratuais, mesmo que as vítimas sejam ou não os destinatários finais, isso acontece quando ilícitos cometidos por publicidade enganosa, práticas abusivas, ou seja, protege as relações contratuais e extracontratuais.

Benjamim, Marques e Bessa, dizem:

> No CDC, também, a definição de consumidor não distingue entre adquirente de produtos e o usuário de produtos, nem entre o objetivo da relação de consumo, se uso de produtos ou o uso de serviços- logo, não, conhecemos, como a Argentina, uma diferenciação entre consumidor e usuário: para o CDC todos são consumidores. É assim que nas quatro definições do CDC, muitos verbos e conceitos indeterminados são usados para descrever a atividade do sujeito (adquirir ou utilizar produtos ou serviços), para descrever sua situação ou papel (intervir na relação de consumo, expostos a práticas, destinatário final, vítima de fato de produto ou de serviço). Mister, por fim, repetir o conceito de consumidor, no novo direito privado brasileiro, não deixa d ser também um conceito relacional, coo vimos no número anterior: o consumidor aparece quando há um fornecedor na relação. Determinar quem é o consumidor é, pois, uma atividade complexa e merece uma análise detalhada. (2013, p.92).

A doutrinadora Cláudia Lima Marques em sua obra contratos no CDC trouxe à tona a existência de duas correntes que trazem a definição de consumidor e para, além disso, sua aplicação no direito consumerista. A primeira é a teoria finalista que, cujo a própria doutrinadora é seguidora, onde o consumidor ganha papel de destaque na fundamentação da tutela especial, que trata o consumidor como a parte vulnerável diante das relações contratuais, existentes no mercado de consumo. O poder legislativo ao estabelecer o CDC delimita os nortes que devem ser estabelecidos de quem são os detentores dessa tutela, assim como os que dela não façam parte, ou seja, quem são os consumidores e quem não o são. Desse modo o objetivo dessa corrente é propor que a interpretação quanto ao destinatário final seja feita de maneira restrita. (2002).

A outra parte da doutrina é aderente a teoria maximalista, essa parte entende que as normas do CDC são uma espécie de novo ordenamento regulador

de mercado, onde os dispositivos normativos não foram estabelecidos para proteger apenas os consumidores. As normas do CDC seriam um regulamento geral, um código que regula a sociedade de consumo com todos os seus agentes, traçando um viés interpretativo muito mais extensivo não importando se a parte dessa relação tenha o objetivo de lucrar ou não quando da aquisição dos produtos ou serviços.

> Para essa corrente a expressão destinatário final deve ser entendida como destinatário fático do produto ou serviço, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, como por exemplo, o advogado que compra um computador para seu escritório. Há de se observar também à vulnerabilidade da pessoa. Diante do exposto, concluí-se que a definição do art. 2º deve ser interpretada extensivamente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relação de consumo. (TARABORI, 2016, p.2).

Vale a pena ressaltar que a vulnerabilidade, tem um papel importantíssimo dentro do direito do consumerista, pois é justamente na vulnerabilidade que mora o motor de partida da proteção do consumidor aplicada na prática dentro do ordenamento em se tratando de matéria de contratos, onde dentro das relações consumerista a vulnerabilidade é o elo de enfraquecimento da parte, fato que traz para a relação de consumo um desequilíbrio gigantesco e torna a vulnerabilidade do sujeito um alerta que é acionado sempre que surgir a necessidade de proteção do consumidor.

O CDC em seu art. 2°, parágrafo único traz a figura dos consumidores por equiparação, fazendo menção a coletividade de pessoas, mesmo que essas sejam indeterminadas, mais que foram de certo modo atingidas pelo fato danoso ocorrido, são considerados consumidores por equiparação.

Diante da análise da definição de consumidor e vendo que para que exista um consumidor, necessário se faz a existência de um fornecedor que esteja na outra ponta dessa relação. Destarte, o Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente em seu art. 3°, traz em seu texto a definição de fornecedor de forma bem abrangente visando regulamentar o maior número de relações que tenham a regência do CDC. O referido artigo abriga uma definição de fornecedor sendo este: “toda pessoas física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Ficando bem claro quem são esses, não precisando aprofundar o assunto. (BRASIL, 1990)

3.2 RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO CIVIL

A responsabilidade civil surgiu a muitos anos atrás, ainda com o entendimento jurisprudencial dos antigos juristas romanos, desde então o conceito foi só ganhando força e nos dias atuais tem grande valia para a sociedade contemporânea. Todavia, o entendimento desde a gênese desse termo é o de garantir, responder por algo, que não está apenas no entendimento jurídico, mas também, tem um viés ético social. Usar o termo responsável vincula diretamente o agente que deu causa ao dano, a uma possível consequência pela sua inobservância ao objeto jurídico lesado, ou seja, atribuir o conceito responsável é dizer que a pessoa que se responsabiliza está se submetendo, a uma vez descumprido seu dever, reparar os efeitos consequenciais de seus atos.

Nader discorrendo a respeito do tema, diz: “A nomenclatura responsabilidade civil possui significado técnico específico: refere-se à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado”. (2016, p.35).

A responsabilidade civil tem seu nascedouro na conduta do agente em descumprir uma regra, o agente dar causa ao descumprir uma norma que estaria a regular o contexto social. A responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual.

A respeito do tema o entendimento é que no plano da responsabilidade civil quando na sua análise técnica, pode-se extrair o seguinte entendimento: a responsabilidade civil está diretamente ligada a uma situação jurídica, diante do descumprimento de uma norma, ou de um dever jurídico que venha a causar algum tipo de dano, estando o agente causador obrigado a repara-lo. Essa reparação necessariamente precisará preencher dois requisitos que se fazem essenciais que são: o prejuízo sofrido e o enquadramento da conduta danosa do agente associada a transgressão da norma. (NADER, 2016)

Nesse contexto, podemos extrair um primeiro esbouço do conceito de responsabilidade civil, a responsabilidade que nasce de uma ideia de reparo e para além disso, nasce uma obrigação. Ou seja, a responsabilidade está inteiramente ligada a uma transgressão de conduta e como consequência lógica o surgimento do dever de reparar os danos causados pelo desvio do dever jurídico. Todavia, é correto dizer que a responsabilidade civil é um dever jurídico secundário, quando só

se pode existir responsabilidade civil, quando existir uma violação de um dever positivado.

Gonçalves (2015), fazendo menção ao art. 186 do Código Civil traz um primeiro esbouço discorrendo que todo aquele que de alguma forma, causar dano a outro, está obrigado a restabelecer a outra parte ao seu estado anterior, o artigo citado, vai, além disso, quando abriga elementos importantíssimos para se identificar a responsabilidade civil, que são: a ação ou omissão cometida pelo agente, assim como a figura da culpa ou dolo do mesmo. Todavia, não para apenas nisso, pois, além disso, ainda existe a relação de causalidade e o dano sofrido pela parte, tendo o mesmo que provar tais requisitos para poder ser ressarcido.

O papel da responsabilidade civil é fazer com que o indivíduo que teve seu direito lesado por um ato, ou por uma omissão, restabeleça seu *status quo* anterior, ao tempo que surge para aquele que praticou o ato danoso o dever de indenizar, ou seja, a obrigação de indenizar. No Código Civil brasileiro de 2002, mais precisamente no conteúdo do seu art. 927, disciplina:

> 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. (BRASIL, 2002, p.158)

Ao analisar este dispositivo, torna-se possível identificar de forma clara a responsabilidade subjetiva. Como o próprio texto do artigo remete ao art. 186, que define o que seria o ato ilícito entendido como a transgressão de uma determinação jurídica, ou seja, de um dever de não fazer. Desse dispositivo pode-se retirar a culpa, um dos elementos característicos e de extrema necessidade para que se encontre a responsabilidade subjetiva, para além disso, a responsabilidade subjetiva é a regra, consequentemente a responsabilidade objetiva é a exceção.

Gagliano e Filho (2012), discorrendo sobre o assunto da responsabilidade subjetiva, mais precisamente fazendo um paralelo entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, traz um entendimento que a subjetiva é advinda de um dano causado através de um ato que tenha seu viés doloso ou culposo, tendo a configuração da culpa a partir do momento em que o agente que cometeu o dano agir com negligencia ou imprudência.

> 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. (BRASIL, 2002, p.14)

Desse modo, se pode identificar que a obrigação de reparar é um disparo que tem seu gatilho de acionamento no ato ilícito, ou seja em termos mais simples a responsabilidade civil subjetiva tem um entendimento de que cada indivíduo arcara com as consequências da sua culpa, nessa ótica vale apena ressaltar que existe possibilidades abrigadas pelo próprio ordenamento pátrio em que alguém possa ser responsabilizado por ato cometido por terceiro a este vinculado, este caso a doutrina trata como responsabilidade indireta, onde a culpa é presumida.

Corroborando com esse entendimento Pereira disciplina:

> Diz-se que há culpa própria quando o agente é obrigado à reparação motivada por seu procedimento antijurídico; culpa de terceiro, naquelas situações em que a conduta injurídica do agente repercute noutrem, admitindo-se o dever de indenizar por parte de uma pessoa diversa do causador do dano, mas a ela ligada por uma relação jurídica especial, como no caso do empregador, que responde pelo ato do empregado ou dos pais, pelos atos dos filhos. (2011, p.552).

O Código Civil abriga também a responsabilidade sem culpa, onde a obrigação de reparação do dano causado torna-se independente da aferição da culpa do agente, nesse sentido nos deparamos com um primeiro esbouço de responsabilidade objetiva.

Diante do exposto até o momento já se pode, ainda de forma precoce concluir que a responsabilidade surge diante de uma violação de um preceito em que ninguém deve ser lesado por outrem. Tal situação ganha um agravante quando a lesão decorre da violação de um negócio jurídico celebrado de forma espontânea entre as partes. Desse modo, necessário se faz estabelecer a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual.

> Quem infringe dever jurídico lato sensu, já vimos, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei. É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, ternos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, ternos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquilino ou absoluto. (FILHO, 2012, p.16)

As partes contarem para si, deveres jurídicos advindos da lei ou do acordo de vontades celebrado entre elas, nos casos de acordos de vontades enquanto dever jurídico, gera uma obrigação, um negócio jurídico, a estes dar se a

qualificação de contratos, todavia, se ocorrer uma violação dentro de um negócio jurídico, a essa violação dá-se o nome de ilícito contratual, mas se a violação for a um dever jurídico positivado, a este dá-se o nome de ilícito extracontratual.

Análise da responsabilidade civil contratual desde a concepção do próprio nome dar-se como o descumprimento do próprio contrato, haja vista que com a figura do contrato regulando o negócio jurídico, seus efeitos são obrigacionais entre as partes (SOUZA, 2018).

Já a responsabilidade extracontratual, na análise da visão de Filho (2012), uma vez a transgressão não estando prevista expressamente no contrato, mas, todavia, tenha abrigo no ordenamento jurídico, já se tem apresente configuração da responsabilidade civil extracontratual.

A responsabilidade civil surge com o intuito de trazer o equilíbrio nas relações sociais, tendo um viés reparador atrelado a sua própria natureza e sua aplicação se configura diretamente no caso concreto. Sua reparação se visualiza com mais veemência nos danos patrimoniais, onde o objetivo é ressarcir o agente que sofreu o dano, assim como, intimidar o ofensor a não repetir o mesmo erro.

3.3 RESPONSABILIDADE NO CDC

Como já visto no tópico anterior a responsabilidade nasce com o objetivo de equilibrar as relações sociais, usando uma tangente bem específica, sanar o dano causado e reprimir futuros danos, tudo isso atrelado ao caso concreto. A forma mais nítida de se enxergar a responsabilidade é quando o dano causado se estabelece de forma patrimonial.

A responsabilidade que o Código de Defesa do consumidor adota como regra é a responsabilidade objetiva, diferente da regra do código civil que é a subjetiva. Quando se fala responsabilidade objetiva, esta, se configura de modo a não se ter como parâmetro o instrumento culpa ou dolo. O texto do CDC traz de forma concreta a responsabilidade objetiva e para além disso, essa responsabilidade ainda pode ser solidaria entre os membros dessa cadeia, fornecedores e prestadores de serviços, diante dos consumidores. Todavia, o diploma normativo não faz menção tão somente a responsabilidade objetiva, pois existe uma exceção à regra nos casos de responsabilização dos profissionais liberais, uma vez que os

mesmos, para serem responsabilizados, necessariamente precisam que se configure a prova da culpa.

Nesse sentido Tartuce e Neves (2017, p.89) disciplinam:

> Deve ficar bem claro que, como a responsabilidade objetiva consumerista é especificada em lei, não se debate a existência ou não de uma atividade de risco, nos termos da segunda parte do comando, que consagra a chamada cláusula geral de responsabilidade objetiva. Na verdade, o CDC adotou expressamente a ideia da teoria do risco-proveito, aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios, ganhos ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento.

A responsabilidade no código de defesa do consumidor pode-se dar: pelo fato do produto ou do serviço, pelo vício do produto ou do serviço.

A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço é advinda quando o consumidor é lesado por uma falha de segurança dos produtos. Mais precisamente o objeto é um acidente de consumo. O artigo 12 do CDC, disciplina a responsabilidade pelo produto defeituoso.

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Ao nos depararmos com este dispositivo, logo de imediato se encontra a responsabilidade objetiva extraídas das relações de consumo, assim como fica bem evidente a vulnerabilidade do consumidor dentro de tais relações. Outrossim, o elemento culpa também tem sua aplicabilidade afastada quando o artigo diz que o fornecedor, ou prestador de serviço responde independentemente de culpa pelos defeitos do objeto da relação danosa.

Desse modo, mister se faz elucidar que “fato” é um dano que se envereda além dos limites da segurança dos produtos e serviços, de forma a gerar graves prejuízos, sejam eles morais, matérias ou estéticos.

Corroborando com esse entendimento Bruno Miragem diz:

> O novo critério do direito do consumidor se dá em vista do interesse jurídico protegido pelo ordenamento. Neste caso, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, também denominada como responsabilidade por acidentes de consumo, tem em vista a proteção da segurança do consumidor. Ou seja, responde pelo fato do produto ou do serviço, aquele que não oferece a segurança esperada, causando danos ao consumidor. (2016, p.552).

Aqui se parte de um princípio protetivo, onde o objetivo basilar é a proteção do consumidor diante da responsabilização por acidentes de consumo, desse modo, responderá pelo produto ou serviço, aquele uma vez estando dentro da relação de consumo de modo a não oferecer o padrão de segurança necessário para o consumidor, causando-lhe danos.

Para melhor entender a responsabilidade pelo fato do produto, ou do serviço, mister se faz, esclarecer o que seria o defeito que o dispositivo normativo art. 12, do CDC, faz menção disciplinando que o defeito é uma consequência lógica da apresentação, onde as informações são insuficientes, ou não atende as necessidades para a utilização do produto, fato gerado de riscos aos consumidores. É nesse contexto que nos deparamos com a falha do produto ou serviço, quando não apresentadas as informações necessárias para um bom uso, este produto ou serviço tornasse defeituoso e o instrumento potencial para ocasionar um acidente de consumo (BOLZAN, 2014).

Desse modo, a conduta do fabricante ou do prestador de serviços é o pilar onde o consumidor venha a se apoiar nos termos de responsabilização para conseguir o ressarcimento dos danos sofridos, em decorrência do defeito dos produtos ou serviços.

> Assim, além dos valores despendidos, relativos à aquisição do bem ou do serviço com defeito, outras despesas podem ser acarretadas ao consumidor em função destes danos, devendo, assim, compor o montante dos valores devidos pela empresa prestadora dos serviços ou fornecedora dos bens defeituosos, aqueles decorrentes das integrais despesas geradas por tais defeitos. Porém, ao lado destes danos materiais, causados e indenizáveis, prejuízos de outra natureza podem ser, igualmente, causados aos consumidores, os quais merecem, por igual, ser reparados em justa e adequada medida (SCAFF, 1997, p.9).

Destarte é bem obvio que os danos causados por um produto, ou serviço defeituoso não se atrela tão somente ao valor de aquisição do mesmo, mais também uma vez prejudicado, o indivíduo passa a sofre com os danos consequenciais pós-lesão e com abrir margem para o valor do ressarcimento não ficar apenas, no valor inicial da compra, mais que a esse valor se agregue também, os prejuízos que tiveram como fundamento o produto ou serviço com defeito, devendo o consumidor ter os danos ora sofridos, ressarcido de forma justa.

A responsabilidade pelo fato do produto, ou serviço afasta qualquer tipo de discursão quanto a responsabilidade contratual ou extracontratual, haja vistas que nesse caso a responsabilidade é legal, onde os danos causados pelo defeito

podem ter tanto o viés material, como moral. É importa lembra também que o fornecedor tem um dever de colocar produtos e serviços que atendam às necessidades dos consumidores, mais que tais produtos obedeçam um padrão de segurança, onde uma vez distante dessa opção, o fornecedor de produtos e serviços responderá de forma objetiva por todos os danos causados.

Vale a pena salientar que o rol dos responsáveis pelos danas causados nesse contexto de produtos e serviços defeituosos, exclui do texto do referido diploma a figura do comerciante, isso pelo simples fato dele não ter participado da sequência de criação do produto ou serviço. Destarte, o fabricante tem o papel mais relevante dentro dessa relação, uma vez que o mesmo foi quem introduziu o produto defeituoso no mercado, sendo assim, o mesmo assume todo o risco dentro dessa cadeia de produção e comercialização. Desse modo, a proteção ao consumidor que é a parte vulnerável dessa relação, não precisa identificar quem é o real responsável pelo dano causado, abrindo a possibilidade de o consumidor demandar contra qualquer um dos agentes que estejam a participar da cadeia de atos que deram causa ao dano, configurando dessa forma a solidariedade entre os envolvidos na relação de consumo.

> Saliente-se, entretanto, que, em nosso entendimento, o consumidor não está obrigado a fazer uma investigação prévia de quem seja, de fato, o responsável pelo dano causado. Poderá ajuizar a demanda contra qualquer dos agentes participantes da cadeia causal dos acontecimentos, cabendo ao próprio comerciante, em sede de defesa, demonstrar a sua ilegitimidade passiva, caso se configure uma das hipóteses previstas no art. 13. (GAGLIANO; FILHO, 2012, p.380).

Uma colocação que se faz necessária é quanto ao prazo estabelecido pelo art. 27 do CDC, quando o mesmo, disciplina, que o consumidor tem cinco anos para ajuizar a ação, com intuito de sanar danos causados por acidentes de consumo, abrindo a contagem do prazo da ciência da autoria e do dano.

Já quanto a responsabilidade pelo vício do produto, ou serviço, existe um problema que está atrelado ao bem de consumo, algo que é intrínseco ao bem que se está disponível ao consumo, distanciando o dano a saúde ou psicológica do próprio consumidor, uma vez que o dano se destina tão somente ao produto ou serviço. Um esclarecimento necessário é quanto ao prazo para reclamação pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, que estão disciplinados pelo artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece o prazo de 30 dias para produtos ou serviços não duráveis e 90 dias para produtos ou serviços duráveis.

Quanto a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço não se faz necessário um aprofundamento no assunto. Haja vista que a presente pesquisa não se fundamenta em exauriu o conteúdo. Todavia, um fator importante diante desse assunto é a determinação da responsabilidade solidaria, onde todos que de alguma forma contribuíram para essa relação jurídica assumiram a responsabilidade solidaria e nesse caso a responsabilidade não afasta o comerciante (GUNGLISK, 2013).

Apesar do direito de responsabilizar ter uma víeis tão forte na busca de restabelecer os prejuízos dos danos causados, existem algumas possibilidades de exclusão da responsabilidade que serão vistas posteriormente.

3.4 EXCLUDENTES

As causas excludentes da responsabilidade vão muito além do que se foi externado até o presente momento, quando atingem diretamente um dos pressupostos que configuram a responsabilidade. O fato é que as causas excludentes da responsabilidade rompem diretamente com o nexo causal de forma a extinguir a possibilidade ainda que clara de se responsabilizar o agente acusador do dano.

Nesse sentido Stolze e Pamplona (2012, p.171) discorrendo sobre o assunto, dizem:

> Como causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.

Se partimos de um pensamento em que as causas que excluem a responsabilidade são situações que agridem um dos elementos formadores da responsabilidade, fazendo com que a mesma venha a romper com o nexo de causalidade. Tal consequência traz efeitos dentro da relação obrigacional, efeitos esses que excluem o dever de indenizar em razão a um fato ou situação que venha a acontecer, como é o caso do estado de necessidade, da legitima defesa, do exercício regular do direito, do estrito cumprimento do dever legal, da culpa exclusiva da vítima, do fato de terceiro ou do caso fortuito ou força maior. Diante destas afirmações faz-se necessário esclarecer que as quatro hipóteses que foram elencadas por primeiro, eles excluem a ilicitude do fato, todavia, os últimos três

exemplos excluem o nexo de causalidade do ato, para além disso, ainda existem as cláusulas que são estabelecidas nos contratos que podem excluir a responsabilidade civil.

Para melhor entendimento do assunto, mister se faz trazermos à tona cada uma das excludentes com suas qualificações peculiares de cada uma.

O estado de necessidade possui abrigo no texto normativo do código civil, onde mais precisamente no artigo 188, II, disciplina a não-constituição do ato ilícito, quando uma destruída coisa aleia, mas por razão de perigo eminente, ou seja, quando na eminencia do estado de perigo que se encontra o agente causador, não existindo outra possiblidade, a não ser transgredir o direito alheio, nesse ato se estabelece uma excludente, retirando do agente causador a obrigação de reparar (RODRIGUES; VALÉRIO, 2017).

> O conceito de legítima defesa é trazido pelo Código Penal e consiste em quem age ou repele um mal injusto, atual ou iminente e que possa oferecer risco à própria pessoa. Desse modo, quem age para defender-se ou defender terceiro está amparado penalmente e também civilmente ante a previsão expressa do Código Civil, sendo, assim, eximido pelo normativo de reparar um eventual dano causado em decorrência de seus atos de defesa. (MAIA, 2016, p.3).

Quando se estabelece um paralelo para diferenciar estado de necessidade de legítima defesa, nos deparamos logo de início com a figura do agente, quando na primeira não existe uma lesão de acontece de forma injusta, mais sua conduta é realizada com intuito de resguardar seu direito, ainda que o resultado seja uma transgressão de um direito alheio.

Na visão de Gonçalves (2012, p.427) se um motorista atirar seu carro contra um muro chegando a derruba-lo, todavia, sua ação foi resultado de um fato superveniente, onde para não atropelar uma criança que surgiu de forma repentina, o mesmo só viu como saída para não atropelar a criança, fazer uma manobra brusca, tendo como resultado uma colisão com a parede, o agente causador do dano, embora o seu ato tenha sido nobre, está obrigado a reparar o muro. Sendo que o art. 929, do Código Civil traz o abrigo em seu texto da excludente por culpa exclusiva da vítima, neste caso o dono do muro, se uma vez o agente do que sofreu o dano tiver dado causa para a lesão, o agente causador do dano não está obrigado a reparar o dano. Mas o evento em análise, se deu por culpa do pai da criança, que tem a responsabilidade de cuidar e vigiar do seu filho, assim como, pelas condutas dele. Nesse caso o agente causador do dano, terá que arcar com a reparação do

dano, mais, em via de regresso em face do pai da criança, o mesmo pode ser ressarcido das eventuais despesas que foram pagas a título de reparação.

A legítima defesa também é uma hipótese de excludente da responsabilidade civil, tendo abrigo no art. 188 do Código Civil, com mais precisão em seu inciso I, quando o mesmo disciplina a não caracterização do ato ilícito, quando o agente que deu causa estiver agindo em sua defesa, ou em pleno gozo do exercício regular de um direito que seja reconhecido.

> Diferentemente do estado de necessidade, na legítima defesa o indivíduo encontra-se diante de uma situação atual ou iminente de injusta agressão, dirigida a si ou a terceiro, que não é obrigado a suportar. Note-se que, no caso dessa excludente de ilicitude, a doutrina não recomenda a fuga como a conduta mais razoável a se adotar, uma vez que considera legítima a defesa de um interesse juridicamente tutelado, desde que o agente não tenha atuado com excesso. (GAGLIANO; FILHO, 2012, p.174).

Diante da situação da agressão injusta, a legítima defesa pode-se definir como a atitude do agente em combater os atos de perigo sejam por perigo próprio, seja por defesa de terceiro. A legitima defesa precisa ser proporcional, uma vez o agente se excedendo no ato de repelir a agressão, seja ela atual ou iminente. Se por acaso o agente vier a se exceder, o seu ato ultrapassou os limites da lei, assim como se um terceiro inocente for prejudicado, caberá o agente causador indenizar o terceiro, tendo o mesmo a possibilidade de ação de regresso em face da parte aquém se destinou o ato defensivo.

O código civil em seus artigos 929 e 930 preconiza:

> Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.
> Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. (BRASIL, 2002).

Os referidos artigos objetivam a proteção do direito de terceiros que estão distantes da participação do ato danoso, todavia, foram atingidos mesmo sem ter culpa.

Vale apena ressaltar uma outra forma de legitima defesa, a putativa, onde o agente não tem uma agressão consolidada, amis apenas uma suposição que poderia vir a acontecer, uma agressão imaginária, nesse caso o agressor não está isento de repara civilmente.

Discorrendo sobre o assunto Gonçalves (2011, p.460) diz:

> [...] quando o ato é praticado em face do próprio agressor e para além disso, estando o agente causador em legitima defesa, não se pode falar em

> responsabilidade civil. Mas, se quando da repressão a agressão, o agente mesmo sem intenção de o fazer, vier a atingir um terceiro, deve o agente causador reparar o dano sofrido, restando apenas a ação de regresso em face do agente a qual se direcionou o ato.

Venosa doutrina: “os casos excludentes pelo exercício regular de direito se configuram, não diferente da legitima defesa, os casos de exercício regular do direito também não são passiveis de reparação”. (2010, p.67).

No mesmo sentido Gagliano e Filho (2012, p.176) traz o seguinte entendimento:

> Tal ocorre quando recebemos autorização do Poder Público para o desmatamento controlado de determinada área rural para o plantio de cereais. Atua-se, no caso, no exercício regular de um direito. Da mesma forma, quando empreendemos algumas atividades desportivas, como o futebol e o boxe, podem surgir violações à integridade física de terceiros, que são admitidas, se não houver excesso.

Desse modo aquele que estando dentro dos limites de seu direito, vier a agir e por consequência causar dano a outrem, este estará amparado civilmente, não cabendo ao mesmo a imputação de reparar o dano causado. No mesmo sentido o código civil corrobora o entendimento quando abriga o direito de uma agente titular de direito, que tenha o próprio texto normativo a seu favor, pode agir conforme achar conveniente a sua ação. Para além disso, Maia (2016, p.3) diz, aquele que vier a extrapolar os parâmetros que estabelecem o seu direito, pode ser responsabilizado, diante do excesso cometido, ainda que esteja no gozo do exercício regular de um direito.

Doutrinando sobre o tema Carlos Roberto Gonçalves diz:

> Nos casos de estrito cumprimento do dever legal, em que o agente é exonerado da responsabilidade pelos danos causados, a vítima, muitas vezes, consegue obter o ressarcimento do Estado, já que, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”. E o Estado não terá ação regressiva contra o funcionário responsável (só cabível nos casos de culpa ou dolo), porque ele estará amparado pela excludente do estrito cumprimento do dever legal. (2012, p.431).

Desse modo, o estado responde pelos danos causados por seus agentes, por força do texto constitucional e para além disso, não poderá o mesmo ter acesso a via de regresso, cabendo uma resalva, para os casos de culpa ou dolo, uma vez que o agente está coberto pela excludente.

A Culpa exclusiva de terceiro é mais uma excludente da responsabilidade civil. Dá-se quando o agente lesado pelo ato dar causa para que o dano venha a

acontecer. Nos casos em que o agente que cometeu o ato danoso, não o realizou por sua própria culpa, mais por culpa do agente que sofreu a lesão, tal fato, distância do agente causador o dever de indenizar, pois a sua conduta foi resultante, independeu das suas próprias forças, sendo o mesmo, apenas um instrumento pela qual se materializou o dano, tal conduta exclui o nexo causal, assim como o dever de indenizar.

Dentro dos fatos, o nexo causal choca-se com a conduta do agente, tendo como resultado o dano sofrido. Todavia, na análise do caso concreto, emerge a participação da vítima, concorrendo para o resultado do dano.

> Pode-se mencionar, como exemplo de certa frequência na justiça, o caso do motorista que atropela um indivíduo que trafega em via pública montando uma motocicleta. A prova colhida evidencia a culpa do condutor do carro. Mas, de evidência em evidência, chega-se ainda a verificar que do atropelamento decorreu maior gravame à vítima, porque não usava o "capacete" de proteção (PEREIRA 2018, p.114).

Desse modo, quando voltamos o olhar para a culpa, o dano, mais o nexo causal, não se pode retirar o nexo como absoluto, pois o mesmo não serve de parâmetro para medir a extensão do dano, assim como a as proporções que o dano chegou, pois nesse meio termo para que tudo isso acontecesse teve a participação da vítima que, uma vez não dando causa, não se teria acontecido o dano.

A concorrência da culpa possui abrigo no texto do Código Civil, no artigo 945, que diz:

> "Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

Na culpa exclusiva da vítima, quando da ocorrência do dano, tal fato, tornasse uma causa de exclusão do nexo causal, uma vez que, o agente que deu causa ao dano é apenas um instrumento meio a lesão danosa.

O fato de terceiro é mais uma excludente da responsabilidade e para entendermos melhor tal excludente, mister se faz, identificar quem é o terceiro nesse contexto. O terceiro não é a vítima nem, o agente que realizou o dano, todavia, o terceiro é o responsável pelo dano sofrido entre agente causador e vítima, desse modo, a responsabilidade é afastada do agente causador, pois a relação de causalidade, em relação à conduta do agente e a vítima é afastada (RODRIGUES; VALÉRIO, 2017).

O Código Civil em seu artigo 393 abriga a excludente por caso fortuito e força maior, onde em seu texto faz menção a figura de um devedor não vir a responder pelos danos causados, quando oriundos de caso fortuito e força maior, ressalvando-se apenas os casos em que o mesmo se responsabilizar por fatos supervenientes, alheios a sua vontade.

O caso fortuito e a força maior, são figuras não tão fáceis de se distinguirem, isso por motivo simples, os dois casos se afastam da culpa, pois são fatos que acontecem de forma que o controle do homem não está estabilizado por completo, vindo a se obrigar o descumprimento da obrigação.

Nesse sentido Gonçalves diz:

> Assim, somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, exclui a responsabilidade, por ser imprevisível. Um raio que atinge subitamente uma condução, provocando a perda da direção e um acidente com danos, afasta a responsabilidade do motorista, pelo rompimento da relação de causalidade. Já o fortuito interno, em que a causa está ligada à pessoa (quando ocorre um mal súbito) ou à coisa (defeitos mecânicos), não afasta a responsabilidade do agente, ainda que o veículo esteja bem cuidado e conservado, porque previsível. (2012, p.442).

O empasse doutrinário, não se faz relevante diante da existência de afastamento da culpa em ambos os casos, ou seja, ambos têm efeito expulsório do elemento nexo causal, não ficando o agente responsável pelos danos sofridos.

A diferença entre cláusula de irresponsabilidade e cláusula de excludente de responsabilidade é que a primeira exclui a responsabilidade e a segunda afasta apenas a indenização. Pois a causa de irresponsabilidade, não depende da vontade das partes, provindo sempre de lei, quando praticado o ato ilícito de qualquer natureza, com tal ato surge o dever de repara o dano, que dele resultou. Todavia, o agente pode ver-se livre de tal obrigação, por força de uma clausula de não indenizar, que nada mais é do que um ajuste de vontades, que tem como objetivo o afastamento de possíveis consequências pela não execução da obrigação, ficando o agente livre da reparação do dano (FILHO, 2008)

Quando praticado o ato ilícito de qualquer natureza, com tal ato surge o dever de repara o dano, que dele resultou. Todavia, o agente pode ver-se livre de tal obrigação, por força de uma clausula de não indenizar, que nada mais é do que um ajuste de vontades, que tem como objetivo o afastamento de possíveis consequências pela não execução da obrigação, ficando o agente livre da reparação do dano.

Vale apena ressaltar que a cláusula de não indenizar não afasta a responsabilidade, desse modo, ninguém está livre da responsabilidade pois a própria responsabilidade está diretamente ligada ao ato ou fato que foi praticado ilicitamente. Para além disso, a cláusula de não indenizar não distância do agente, a responsabilidade, mas apenas o afastamento da obrigação que é consequência lógica da responsabilidade.

Quando afunilamos o assunto para a seara consumerista nos deparamos três hipóteses trazidas de forma expressa pelo código de defesa do consumidor, são elas: quando da não introdução do produto no mercado de consumo, quando o produto não possui o defeito e os casos de culpa exclusiva do próprio consumidor ou de um terceiro que dê causa. De tal modo, o fornecedor só irá se eximir de responsabiliza o consumidor, nos casos em que reste configurado uma das excludentes. Todavia, o legislador ao olhar para esse tema, na tentativa de proteger o consumidor, estabelece a inversão do ônus da prova para o fornecedor, de modo a que este prove a inexistência das excludentes.

Destarte, quando não acontece a distribuição do produto no mercado de consumo, cria-se para o fornecedor a exclusão da responsabilidade para o fornecedor, isso porque uma vez os produtos não estando no mercado de consumo, o fornecedor não pode ser responsabilizado pelos danos causados. Vale a pena ressaltar que, nos casos em que os produtos foram colocados no mercado por outra pessoa, o fornecedor não pode se responsabilizar por tais danos decorrentes por esses produtos, um exemplo disso são os casos de produtos que são colocados no mercado, fruto de furto, roubo ou falsificação, para esses casos os fornecedores não os colocaram no mercado, não se configurando assim o dever de indenizar por tais produtos (MEIRA, 2011).

Tal posicionamento de que os casos de roubo e furto estaria incluídos como causa de excludente, não possui uniformidade na doutrina, pois alguns autores entendem que essas prática ilícita, não distanciam a responsabilidade do fornecedor, diante de futuros danos pelos produtos colocados no mercado, isso pelo simples fato de que pode existir culpa do fornecedor quando da não observância do dever de vigiar, quando da análise da culpa que dentro da dentro da ótica consumerista é irrelevante, já que a responsabilidade em regra é objetiva. Destarte, diante do exposto, apenas os casos de falsificação do produto, se caracterizaria a não responsabilização do fornecedor.

Diante da omissão do CDC em uma definição do momento em que o produto foi inserido no mercado de consumo, coube a doutrina estabelecer tal conceito, nesse víeis considera-se que o produto entrou no mercado, a partir do momento em que se destina aos distribuidores (FILHO, 2008).

Entendido isso, uma vez acontecido um acidente de consumo, necessário se faz saber o conceito de defeito do produto, haja vista que uma vez que o produto não o possua, isso afasta o dever de reparar os danos. Desse modo, o conceito de defeito do produto está necessariamente atrelado ao dever de proteger, a segurança dos produtos e serviços, no tocante a proteção à saúde, o patrimônio, seja ele material ou moral. Diante desse entendimento, com o defeito no produto, se materializa uma quebra contratual dentro da relação de consumo, onde a confiança do consumidor é rompida (MIRAGEM, 2003)

A excludente advinda da culpa exclusiva de terceiro também foi abrigada dentro do CDC, a mesma se caracteriza diante da conduta do consumidor, ou de um terceiro, isso porque, quando por consequência da sua conduta dentro da relação de consumo, se atribui a excludente da responsabilidade do fornecedor de indenizar, haja vista que a conduta do consumidor ou do terceiro, uma vez não olhando para o dever de se manter precavido, agindo com imprudência na utilização dos produtos deu causa ao dano. Para além disso, para que o fornecedor não seja responsabilizado pelos danos sofridos, o mesmo precisa prova que o motivo que deu causa ao dano, se originou por culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

4 DA MANUTENÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR

A responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços é objetiva e solidaria, podendo o consumidor cobrar de qualquer uma que fez parte da cadeia de fornecimento dos produtos e serviços. Nos casos dos planos de saúde a responsabilidade se dá diante dos fornecedores e das operadoras de planos de saúde, podendo o consumidor cobrar de qualquer um deles para ter os seus danos supridos de acordo com o tipo de plano escolhido pelo mesmo.

Nos casos de falência das operadoras, a responsabilidade continua sendo solidária e o fornecedor não pode se recusar a prestar o serviço ou disponibilizar os produtos, haja vista que a partir do momento em que se colocou no mercado com intuito de aferir lucro, os mesmos abraçam a responsabilidade objetiva e estão disponíveis a serem responsabilizados solidariamente nos casos de danos aos consumidores.

4.1 LEI DE PLANOS DE SAÚDE

A Constituição Federal brasileira de 1988 e a Lei Orgânica da Saúde 8.080/90, instituíram à saúde como direito de todos os brasileiros e um dever intrínseco do Estado. Tal criação se deu unicamente com o objetivo de permitir que os cidadãos tivessem acesso à saúde de forma gratuita. Nesse contexto nasceu o Sistema Único de Saúde (SUS). Todavia, diante das inúmeras dificuldades encontradas para a prestação desse serviço com qualidade ao usuário, gerou-se uma demanda de procura a outras fontes de serviços de assistência à saúde. A procura de início se voltou aos atendimentos de grupos de médicos particulares que atendiam de forma onerosa, tais grupos passaram a se organizar e dentro desse contexto surge uma primeira gênese dos planos de saúde.

Na década de 20, foi publicado o decreto 4.682/23, tal decreto foi o motor propulsor da assistência social, da assistência à saúde pública e privada. Depois disso, foram surgindo novos conceitos e organizações que corroboraram cada vez mais com a ideia de assistência privada.

O governo Vargas deu o ponta é inicial quando da criação dos institutos de aposentadoria e pensões, e para além disso, surgiu o conceito de medicina previdenciária, depois disso, vários outros seguimentos públicos e privados

abraçaram a ideia e passaram a optar também por um sistema próprio de prestação de serviços à saúde.

Antes mesmo da Constituição de 1988, através do decreto lei 73/66, passou a ter regulamentação a atividade de seguro e segurado no país, passando a criar e estruturar o conselho Nacional de Seguros Privado. O objetivo dos seguros era de garantir o pagamento prévio, ou dos futuros gasto com saúde dos usuários ou dependentes nos parâmetros que permitissem a apólice. O fato é que tal desenvolvimento, de certo modo transferiu os riscos da prestação à saúde para as seguradoras. Tal cenário, desencadeou o surgimento de cooperativas de médicos, que analisando o ônus que estavam tendo quando da prestação de serviços mais baratos do que a pacientes sem seguros, deste modo, passaram a criar cooperativas que viessem a substituir as seguradoras. Com o surgimento das cooperativas as seguradoras passaram a perderem forças e muitas até deixaram de existir.

Apesar do sucesso e da aderência em massa de pessoas em buscar dos serviços médico-hospitalares prestados pelas empresas, desencadeou uma seria de problemas, haja vista que existia ainda uma lacuna quanto a normatização que regulasse essa matéria, com a falta de regulamentação tornou-se bem claro a existência de práticas abusivas dentro dessa relação. O fato é que os consumidores dessas relações se tornaram vítimas das operadoras e tais prática só passaram a serem combatidas, com o surgimento do CDC que de certo modo pressionou os órgãos fiscalizadores a se atentarem com mais veemência a tais questões (FERRER, 2011).

A lacuna de regulamentação perdurou por muitos anos e só se teve uma regulamentação sobre o tema na década de 90, quando o legislador editou a lei 9.656/98, que ficou conhecida como a lei dos planos de saúde. Essa lei, surgiu até mesmo como um anseio das próprias empresas prestadoras dos serviços, o anseio era bem específico, que o legislador definisse de forma clara, as normas de parâmetro para o setor, haja vista que muitas empresas que enveredaram no setor, passaram por problema financeiros. A necessidade de regulamentação, fazia-se necessária para garantir que os consumidores tivessem seus direitos efetivados, diante desse cenário de desproteção, todavia, os variados entendimentos que eram gerados pelo judiciário, diante das inúmeras demandas que vieram a surgir, muitos oneravam de mais as prestadoras. Diante desse contexto, a lei 9.656/98 surgiu

embasada em diretrizes com: a garantia dos consumidores, a elaboração de um contrato, a criação de obrigações pelos produtos ou serviços fornecidos (FILHO, 1999)

Vale a pena ressaltar que a iniciativa da saúde privada é livre, apesar de que a Constituição Federal faz abrigo que a saúde é dever do Estado, diante das dificuldades na prestação do serviço pela parte pública, essa função estatal é delegada, desse modo tais serviços podem ser prestados pelas empresas privadas, todavia, a pesar disso a natureza jurídica é de serviço público. Ao Estado cabe o dever de fiscalização e de equilíbrio da concorrência entre as empresas.

O artigo 1º da lei 9.656/98 em seu inciso II, já faz uma definição do que seria planos de saúde, onde tal denominação enquadra todas as pessoas jurídicas que que coloquem produtos e serviços dentro do mercado de consumo. Destarte, a definição legal está vinculada ao mesmo artigo, todavia, no inciso I, que disciplina:

> 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; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

O plano de assistência à saúde tem o objetivo de garantir a cobertura de custos destinados a saúde dos seus filiados, e por tais serviços se destina o pagamento de parcelas que são estipuladas em contrato, os contratos são firmados por um período de tempo indeterminado. A prestação do serviço pode ser escolhida pelo contratante, independente da especialidade a depender do contrato, tais contratos podem ter a cobertura integral ou parcial a depender do que ficar acordado pelas partes. É bom ressaltar que a o princípio norteador dos contratos de planos de saúde é o princípio da solidariedade, que todos os envolvidos que de certo modo contribuírem para a prestação do serviço (BERRETO, 2011).

Vale apena ressaltar que muito embora os planos de saúde e os seguros de saúde sejam parecidos, pelo fato de que ambos partem de um pressuposto de poupança particular, onde uma prestadora tem papel de administrar. Segundo esse entendimento, o particular deixar de juntar dinheiro para quando acometido por uma enfermidade possa usá-lo, para fazer uma poupança conjunta que muitas vezes podem nem se quer serem usadas (ALMEIDA, 2007).

O CDC de certo modo, mantei laços estreitos com a lei dos planos de saúde, pois as leis consumeristas tendem a complementar a lei dos planos, não necessariamente criando um conflito, pois como regra aplica-se a lei mais específica, todavia diante das lacunas da lei aplica-se o CDC diante das relações de consumo.

A Lei de planos de saúde prevê algumas hipóteses de cancelamento do contrato e consequentemente o encerramento da prestação do serviço. Tais previsões estão previstas no artigo 13°, inciso II, III, quando disciplina:

> II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o qüinquagésimo dia de inadimplência; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
> III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular. ~~(Vide Medida Provisória nº 1.665, de 1998)~~ (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Pode haver rescisão ou suspensão dos contratos nos casos de fraude comprovada ou quando o pagamento da mensalidade não for efetuado dentro de um lapso temporal de 60 dias, consecutivos ou não, desde que ainda na vigência nos últimos 12 meses do contrato. Todavia, para que essa suspensão ou rescisão aconteça, necessário se faz que o consumidor seja avisado da inadimplência.

Vale a pena ressaltar que tanto a suspensão, como a rescisão unilateral do contrato não podem acontecer enquanto perdurar a internação do titular. Apesar do parágrafo único só fazer menção ao contrato individual, por analogia se aplicam tais normas aos contratos coletivos por adesão, mesmo diante da lacuna normativa, tal aplicação se fundamenta nos princípios fundamentais e outras fontes capazes de suprir a ausência de normatização para os casos em questão.

4.2 OBJETO DE TUTELA DO PLANO DE SAÚDE

Os planos de saúde, tem como objeto de tutela o direito à vida, desse modo, o legislador de forma concreta trouxe na Constituição de 1988, um marco na consagração de direitos fundamentais, quando movida por um misto de vários sentimentos vividos a época, as garantias de cunho protetivo a vida, ganharam papel de destaque dentro desse senário. O artigo 5°, da Constituição de 1988,

abriga a garantia do direito à vida para todos os brasileiros, ou estrangeiros que residem em solo brasileiro, quando:

> 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.

Quando o direito à vida é olhado por um ângulo existencial, identifica-se o direito à vida como um bem altamente relevante a ser tutelado, onde a própria formação da República se fundamenta na dignidade da pessoa humana, todavia, apesar de bens tão valiosos, nenhum bem se estrutura eficaz, se não existe vida. Desse modo diante da análise do elemento vida, a própria existência humana é quem fundamenta qualquer outro direito. O constituinte, não encontraria embasamento a estabelecer qualquer outro direito, antes que se tivesse assegurado o direito de estar vivo para só assim poder torna-lo efetivo (BRANCO, 2010)

O direito à vida precisa ser entendido, não apenas ao fato de existir, mais para além disso, precisa ser entendido como parâmetro para uma condição que o permita viver bem, tendo garantido todo o suporte para se ter de certo modo uma vida digna. O Estado tem um papel de fundamental importância dentro dessa relação, quando o mesmo é o responsável pela efetivação de tais direitos, devendo-o velar sempre, pelas diretrizes e princípios que se fazem necessários para o alcance de uma sociedade mais consistente (MORAIS, 2003).

O fato do indivíduo nascer com vida, já o torna detentor de personalidade, destarte os direitos do nascituro são resguardados, sendo o mesmo sujeito de direito e deve ser protegido pela lei. Desse modo, Estado tem o dever de garantir que o direito a uma vida digna seja efetivo, garantindo a todos de forma isonômica os meios para se viver bem. Todavia, o Estado ao se incumbir de tamanha tarefa, não conseguiu executar o cumprimento da mesma, passando a trazer muita insatisfação aos seus tutelados, como por exemplo o direito a saúde que é um direito de todos e dever do estado, mais uma vez o Estado não conseguindo presta-la com qualidade, delega tal função a iniciativa privada e dentro desse contexto, nascem os planos de saúde como o objetivo de tutelarem o bem jurídico vida, quando da prestação de produtos e serviços que previnem e restabelecem a saúde dos seus tutelados.

> Interessante notar que a indisponibilidade da vida não resulta de um mandamento constitucional, uma vez que a Constituição Federal trata a vida como inviolável e não como indisponível. Considerando as duas palavras em sentido etimológico, vemos que possuem diferentes significados. “Violação” e “violar” vêm do Latim *violare*, “tratar com

> violência, ultrajar, desonrar", possivelmente relacionado a "força, violência".[4]"Dispor" vêm do latim *disponere*, "resolver, decidir, determinar, servir-se, utilizar-se, alienar". (FRANCO, 2016, p.3).

Quando da análise das expressões trazidas pela Carta Magna, logo de início identificamos o termo inviolável e no bojo dessa expressão o conceito do que não se pode desrespeitar. Quanto a expressão inviolável encontra-se mais ligado aos direitos das pessoas e o termo indisponível configura-se mais com aquilo que não se tem o poder de decisão, de tal sorte podemos dizer que a vida é um bem indisponível em regra, onde não se pode dispor dela de qualquer forma. Uma grande divergência se levanta na jurisprudência e doutrina, quanto ao real sentido se o direito à vida é absoluto ou não. Destarte, uma corrente da doutrina defende que sim, a outra parte diz que não, sendo o aplicador que no caso concreto deve ponderar diante do caso concreto que o ser humano deve ser respeitado e sempre levar em consideração a realidade, seja ela, fática ou jurídica.

> Conclui-se então que a doutrina majoritária e a jurisprudência constitucional defendem que não existem direitos absolutos, e consequentemente o direito à vida não seria absoluto. E, mesmo aqueles que defendem que existam direitos absolutos (seria o caso de vedação à tortura, por exemplo), não argumentam que o direito à vida é absoluto. Isto posto, a doutrina discute quais são as "exceções" do direito à vida. Por mais que seja talvez o direito fundamental mais conhecido e debatido, as polêmicas não esgotam acerca do tema (OLIVEIRA; RÊGO, 2015, p.54)

A análise do bem jurídico inviolável, traz à tona uma concepção dentro do tema abordado que configura a impossibilidade de quebra contratual realizada de forma unilateral pelo fornecedor sem o consentimento do segurado, haja vista que tal ato estaria a ferir princípios e garantias do consumidor que tem como objetivo a restituição a sua saúde e de contrapartida a fornecedora que tem o dever legal a prestação de produtos e serviços voltados a saúde. Para além disso, ainda existe um ponto que se torna muitíssimo importante ressaltar diante da vulnerabilidade do consumidor, atrelado a sua condição de saúde que o submete a aceitar imposições feitas pelo fornecedor de modo a comprometer o bem jurídico tutelado pelo fornecedor.

A finalidade dos planos de saúde é a prestação de produtos e serviços de forma continuada, pretensão de atender as demandas que o SUS não consegue suprir de forma qualificada, desse modo a finalidade dos planos é garantir a assistência a saúde, por profissionais que possam ser escolhidos livremente pelos

acobertados pelos planos, ainda que a essa cobertura seja feita de forma parcial ou integral.

Nesse sentido a responsabilidade de fiscalizar e de certo modo traçar as regras a serem seguidas pelos fornecedores para não apresentarem riscos aos acobertados, sendo o artigo 10° da lei 9.656/98 uma parâmetro referência de como os contratos que surgem com essa finalidade de prestar serviços e produtos a saúde, onde o bem jurídico tutelado pelos planos estejam plenamente a disponibilidade dos acobertado e que os mesmos não sejam lesados diante das possibilidades de cláusulas abusivas que ferem diretamente o bem jurídico tutelado.

Em meio a evolução da humanidade a buscar da manutenção da saúde tem sido almejada de forma veemente e para além disso, não se há de falar em direito a vida em plenitude, se não, encontram-se disponíveis as formas de mantê-las protegidas. Mesmo diante dos avanços tecnológicos e consequentemente, dos uma melhoria na forma de prestação da manutenção e prevenção de um dos fundamentos essenciais para uma vida digna e plena, que é a saúde que eleva diretamente a expectativa de vida da sociedade, dessa forma também se tem aumentado a necessidade de uma prestação de serviços à saúde.

Destarte, a assistência privada a saúde, não se limita apenas ao fato de não se encontrar na ausência de uma enfermidade, mais sim é algo que está intrínseco de forma direta ao direito a vida, que apesar de ser um dever do estado, uma o fornecedor se colocando à disposição da prestação de produtos e serviços à saúde, assume os ônus e bônus que está atividade venha a trazer, não podendo se voltar apenas a visão do lucro, mais se colocar à disposição de uma prestação de qualidade na busca de conseguir garantir o bem jurídico que por elas devem ser tutelados (PAULINO, 2016).

O objeto dentro dessa relação a ser tutelado é a prestação de produtos e serviços médicos de forma a preservar e manter a garantia do bem jurídico maior, à vida, pelo viés da assistência.

4.3 MANUTENÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR

Como já visto em tópico anterior, a responsabilidade do fornecedor independe da existência do elemento culpa, o fornecedor tem o dever de reparar os danos causados pelos produtos ou serviços que colocarem no mercado e a essa

responsabilidade chamamos de objetiva. Todavia, vale a pena salienta que a responsabilidade é solidária, entre os membros que formam essa relação. A redação do artigo 14, do CDC é categórica quando, diz:

> 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.

O fornecedor só estará isento da responsabilidade de reparar quando, dentro da relação consumerista, restar comprovada as hipóteses de exclusão da responsabilidade. Diante dos contratos de planos de saúde é bem comum identificar, cláusulas abusivas, que tentam ludibriar os consumidores. Tais práticas se fazem ainda mais absurdas, quando os consumidores se encontram em situação de desespero, necessitando com urgência de produtos ou serviços que são cobertos pelos planos de saúde. A situação se agrava ainda mais quando nas hipóteses de falência das operadoras, os fornecedores, de forma desleal, submetem os consumidores a assinarem contratos, na tentativa de torna-los responsáveis, pelo pagamento dos serviços caso a operadoras dos planos não arquem, com os valores cobrados pela prestação dos serviços. Tal prática é abusiva, haja vista que a própria lei dos planos de saúde só permite a rescisão ou cancelamento dos contratos nas hipóteses prevista no artigo no artigo 13°, incisos II e III da Lei 9.656/98, que são os casos de fralde e insolvência do consumidor.

No caso em questão, não existe o cabimento de nenhuma das hipóteses que dão causa a suspensão ou rescisão do contrato de forma unilateral. Configurando assim, o entendimento que tais contratos são abusivos e não respeitam os requisitos para criação dos mesmos, fato gerador da nulidade do contrato.

O fato do consumidor em um momento de vulnerabilidade aflorada, assinar um termo de responsabilidade se comprometendo a pagar às custas pela prestação dos serviços ou dos produtos, não o tornam um responsável solidário dentro da cadeia de responsabilidades tratadas pelo CDC, haja vista que o embasamento para tal afirmação é tirado do artigo 7°, parágrafo único, quando disciplina:

> Art. 7° Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

> Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Como já visto a responsabilidade é solidaria, dentro dessa relação para proteger o consumidor que a parte vulnerável, desse modo, não se pode inverter esse benefício protetivo em desfavor do consumidor.

O STJ quando da análise do assunto na pessoa da relatora a ministra Nancy Andrighi trouxe o seguinte entendimento:

> A responsabilidade da operadora do plano de saúde evidente. Não se trata de negativa de cobertura' das despesas pela seguradora, como assinalado no aresto anulado. Na hipótese, a Interclínicas autorizou a internação e tratamento do paciente conveniado, não podendo se furtar ao cumprimento da obrigação assumida perante o hospital com o qual mantinha convênio. Ou seja, todo o procedimento a que o paciente foi submetido estava coberto pelo seu plano de saúde, então vigente. O fato de a seguradora ter entrado em liquidação extrajudicial posteriormente não elide sua responsabilidade e nem vem ao socorro do nosocômio. Afinal, como constou da própria petição inicial, chegou ao conhecimento da autora que a Interclínicas já teria alienado sua carteira de associados a terceiros. O que asseguraria o cumprimento do contrato celebrado entre o hospital e a operadora do plano de saúde. De mais a mais, a sociedade hospitalar sequer demonstrou ter se voltado contra a própria Interclínicas ou contra a sua sucessora. (...)Destarte, o reconhecimento da responsabilidade da Interclínicas, no caso, elide a obrigação dos réus, assumida mediante o Termo de Responsabilidade copiado nos autos que, na verdade, era subsidiária. Vale dizer, apenas na impossibilidade de o hospital se voltar contra a seguradora é que poderia se voltar contra os réus. (ACORDÂO. e-STJ fls. 819-821).

Destarte, resta configurado segundo entendimento do STJ, que a responsabilidade nesse caso é subsidiaria, onde primeiramente se deveria esgotar todas as possibilidades de cobrança para só depois cobrar do consumidor, não podendo o fornecedor se recusar a prestar os produtos ou serviços, de modo a que, uma vez que o faça estará incurso em erro e não poderá atribuir a responsabilidade solidaria em face do consumidor, ainda que o mesmo tenha assinado termo de responsabilidade, que resta comprovado ser nulo, diante de que o bem tutelado na ocasião é a vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos surgiram a muitos anos atrás e desde de então vem passando por mutações, diante desse contexto enxergando o contrato como instrumento regulador das relações jurídicas, os mesmo se dispõe a garantir e efetivar direitos fundamentais dentro dessas relações. Com o passar dos anos, atrelado as mudanças sociais a dinâmica dos contratos passou a se desenvolver de forma a colocar as partes dessa relação não mais em igualde. Nesse contexto, surge a necessidade de uma visão protecionista do consumidor entendido como parte vulnerável dessa relação.

A proteção do consumidor dentro da relação de consumo faz-se necessária, visto que existe uma desigualdade exacerbada entre consumidor e fornecedor na relação de consumo, os cuidados com o consumidor alargam-se ainda mais diante das contratações feitas em massa, mecanismo que muitas vezes no seu bojo contém a existência de cláusulas abusivas, formuladas com intuito de ludibriar os consumidores. Diante de tais práticas é importante ressaltar ainda mais a necessidade de proteger os consumidores.

Quando do cometimento da rescisão ou suspensão unilateral dos contratos de planos de saúde, tal fato se estabelece como clausula abusiva fazendo-se necessária a manutenção da responsabilidade dos fornecedores que em um viés consumerista se formata como objetiva e solidaria, só podendo o fornecedor e todos os que de certo modo participaram dessa relação se eximirem da responsabilidade nos casos em que a lei estabelece possibilidades de exclusão da mesma, que são os casos de fralde e insolvências por mais de 60 dias, e nesses casos os próprio fornecedores quem devem provar que não são responsáveis pelos danos cometidos.

A lei de planos de saúde abriga em seu texto normativo a possibilidade de rescisão ou suspensão unilateral para os contratos de planos de saúde, de modo que não estando dentro das possibilidades que a própria lei traz, não seria possível, estabelecer qualquer outra condição para o fornecimento dos produtos e serviços ao consumidor acobertado, qualquer ação fora do estabelecido em lei torna-se abusiva. Os planos de saúde se estabelecem com um objetivo intrínseco de garantir à manutenção ou a prevenção à saúde, de modo que o bem jurídico tutelado se sobrepõe aos contratos, pois está vinculado diretamente ao bem jurídico que se deve tutelar com mais veemência que é a vida.

A manutenção da responsabilidade do fornecedor envereda-se de forma objetiva e solidaria, uma vez que o fornecedor tenha se colocado no mercado de consumo para aferir renda através da prestação de serviços e produtos que se destinem a promoção e manutenção a saúde, os mesmos tornam responsáveis objetivos e solidários. Uma vez a operadora não tendo como arcar com as despesas de cobertura ao usuário, mesmo nos casos em que o usuário assine termo de responsabilidade o mesmo não pode ser responsabilizado pela insolvência da operadora, pois o fato do consumidor assinar não torna responsável solidário, mais apenas responsável subsidiário, não sendo possível assim inverter as garantias previstas no CDC que são dos consumidores para o fornecedor, sendo assim a imposição dos termos por parte das operadoras, são nulos diante do bem em questão tutelado, a vida.

REFERÊNCIAS

ABREU, F. P. M. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 68, 2009. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6778>. Acesso em maio 2018.

ALMEIDA, N. R. **Contratos de plano de Saúde**. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007.

BANDEIRA, Carlos Eduardo Rodrigues; CIARLINI, Alvaro Luis de Araújo Sales. **Tutelas de interesses metaindividuais e a maximização do sistema jurídico**. Uniceub, 2011.

BARROS, Márcia Cristina Cardoso. **Contratos de planos de saúde:** princípios básicos da atividade. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaodasaude_290.pdf> Acesso em: 28 de maio de 2018.

BARRETO, Luciano Silva. **Plano e Contrato de Saúde.** 2011. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaodasaude_208.pdf>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 06 de outubro de 2018.

_____. **Lei** nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 06 de novembro de 2018.

_____. **Lei** 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm> Acesso em: 06 de novembro de 2018.

_____. **Lei** nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm> Acesso em: 06 de novembro de 2018.

_____. **Lei** nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 06 de novembro de 2018.

_____. **Decreto-lei** nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4682-24-janeiro-1923-538815-publicacaooriginal-90368-pl.html> Acesso em: 06 de novembro de 2018.

_____. **Decreto-lei** nº 73, de 21 de novembro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm> Acesso em: 06 de novembro de 2018.

BRAGA, Daniel Longo. Breves considerações acerca dos contratos no âmbito do código de defesa do consumidor. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3324, 7 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22351>. Acesso em: 31 de maio de 2018.

BRANCO, P. G. G. **Curso de direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BENJAMIM, Antonio Hermam V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe . **Manuel de direito do consumidor**. 5ª ed. 2013.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado.** 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

BORGES, Luis Roberto. **A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo.** Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MONOGRAFIA%201/a%20vunerabilodade%20do%20consumidor%20e%20os%20contartos%20de%20relações%20de%20consumo.pdf> Acesso em: 06 de novembro de 2018.

CAVALIERI, S. Filho. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, J. A. **Da responsabilidade Civil**. v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DORIGATTI, P. G. R. **O direito à vida**. Âmbito Jurídico**.** Rio Grande, XIX, n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17585&revista_caderno=9>. Acesso em outubro 2018.

EMANUELE, Rodrigo Santos. **Os contratos de planos de saúde a luz do código de defesa do consumidor.** 2008. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4254/Os-contratos-de-planos-de-saude-a-luz-do-Codigo-de-Defesa-do-Consumidor >. Acesso em 20 de outubro de 2018.

FRANCO, Elaine Cristine. O direito à vida e sua indisponibilidade. JusBrasil, 2016.

FERRER, Gustavo Gonçalves. **Monografia: Operadoras de planos de saúde e burocracia: responsabilidade civil em caso de demora na prestação de serviço**. Brasília, 2011.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____, Luiz Tavares Pereira. **Iniciativa privada e saúde.** 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona**. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, C. R. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUGLINSKI, Vitor. **Diferenças entre responsabilidade pelo fato e pelo vício de produtos e serviços**. JusBrasil, 2013.

_____, C. R. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, C. R. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

KOSTESKI, Graciele. **A história das relações de consumo.** Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MONOGRAFIA%201/A%20história%20das%20relações%20de%20consumo%20(Consumidor)%20-%20Artigo%20jurídico%20-%20DireitoNet.pdf> Acesso em: 08 de maio de 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Contratos no código do consumidor:** pressupostos gerais. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MONOGRAFIA%201/contratos%20no%20código%20de%20defesa%20do%20consumidor.pdf> Acesso em: 08 de maio de 2018.

MAIA, J. S. G. A. **Responsabilidade civil:** pressupostos e excludentes. Âmbito Jurídico. Rio Grande, XIX, n. 153, out. 2016. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17985&revista_caderno=7 >. Acesso em outubro 2018.

MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais / Cláudia Lima Marques. v. 1. 3. ed. rev., atual, e ampl., incluindo mais de 250 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. V. 1. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

MELO, Liana Holanda de. **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** Disponível em:

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MONOGRAFIA%201/Responsabilidade%20civil%20nas%20relações%20de%20Consumo%20-%20Consumidor%20-%20Âmbito%20Jurídico.pdf> Acesso em: 06 de maio de 2018.

MEIRA, H. V. M. As **Excludentes de Responsabilidade Civil previstas no Código de Defesa do Consumidor.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1051. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2750/as-excludentes-responsabilidade-civil-previstas-codigo-defesa-consumidor> Acesso em: 26 outubro 2018.

MIRAGEM, B. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____, B. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, A. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____, V. L. S. Princípios Gerais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4846, out. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52095>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, L. A. R. **Curso de direito do consumidor**. 7ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Nayla Soares de; RÊGO, Luciana de Moura Santos Nogueira. **Direito à vida na ordem constitucional brasileira**. Artigo Científico, Jus, 2015.

PADILHA, Sandra Maria Galdino. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo.** Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MONOGRAFIA%201/clásulas%20abusivas%20nas%20relações%20de%20consumo.pdf> Acesso em: 08 de maio de 2018.

PAULINO, R. S. **Inconstitucionalidade da resilição unilateral em contrato coletivo de plano de saúde.** Disponível em**:** <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MONOGRAFIA%201/inicios%20dos%20contratos%20de%20palnos%20de%20saúde.pdf> Acesso em: 24 de maio de 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud; CAFFARATE, Viviane Machado. **A evolução do direito do consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 08 de maio de 2018.

PEREIRA, Luísa de Freitas. **Monografia: Boa-fé objetiva no contrato de adesão**. Cacoal, Rondônia, 2006.

_____, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Contratos**. v.1. 24 ed. Rio de Janeiro: 2011.

RODRIGUES, Cledes Junio A.; VALÉRIO, Eliana Cândida. **Causas excludentes de responsabilidade civil.** JusBrasil, 2017.

ROQUE, Nathaly Campitelli. **A prestação de serviços e o código de defesa do consumidor: os cuidados que devem ser tomados pelo fornecedor.** Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MONOGRAFIA%201/conceito%20de%20relações%20de%20consumo.pdf> Acesso em: 08 de maio de 2018.
SCAFF, Fernando Campos. **A responsabilidade do empresário pelo fato do produto e do serviço, do código civil ao código de produção e defesa do consumidor***.* Revista dos Tribunais, 1997.

SOUZA, M. V. S. G. **Responsabilidade contratual e extracontratual**. Disponível em: <http://www.valeriosaavedra.com/conteudo_19_responsabilidade-contratual-e-extracontratual.html.> acesso em: de 29 maio de 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL. REsp 1.695.781 - SP 2015/0271904-7. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe: 20/11/2017. **Roncarati**, 2017. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/resp_1695781.pdf>. Acesso em: 07 de dezembro de 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manuel de direito do consumidor**. Volume único. São Paulo: Método, 2017.

TARABORI, Nadir. **Comentários ao conceito de consumidor fornecedor e produtos/serviços**. JusBrasil, 2016.

TIMM, L. B. **Contratos no direito brasileiro.** Direito & Justiça, v. 39, n. 2, p. 224-236, jul.- dez. 2013.

VENOSA, S. S. **Direito civil**: responsabilidade civil. v. IV. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.