

A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NA FORMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO TOCANTE À GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE.

Bárbara Domansky dos Reis (barbaradreis90@gmail.com);

Maria Angélica S. K. de Souza (angelicakurokawa@gmail.com)¹

Jorge Garbarino²

Resumo

Será analisada a importância da hermenêutica jurídica no que se refere à função social do contrato firmado entre particulares no tocante ao direito à saúde. Tal abordagem se dará por meio da exposição das características do princípio da função social do contrato positivado como cláusula geral e como deve se dar a atuação do magistrado nos casos concretos referentes a esse tema. Ademais, se abordará sobre a importância da jurisprudência na aplicação da função social do contrato, trazendo exemplos de decisões referentes aos contratos de plano de saúde. Dessa forma será possível concluir que a atuação dos juízes por meio da hermenêutica jurídica é de extrema importância para a formação da jurisprudência para que, nos casos referentes à função social do contrato, o direito constitucional à saúde de toda a sociedade seja garantido, bem como seja proporcionada segurança jurídica para os jurisdicionados.

Palavras-chave: função social; contrato; hermenêutica jurídica; jurisprudência, direito à saúde.

THE IMPORTANCE OF THE SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT IN FORMATION OF JURISPRUDENCE WITH REGARD TO HEALTH RIGHTS GUARANTEE.

Abstract

The importance of legal hermeneutics will be analyzed with regard to the social function of the contract signed between individuals regarding the right to health. Such an approach will take place by exposing the characteristics of the principle of social function of the positive contract as a general clause and how the magistrate should act in the specific cases concerning this subject. In addition, it will address the importance of jurisprudence in the application of the social function of the contract, bringing examples of decisions regarding health insurance contracts. Thus it will be possible to conclude that the performance of judges through legal hermeneutics is of great importance for the formation of jurisprudence so that, in cases concerning the social function of the contract, the constitutional right to health of the whole society is guaranteed, likewise to propitiate judicial security to those under jurisdiction.

Key-Words: social function; contract; legal hermeneutics; jurisprudence.

¹ Graduandas do 1º ano de Ciências Contábeis do Instituto Superior de Londrina (INESUL).

² Prof. Me. Jorge Garbarino.

Introdução

A concepção de contrato existente na atualidade jurídica brasileira é consequência de grandes transformações sociais que escancararam a necessidade de adequações principiológicas e legislativas. Diante disso surgiu a justificativa do presente trabalho que visa demonstrar a importância da atividade jurisdicional na aplicação da lei com o enfoque na atuação dos juízes em casos envolvendo a aplicação da função social dos contratos.

Desse modo serão expostas as características da função social do contrato como cláusula geral, bem como será elencada a importância da hermenêutica jurídica na construção da jurisprudência no tocante à função social do contrato nos casos que envolvem o direito à saúde.

Desenvolvimento

A função social do contrato adotada no CC/02 teve por um de seus motivos determinantes a disposição constitucional do artigo 5º, incisos XXII e XXIII² da CF/88 referentes ao direito de propriedade e o cumprimento de sua função social, na medida em que a função social da propriedade somente será alcançada se o mesmo princípio for estendido aos contratos.

Não se pretende aqui dizer que os contratos não mais obedecem a ideia tradicional do *pacta sunt servanda*, sendo esse princípio o fundamento no qual as partes se baseiam para exercer seu direito em estabelecer obrigações por meios contratuais.

Contudo, o legislador com CC/02 ressaltou com mais ênfase essa obrigação, nos termos do artigo 422 do referido diploma legal que dispõe: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

O que se buscou com a positivação da função social do contrato, foi proibir a utilização dos contratos como meio de prática de atividades abusivas ou danosas a uma das partes ou até mesmo sobre terceiros. Ademais, o artigo 187 do CC/02 determina que titular de um direito comete ato ilícito quando, ao exercê-lo, excede os limites do fim econômico ou social, da boa-fé e dos bons costumes.

Deve-se ressaltar também que o valor da livre iniciativa, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (inciso IV do artigo 5º da CF/88) garante aos particulares o direito de contratar. O legislador se preocupou em conferir uma função social ao contrato visando que ele seja celebrado e concluído sem prejuízo dos contratantes, bem como sem conflitar com o interesse público. Ainda na CF/88, o artigo 173, § 4º elenca essa ponderação entre livre iniciativa e a função social do contrato, na medida em que disciplina: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Tendo em vista o individualismo existente na relação contratual, o Estado intervém no domínio privado editando normas cogentes, dentre elas a imposição da função social, prevalecendo a ideia de que a função social do contrato é uma exigência social em concordância com valores éticos determinantes a nova ordem contratual.

Contudo, conforme será abordado, o legislador do presente diploma legal não se incumbiu de conceituar a função social do contrato.

Dessa maneira, a delimitação de seu conceito e natureza jurídica ficou a cargo da doutrina e dos operadores do direito. Na medida em que, seu exercício resta demonstrado pelas decisões dos magistrados nesse sentido, pois se permite que o juiz ultrapasse a mera apreciação dos direitos contratuais das partes, para observar se não está sendo violado um valor social de maior importância que deva ser preservado em detrimento das avenças particulares.

Mais especificamente, de acordo com exposição de Gustavo Ferreira com base em obra de Francisco Amaral, a função social de um instituto jurídico pode ser definida como a aproximação do direito com as demais ciências sociais, objetivando, por meio de um processo

interdisciplinar, respostas dos juristas que tragam soluções atinentes à realidade do seu tempo e proporcionem uma ordem mais justa na sociedade.³

Nessa mesma linha encontra-se o conceito de Orlando Gomes abordado por Têmis Chenso no tocante à função social do contrato:

aproximação do direito com as demais ciências sociais como a Sociologia, a Economia, a Ciência Política, a Antropologia, em um processo interdisciplinar de resposta às questões que a sociedade contemporânea coloca ao jurista⁴

Ademais, é necessário abordar o tema referente as medidas aplicáveis quando tal princípio não é observado nos negócios jurídicos efetuados. Ocorre que o legislador não se incumbiu de explicar no texto legal quais seriam as sanções cabíveis nos casos em que o princípio da função social do contrato não fosse devidamente observado, acabando por gerar danos a coletividade ou a terceiros alheios a relação jurídica estabelecida.

Conclui-se que os efeitos resultantes da inobservância da função social do contrato dando-se no âmbito da eficácia interna da função social, prejudicando somente as partes contratantes, o contrato poderá ser anulado. Aplicando as disposições do CC/02 no tocante a anulabilidade dos negócios jurídicos, nos artigos 171 a 184 do CC/02.

Porém, caso os efeitos atinjam interesses gerais da coletividade, ou seja, no âmbito da eficácia externa da função social do contrato, este será nulo, aplicando-se os artigos 186 a 170 do CC/02.

Portanto, em que pese o legislador tenha deixado em aberto a sanção que deverá ser aplicada quando do descumprimento da função social do contrato, a doutrina assumiu tal encargo ao considerar, diante dos fundamentos expostos que a sanção cabível é a nulidade do ato jurídico realizado.

Como restou demonstrado, a função social do contrato, tendo em vista seu caráter de cláusula geral, necessita da participação do juiz para a identificação de seu significado no caso concreto. Diante de tal fato, foi analisada também a importância da jurisprudência para que o magistrado atue em conformidade com as decisões que são proferidas e garanta ao máximo a segurança jurídica aos jurisdicionados.

Têmis Chenso elenca que a boa-fé deve ser observada como meio regulatório do contrato entre as partes (verificando o equilíbrio e a lealdade da contratação), e a função social do contrato surgindo como etapa subsequente a existência de um contrato válido entre as partes, para que, assim, possa produzir efeitos perante terceiros.⁵

O objetivo será demonstrar alguns contratos celebrados que expressam nítida função social e necessitam de atenção dos magistrados para que a função do contrato não se perca e os princípios relativos à pessoa bem como da coletividade se percam e sejam priorizados os direitos individuais.

Um bom exemplo para demonstrar como a função social do contrato necessita da atuação do juiz e da utilização da jurisprudência é o contrato de seguro de saúde e de convênio médico. Tão relevante essa matéria que a jurisprudência pacificou seu entendimento quanto a matéria do limite temporal para a internação em casos de urgência, bem como nos casos de alargamento injustificado de prazos de carência.⁶

Outro ponto que merece destaque é a aplicação do CDC nos casos em que é necessária a intervenção judicial para solucionar conflitos nesses tipos de contratos, conforme dispõe a súmula 469 do STJ:

³ FERREIRA, Gustavo Pinto Zardi. **A função social do contrato**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2013, p. 59.

⁴ PEDROSO, Têmis Chenso da Silva Rabelo. **Boa-fé e Função Social do Contrato: uma leitura hermenêutica constitucional**. 2006. Dissertação (Mestrado em direito Negocial), Londrina, p. 92.

⁵ *Ibidem*, p. 155.

⁶ GODOY, Cláudio Luiz Bueno. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saravia, 2007, p. 177.

“Aplica-se o CDC aos contratos de plano de saúde”. Outro ponto que revela a importância dada ao tema.

Pode-se concluir que os contratos relacionados à saúde das pessoas têm grande relevância social, tendo em vista a defesa constitucional ao direito à saúde (artigo 196 a 200 da CF/88), sendo inclusive dever do Estado, a sua proteção.

Dessa maneira, tendo em vista que o Estado permitiu aos particulares a prestação deste serviço de interesse social, deve coibir medidas que cerceiem o direito à saúde e até mesmo, dependendo da gravidade da situação, firam a dignidade da pessoa humana. Assim, mais um motivo pelo qual se torna importante a atuação do magistrado para coibir tais atitudes por parte das operadoras de planos de saúde particulares.

Nesse sentido a seguinte decisão proferida em sede de recurso de apelação que confirmou a sentença proferida:

EMENTA: CONTRATO – CLÁUSULA ABUSIVA – PLANO DE SAÚDE – CARÊNCIA – PERÍODO MUITO EXTENSO - DESVANTAGEM EXAGERADA E ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR– AÇÃO ANULATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO – FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – INVALIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO

Sabe-se que uma das finalidades do Código de Defesa do Consumidor é assegurar o equilíbrio entre as partes, pelo que possível do ponto de vista da equidade a revisão do contrato adesivo, não havendo que prevalecer sempre a tese do *pacta sunt servanda*.

As cláusulas que limitam ou restringem procedimentos médicos, especialmente limitando as internações hospitalares, a permanência em UTI's e similares, presentes nos contratos antigos e excluídos expressamente pelos arts. 10 e 12, da Lei 9.656/98, são nulas por contrariarem a boa-fé, como esclarece a própria lei, pois criam uma barreira à realização da expectativa legítima do consumidor, contrariando prescrição médica.

O contrato, na relação de consumo, deve ser visto em razão de sua função social, não mais sendo atribuído primado absoluto à autonomia da vontade.

Em decorrência da função social, revela-se abusiva a cláusula que, em contrato de plano de saúde, exclui de cobertura as próteses necessárias ao restabelecimento da saúde. (grifos nossos).⁷

Também, decisão de apelação cível no sentido de confirmar a sentença proferida que determinou a condenação do plano de saúde ao pagamento de valores pagos pelos pais do menor para a realização de procedimento cirúrgico:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. Plano de saúde. Função social do contrato. Provas que revelam a necessidade do autor em se submeter às cirurgias. Alegação de fato novo que em nada modifica o resultado de procedência. Sentença que

⁷ TJMG – Apelação Cível nº 2.0000.00.364615-1/000, 9ª Câmara Cível, Trânsito em Julgado em 28/05/2003 Inteiro teor disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/jurisprudencia/juris_plano_saude/Apela%C3%A7%C3%A3o3646151-MG.htm> Acesso em 05/10/2015.

fica mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. Recurso não provido. (grifos nossos)⁸

Inclusive existem decisões que tratam a respeito de medidas de urgência que são negadas pelos planos de saúde, como na ementa da decisão que segue, na qual o plano de saúde foi condenado para, em 48 horas disponibilizar os materiais necessários para a realização do procedimento, sob pena de multa diária:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. CDC. MATERIAL DISPONIBILIZADO PARA CIRURGIA EM DESACORDO COM A REQUISIÇÃO MÉDICA. MULTA DIÁRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. (grifos nossos).⁹

Outra questão bem recorrente quando se fala em contratos de plano de saúde é a rescisão unilateral imotivada por parte do plano de saúde, atitude esta que é vedada pela lei nº 9.656/98, em seu artigo 13, parágrafo único, II. Situação esta que muitas vezes é concomitante com o fato de os contratantes terem contratado o serviço quando mais novos e na ocasião estão com a idade avançada e necessitam de maiores cuidados e, conseqüentemente geram mais gastos para o plano de saúde.

Dessa maneira, não é mais vantajoso para o plano de saúde manter um contrato no qual o preço pago não mais cobre as despesas geradas. Ocorre que, as decisões têm sido no sentido de determinar a manutenção do contrato nos moldes inicialmente pactuados, como se vê:

PLANO DE SAÚDE Coletivo Resilição unilateral e imotivada Impossibilidade Vedação inscrita no art. 13, par. ún., II, da Lei nº 9.656/98 que também se projeta sobre os contratos coletivos empresariais de plano e/ou de seguro saúde **Necessidade de se maximizar a eficácia protetiva dos consumidores que atuam por intermédio do sindicato estipulante **Função social** desses ajustes, de natureza existencial, que alça espectro diferenciado **Prevalência da boa-fé objetiva e do necessário equilíbrio** **Abuso da cláusula autorizante Precedentes desta Corte Observância dos princípios norteadores do Estatuto do Idoso** **Manutenção do plano de saúde do autor nos mesmos termos do contrato originário** Recurso desprovido. (grifos nossos).**¹⁰

⁸ TJ-SP - APL: 02051087120108260100 SP 0205108-71.2010.8.26.0100, Relator: Fábio Quadros, Data de Julgamento: 26/02/2015, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/03/2015. Inteiro teor disponível em <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_02051087120108260100_da5f0.pdf?Signature=GQx4pbE87TrML89vMq6%2FZc1ajF8%3D&Expires=1444095429&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=49e2a72c91e53073703cdf161224dcfb> Acesso em 05/10/2015.

⁹ TJ-BA - AI: 00166514420138050000 BA 0016651-44.2013.8.05.0000, Relator: Sara Silva de Brito, Data de Julgamento: 18/11/2013, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 26/11/2013. Inteiro teor disponível em <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-BA/attachments/TJ-BA_AI_00166514420138050000_dba4c.pdf?Signature=g6YA9qyQLBi4j%2FpgHwrOLTt1IM%3D&Expires=1444095738&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=5c22dcf46a50fad5f300fcf991792a48> Acesso em 05/10/2015.

¹⁰ TJ-SP, Relator: Ferreira da Cruz, Data de Julgamento: 04/03/2015, 5ª Câmara de Direito Privado. Inteiro teor disponível em <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_10021734120148260405_2d567.pdf?Signature=dvsTgnK3115uDtaaQ7XGgz9X%2BdQ%3D&Expires=14>

Também é relevante mencionar que o fato de os tribunais manterem as decisões proferidas pelos juízes explicita o acerto na fundamentação de suas decisões. Assim, mais uma vez demonstrada a necessidade de atuação dos juízes na subsunção das cláusulas gerais ao caso concreto.

Ademais, por se tratar o direito à saúde de um direito fundamental social constitucionalmente protegido, as decisões proferidas que garantam o acesso a tais direitos, acabam por gerar segurança jurídica para a coletividade. Buscando, dessa maneira, atingir a igualdade de decisões e a eficácia externa da função social dos contratos firmados nessa seara entre particulares.

Portanto, o que se buscou aqui demonstrar é a necessidade de que a norma da função social do contrato que possui caráter de cláusula geral seja interpretada pelos juízes e tribunais em conformidade com os preceitos constitucionais estabelecidos para que dessa maneira os direitos relativos à saúde sejam preservados.

Conclusão

Concluiu-se no sentido do posicionamento que considera a função social como um princípio já existente antes mesmo do surgimento do CC/02, sendo positivado com cláusula geral, a qual necessita da atividade jurisdicional para sua aplicabilidade.

Assim, tanto no âmbito da eficácia interna, quanto da externa, o objetivo da função social do contrato é resguardar os direitos constitucionalmente garantidos, como àqueles referentes à ordem econômica, a dignidade da pessoa humana, mais especificamente abordado o direito à saúde.

Considerando-se a ausência de sanção quanto ao descumprimento da função social do contrato, concluiu-se pela aplicação no caso concreto as disposições consagradas nos artigos 171 a 184 do CC/02 referentes à anulabilidade do negócio jurídico quando seus efeitos forem sanáveis e somente atingirem as partes contratantes e a observância do disposto nos artigos 186 a 170 do CC/02 de nulidade caso os efeitos interfiram na esfera coletiva ou de terceiros.

Nesse sentido buscou-se demonstrar como devem atuar os juízes diante da aplicação de uma norma com característica de cláusula geral, como é a função social, sendo que sua atuação deve ser em respeito aos princípios e normas constitucionais vigentes. Sem, de maneira alguma, sua decisão afrontar algum preceito da CF/88.

Referências:

FERREIRA, Gustavo Pinto Zardi. **A função social do contrato**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2013.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saravia, 2007.

PEDROSO, Têmis Chenso da Silva Rabelo. **Boa-fé e Função Social do Contrato: uma leitura hermenêutica constitucional**. 2006. Dissertação (Mestrado em direito Negocial), Londrina.