

OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE NO PARADIGMA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO: a inserção de cláusula escalonada de negociação seguida de mediação

Flávia Guimarães Campos Paulino da Costa*
Adriano da Silva Ribeiro**

RESUMO

A observância e o respeito aos princípios constitucionais na esfera contratual vêm como imposição do Estado Democrático de Direito. No entanto, o princípio da autonomia privada, em específico, é relativizado em contratos de adesão, como é o caso dos contratos de planos de saúde, uma vez que não cabe ao contratante discutir ou alterar o conteúdo do contrato. Assim, buscar-se-á, utilizando-se do método dedutivo, com base na pesquisa bibliográfica e doutrinária, no exame dos textos constitucionais e legais, demonstrar que a previsão estratégica de cláusula escalonada em que se associe a obrigatoriedade de sessão de negociação — e caso não seja produtiva, evolui-se para a mediação nos contratos de planos de saúde — pode suprir o déficit deliberativo nesses tipos de contratos, privilegiando os meios adequados de solução de controvérsias como alternativa ao sistema judiciário.

Palavras-chave: Contratos de adesão. Planos de saúde. Cláusula escalonada. Meios adequados de solução de controvérsias. Desjudicialização.

1 INTRODUÇÃO

* Mestranda em Instituições Sociais, Direito e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC.

** Pós-Doutorando em Direito PPGD/FUMEC.

Pós-Doutor em Direito e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Servidor Público do TJMG.

Numa perspectiva de Direito Privado constitucionalizado, a autonomia privada, princípio base desse direito, que confere aos particulares o poder de autorregulação de suas relações para o alcance de seus interesses, não é absoluto, uma vez que existe uma interferência estatal no âmbito legal e constitucional na contemporaneidade.

A observância e o respeito aos princípios constitucionais na esfera contratual vêm como imposição do Estado Democrático de Direito. No entanto, o princípio da autonomia privada, em específico, é relativizado em contratos de adesão, como é o caso dos contratos de planos de saúde, uma vez que não cabe ao contratante discutir ou alterar o conteúdo do contrato.

A previsão estratégica de uma cláusula escalonada em que se associe a obrigatoriedade de uma sessão de negociação — e caso não seja produtiva, evolui-se para a mediação nos contratos de planos de saúde — pode suprir o déficit deliberativo nesses tipos de contratos, privilegiando os meios adequados de solução de controvérsias como alternativa ao sistema judiciário.

Para o desenvolvimento da pesquisa, o método utilizado será o dedutivo, com base na pesquisa bibliográfica e doutrinária, no exame dos textos constitucionais e legais.

Com a elaboração deste trabalho, espera-se contribuir para a compreensão a respeito da inclusão, de forma estratégica, de cláusula escalonada de negociação, seguida de mediação em contratos que envolvam planos de saúde, e para a mitigação parcial do déficit deliberativo existente nesses tipos de contratos, colaborando, dessa forma, para a desjudicialização.

2 DESENVOLVIMENTO

Neste tópico serão desenvolvidos os temas que concernem à constitucionalização do direito civil, bem como o paradigma contratual contemporâneo, os princípios contratuais e os fundamentos para a previsão estratégica de cláusula escalonada nos contratos de planos de saúde.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E O PARADIGMA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO

A Constituição da República de 1988 prestigiou a vida como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2021b). Esse princípio trouxe maior preservação do indivíduo, com reflexo em todo o sistema normativo.

Sendo o texto constitucional dotado de efeitos jurídicos, estes refletem no restante do ordenamento, em específico no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), que, na visão de Daniel Sarmento:

Apesar dos seus avanços em relação à vetusta codificação, fica ainda bem aquém da Constituição Federal no que concerne ao alicerçamento do Direito Privado sobre bases mais solidarísticas. Assim, até por razões hierárquicas, é evidente que a visão emergente da Constituição terá sempre absoluta primazia em relação àquela que deriva do Código. Portanto, é antes à Constituição que ao Código que deve o jurista recorrer para iluminar a exegese de preceitos de outros diplomas normativos privados (SARMENTO, 2003, p. 290).

No contexto do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), norma hierarquicamente inferior à Constituição da República e que deve cumprir seus preceitos, o princípio da dignidade da pessoa humana se tornou essencial, e especial atenção foi dada a ele, já que o país é um Estado Democrático de Direito.

Para Caio Mário da Silva Pereira,

[...] na hermenêutica do novo Código Civil, destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira 'constitucionalização' do Direito Privado (PEREIRA, 2017, p. 12).

No entanto, à luz da Constituição da República, a liberdade foi restringida, uma vez que devem ser observados os limites impostos e positivados da função social dos contratos (RAMOS; LEITE, 2019, p. 129).

O princípio da supremacia da ordem pública, decorrente do princípio da função social dos contratos, por sua vez, objetivou a proteção do polo hipossuficiente e visou à intervenção do Estado (limitação da autonomia privada) no que tange à resolução de conflitos de interesses advindos das relações contratuais (RAMOS; LEITE, 2019, p. 129). Assim, a ideia de ordem pública limitou a liberdade contratual no sentido de que o interesse da sociedade deve prevalecer quando colidir com o interesse individual (GONÇALVES, 2012).

Enquanto no princípio da autonomia privada, expressão do exercício da liberdade ajustada às prerrogativas subjetivas e tuteladas para a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, em seu exercício, não traduz a tipificação de um poder hegemônico, sobretudo, num Estado Democrático de Direitos, conhecido por ratificar a mitigação desse domínio, em razão dos postulados ajustados ao bem comum e aos valores sociais (COSTA NETO, 2018).

Sendo assim, mesmo que a autonomia privada seja considerada um princípio base do Direito Privado, que confere aos particulares o poder de autorregulação de suas relações para o alcance de seus interesses privados, não é mais possível reconhecê-la como um poder absoluto, alheio à interferência estatal, pois contemporaneamente impõem-se limites à sua realização, seja no âmbito legal ou constitucional (PIRES; ADOLFO, 2015).

No Código de 2002, a limitação da autonomia privada em função da visão da Constituição da República de 1988 ocorre quando a lei dispõe sobre critérios essenciais para a formação do negócio jurídico, em seu art. 104, prevendo que “a validade do negócio jurídico requer: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei” (BRASIL, 2002). Essa limitação também aconteceu nos art. 421 e 425 do mesmo Código Civil, quando se previu que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” e que “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas nesse Código” (BRASIL, 2002).

De volta à Constituição da República de 1988, o seu art. 5º, XXII, trouxe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” entre os direitos e garantias fundamentais, assim como, no art. 170, previu que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a dignidade conforme ditames da justiça social, observado, entre outros princípios, também o da defesa do consumidor (BRASIL, 2021b).

Nesse sentido, a autonomia privada sofre limitações que:

[...] nascem em razão do atendimento de interesses sociais e decorrem da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de forma indireta, ou seja, com a intermediação do legislador, que, no momento da criação da lei, deve efetuar a ponderação dos direitos fundamentais com os demais interesses em jogo, especialmente, no caso da autonomia privada, ou, ainda, a partir de princípios indeterminados, que abrem espaço para o Judiciário, por meio da interpretação constitucional, também fazer incidir os

direitos fundamentais nas relações privadas, de acordo com o caso concreto (PIRES; ADOLFO, 2015, p. 177).

Cabe salientar que, em um Estado Democrático de Direito, compete ao legislador a adequação do Direito Privado aos valores expressos na sua Constituição, em uma perspectiva de Direito Civil constitucionalizado e, sendo assim, somente de forma excepcional, ocorra aplicação direta das normas constitucionais em detrimento da lei civil.

4 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E OS CONTRATOS NA ATUALIDADE

Na atualidade, o uso dos contratos como instrumento jurídico está presente na sociedade, reforçando a importância da disciplina jurídica do Direito Obrigacional para além de circulação de riquezas, mas, também, para a implementação de valores fundamentais do ordenamento, tais como a solidariedade social, a igualdade substancial, a erradicação da pobreza e a promoção da dignidade da pessoa humana (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Há princípios constitucionais ligados, diretamente, aos contratos, tais como o princípio da função social, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual, que vêm como sustentação de uma visão contratual consentânea com a contemporaneidade, baseada na releitura de todo o Direito Civil à luz da Constituição.

O princípio da autonomia privada eleva-se como poder, faculdade e oportunidade que os particulares têm de regular, pelo exercício da vontade, a relação jurídica que instrumentaliza tal expressão, dada a legitimidade que lhe é atribuída pelo ordenamento (COSTA NETO, 2018).

De acordo com Janaína Reckziegel e Roni Edson Fabro (2015),

A autonomia privada, então, se constitui no gênero, enquanto que a autonomia da vontade pode ser a espécie, considerando a autonomia da vontade vinculada à vontade interna (psíquica) e à liberdade de atuação de cada pessoa, com a possibilidade de escolha do tipo de obrigação a que se pretende aderir, enquanto a autonomia privada, por sua vez, tem relação direta com a liberdade de contratação, ou seja, com a criação de normas para si (RECKZIEGEL; FABRO, 2015, p. 175).

Nesse sentido, Marcos Vinícius Magalhães Cecílio Ribeiro e Lislene Ledier Aylon (2019) entendem que a declaração da vontade se trata de elemento imprescindível para os negócios jurídicos e, desse modo, o princípio da autonomia

privada ou da vontade é o mais notável na principiologia contratual (RIBEIRO; AYLON, 2019, p. 367), já que interfere no vínculo entre as partes no sentido de criar leis próprias.

Esse instituto da autonomia privada, muitas vezes, é relativizado no ordenamento jurídico em alguns tipos de contratos, como no caso dos contratos de adesão, “cujas cláusulas são preestabelecidas de forma unilateral por uma das partes, sem que o outro contratante possa discutir ou alterar substancialmente o conteúdo da contratação, cabe a este a mera aceitação do que foi disposto ou a não contratação” (SIQUEIRA, 2022, p. 33).

Nesses tipos de contratos, como é o caso dos contratos de planos de saúde privados, no momento da contratação, em virtude de suas cláusulas não poderem ser discutidas, ou os consumidores as aceitam ou ficam sem o tão almejado plano.

Embora esses tipos de contratos sejam imprescindíveis no que tange ao consumo das sociedades frente aos negócios em massa, que, “em regra, são frutos de estipulações unilaterais dos fornecedores, que, pela própria conjuntura, não ensejam aos consumidores uma discussão individual das cláusulas” (THEODORO JÚNIOR, 2021, p. 289), eles trazem, em sua essência, a limitação da autonomia privada.

5 PREVISÃO ESTRATÉGICA DE CLÁUSULA ESCALONADA NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

O Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015a), a Lei de Mediação (BRASIL, 2015b), associada ao Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2007), e, enfim, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010) aperfeiçoaram as regras relativas à solução adequada de conflitos, por meio de métodos consensuais, que, reunidos, configuram o principal arcabouço jurídico do atual sistema brasileiro de resolução de conflitos.

Por último, a Recomendação nº 100, de 16 de junho de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, recomendou “o uso dos métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde” (BRASIL, 2021a).

Segundo Caroline Ferreira Lopes,

um dos princípios do CDC é estimular, por meio de métodos adequados de solução de conflitos, a resolução de litígios, uma vez que grande parte das relações de consumo exigem maior flexibilidade dos pactos celebrados com intuito de proporcionar uma real autonomia da vontade do contratante mais fraco, qual seja, o consumidor (LOPES, 2020, p. 5).

Levando-se em conta que não há qualquer vedação legal para o emprego de métodos adequados de solução de conflitos, como a negociação e a mediação, entende-se, estrategicamente, pela adoção do instituto de uma cláusula escalonada nos contratos de adesão que envolvam planos de saúde.

Esse tipo de cláusula, também chamada de cláusula combinada, refere-se a um sistema multiportas, em que se associam dois ou mais meios de solução de controvérsias, objetivando a construção de um mecanismo de solução de conflitos adequado a cada caso, respeitadas as peculiaridades (REIS, 2019).

Por meio da negociação, busca-se a solução do conflito por aqueles envolvidos na controvérsia, ou seja, não há a presença de um terceiro imparcial e independente. Recorre-se ao diálogo na tentativa de atender ao reclamo de uma parte em relação à outra (BRAGA NETO; SAMPAIO, 2011).

No que se refere à mediação, trata-se de um procedimento de resolução de conflitos no qual as partes, de forma voluntária, consensual e em conjunto, perquirem uma solução para dirimir um conflito amparado por terceiro, que age de forma neutra (COELHO; BONATO, 2018).

Em vista disso, nos contratos de adesão, como é o caso dos contratos de planos de saúde, tem-se a possibilidade da inserção do tipo de cláusula escalonada de negociação seguida de mediação, prevendo a obrigatoriedade da realização de uma sessão de negociação, e, se esta não for produtiva, evolui-se para a mediação antes de se recorrer ao sistema judiciário.

6 CONCLUSÃO

Existe uma limitação da autonomia privada no direito privado constitucionalizado e nos contratos de planos de saúde em específico, que, por serem de adesão, não permitem a discussão de suas cláusulas.

Tendo o Código de Processo Civil de 2015, a Lei de Mediação, o Código de Defesa do Consumidor e a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça trazido o uso dos métodos consensuais de solução de controvérsias, assim como a recente

Recomendação nº 100 do CNJ, recomendando o uso desses métodos em demandas que versem sobre o direito à saúde, a inclusão de forma estratégica de uma cláusula escalonada de negociação seguida de mediação em contratos que envolvam planos de saúde pode contribuir para mitigar parcialmente o déficit deliberativo existente nesses tipos de contratos, colaborando, assim, para a desjudicialização.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. *O que é mediação de conflitos?* São Paulo: Brasiliense, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 100, de 16 de junho de 2021*. Recomenda o uso de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde. Brasília, DF: CNJ, 2021a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3988>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990 e retificado em 10 jan. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de

conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 jun. 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

COELHO, Washington Souza; BONATO, Giovanni. A mediação no contexto atual: um caminho para o diálogo transdisciplinar. *Revista de formas consensuais de solução de conflitos*, [s. l.], v. 4, n. 1, p. 144-165, 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/4442/pdf>. Acesso em: 13 abr. 2022.

COSTA NETO, Moacyr da. A autonomia privada e a prevalência do negociado. *Revista Univap*, [s. l.], v. 24, n. 45, p. 61-69, 2018. Disponível em: <http://revista.univap.br/index.php/revistaunivap/article/view/2027>. Acesso em: 13 out. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*, v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Caroline Ferreira. *Cláusula arbitral nas relações de consumo: interpretação e aplicação*. 2020. Monografia – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_1897_1945.pdf. Acesso em: 13 abr. 2022.

NERY, Nelson Júnior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de Direito Civil: teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2, t. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5, t. 2. *E-book*.

PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)*, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 176-187, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5162299>. Acesso em: 13 abr. 2022.

RAMOS, Luís Felipe Nunes; LEITE, Glauber Salomão. Cláusulas abusivas nos contratos de adesão referentes a planos de saúde. *Caderno de graduação – humanas e sociais*, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 129, 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/facipehumanas/article/view/7757>. Acesso em: 13 out. 2021.

RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito Brasileira*, [s. l.], v. 8, n. 4, p.

161-177, 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2888>. Acesso em: 13 abr. 2022.

REIS, Yuri Brizon. A obrigatoriedade da cláusula escalonada Med/Arb. *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, Lisboa, ano 5, n. 3, p. 1.897-1.945, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_1897_1945.pdf. Acesso em: 13 abr. 2022.

RIBEIRO, Marcus Vinícius Magalhães Cecilio; AYLON, Lislene Ledier. O princípio da autonomia privada e seus contornos hodiernos. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 14, n. 1, p. 353-381, 2019. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/pdf>. Acesso em: 13 abr. 2022.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da constituição e a constitucionalização do Direito Privado. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/18337051.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2022.

SIQUEIRA, João Paulo Simões de. *O contrato por adesão como componente constitutivo da mercadorria na sociedade de consumo massificado*. 2016. 111 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal Rural de Pernambuco, Programa de Pós-Graduação em Consumo, Cotidiano e Desenvolvimento Social. Disponível em: <http://www.tede2.ufrpe.br:8080/tede/bitstream/tede2/7531/2/Joao%20Paulo%20Simoes%20de%20Siqueira.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.