

A Responsabilidade de Indenizar nas Situações de Perigo

CARLOS SILVEIRA NORONHA

Professor de Direito Civil e de Direito Processual Civil
na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1. Uma Idéia de Responsabilidade em Sentido Lato; 2. Prolegômenos e Evolução da Teoria Clássica; 3. A Teoria Objetiva em Tema de Responsabilidade Civil; 4. A Reparação do Dano nas Atividades Não Perigosas; 5. A Responsabilidade de Indenizar nas Atividades Perigosas; 6. A Relatividade da Reparação nas Atividades Nucleares; Bibliografia.

1. Uma Idéia de Responsabilidade em Sentido Lato

A faculdade ampla de liberdade do homem sem dúvida deita raízes nos mais recônditos estágios da anterioridade histórica. Mas se nos primitivos tempos desenhara-se limitadíssima, com inaptidão nem sequer para assegurar o fundamental direito à vida, não pode haver dúvidas de que com o evoluir das épocas e principalmente com o despertar de certos sentimentos místicos, religiosos, e de consciência filosófica, os direitos humanos passaram a experimentar uma lenta evolução que durante séculos se manifestou quase imperceptível, mas que, a partir de épocas mais próximas, tem apresentado crescente desenvolvimento. Testemunho deste passado próximo, quase contemporâneo, é a Declaração das Liberdades Públicas, que embora tenha seus primeiros raios de luz na idade Média com a Magna Carta de 1215 e em outras manifestações do direito inglês, só veio a efetivamente formalizar-se na França, com a então chamada "Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen", promulgada aos 27 de agosto de 1789. Deste marco histórico-formal, expandiu-se universalmente, passando para as Constituições modernas e culminando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela ONU, em 10-12-1948.

É certo que a faculdade ampla de liberdade do homem oportuniza-lhe os mais variados com-

portamentos no ambiente social em que vive, nos quais se refletem os resultados de sua racionalidade, de sua formação moral, intelectual, e até mesmo, de suas crenças ou descrenças quanto à vida espiritual. E como a responsabilidade, em sentido lato, tem fonte remota, primordialmente, em uma conduta contraveniente à ordem ética, à ordem social e à ordem jurídica, o comportamento defeituoso da pessoa acarretalhe, como reprimenda, um desconforto de natureza moral, uma desconsideração na escala social, ou um ônus no complexo da ordem jurídica.

Nesse amplo universo indimensionado que a lei natural oferece à liberdade humana, há que refletir acerca dos caminhos e descaminhos trilhados pelo homem, desde o nascimento até a morte, valorando a inumerável coorte de situações que o podem conduzir à felicidade ou ao infortúnio, para o bem ou para o mal, para o reto ou para o torto. Dai, a tese consagrada e sempre proclamada por antropólogos, sociólogos e filósofos de que a conduta retilínea do ser humano constitui venturosamente a regra na convivência terrena, ensejando-lhe uma situação de conforto e satisfação para si, de harmonia com o "alter" e de conformidade com os valores transcendentais que cultua e que compõem o leme direcional de uma existência digna.

Mas, por outro lado, o descaminho do indivíduo por caminhos tortuosos que a mesma liberdade ampla pode-lhe oferecer, abrindo-lhe as

portas mais largas e acessivas do erro, é capaz de lhe conduzir ao campo movediço da perplexidade, ao desajustamento comunitário e à reprobção em todas as ordens do convívio humano, como salienta Ripert em uma de suas obras tradicionais¹.

2. Prolegômenos e Evolução da Teoria Clássica

Faculdade de escolha do comportamento humano em face das contingências do viver gregário em uma determinada comunidade de indivíduos, a responsabilidade civil é corolário dessa convivência, naquilo que a espontaneidade da iniciativa pessoal de cada um venha a causar resultados danosos na esfera jurídica de outrem. E isso se opera mediante um proceder desatencioso ao dever geral de conduta traçado pelo ordenamento jurídico, quando se está diante da responsabilidade aquiliana ou extracontratual; ou se materializa pelo descumprimento do mandamento geral do "pacta sunt servanda", em desrespeito à convenção celebrada, quando se está diante da responsabilidade contratual. Há que se referir, nestes passos preambulares, que a responsabilidade civil é o resultado de um movimento pendular entre duas condutas: uma conduta obediente e uma conduta contraveniente à ordem jurídica², ou, ainda, representa ao mesmo tempo uma obrigação e uma garantia³.

A origem primeira da responsabilidade civil deve situar-se no mesmo patamar histórico da origem da Humanidade, nas suas primeiras manifestações de convivência social, respondendo naquele primevo estágio a um instinto de reação ao "tortum", sob a forma de repulsa animica, conatural a qualquer ser vivente agredido em sua integridade corporal, moral ou patrimonial, que nem sempre obedecia os mesmos limites da ofensa, mas os excedia. Aquele que causava um dano a outrem restava exposto à *vindicta* do ofendido, que era *vindicta* autorizada incondicionalmente pelo costume ou pelas regras de convivência do grupo, quando se caracterizava a justiça pelas próprias mãos⁴.

A fonte normativa histórica mais remota da responsabilidade civil parece estar no Código de Hammurabi, promulgado pelo rei da Babilônia do mesmo nome, aproximadamente 2.300 anos antes de Cristo, que prescrevia "olho por olho"

(§ 196), "osso por osso" (§ 197) e "dente por dente" (§ 200)⁵. Implantava-se o sistema de Talião. Mas aí já se desenhava uma limitação da reparação do dano, pois à pena privada aplicada ao ofensor pelo ofendido não mais era permitido exceder a ofensa.

Após o precedente babilônico, e com distanciamento de quase vinte séculos, surge em Roma, aproximadamente no ano 303 da fundação da cidade ou 450 a.C., a Lei das XII Tabuas⁶. A lei decenviral, como freqüentemente é chamada, que viveu cerca de um milhar de anos, desde a República até Justiniano, prescrevia formas de reparação do dano semelhantes às que se continham no edito de Hammurabi.

Mas o direito romano, em razão mesmo de uma consciência jurídica mais inspirada para a época, já reduzia a repressão cruel do Talião em número e intensidade, segundo Girard (Manuel, p. 392), com base na Lei das XII Tabuas, antes mesmo do advento da Lei Aquilia, passando a punir com maior timidez ou benevolência apenas alguns casos de ofensas físicas à pessoa da vítima. Dentre tais, a ruptura de um membro "membrum ruptum", a fratura de osso "fractum ossum", bem como a "iniuria", ou ofensas comuns, que eram punidas como violências leves, bofetadas, golpes, etc. (Girard, p. 419). Não se encontra, destarte, na lei decenviral, um princípio geral determinante da responsabilidade, senão a cogitação de casos concretos⁷.

Em data pouco precisa, mas aproximadamente no ano 285 a.C., surge em Roma a "Lex Aquilia", atribuída a um tribuno da plebe chamado Aquilius⁸. Essa lei operou transformações no terreno da responsabilidade civil, pois a partir do seu advento, passa a esboçar-se em Roma a idéia de *culpa*, como elemento componente no processo de aferição da indenizabilidade do evento danoso, dando-se, em consequência, os primeiros passos em prol da construção da teoria subjetiva, quando a pena privada perde o caráter de *punição* e toma corpo a idéia de *reparação*. E mais, começa-se a delinear o discrimine entre responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual e, de igual modo, inicia-se o destaque entre responsabilidade civil e penal, que no âmbito da lei decenviral situavam-se no mesmo plano⁹.

Conquanto se levantem certas vozes de autoridade contra a presença do elemento subjetivo

vo na "Lex Aquilia"¹⁰, a tese afirmativa, que conta também com tratadistas de tomo, é a que tem melhor acolhida.

Destarte, a idéia de *culpa aquiliana*, trazida com a lei que leva o nome do tribuno da plebe chamado Aquilius, em aproximadamente 285 a.C., só surgiu no sistema romano entre meados e fins da República, podendo-se identificá-la no vocábulo "iniuria" contido em texto de Gaio, inscrito no Comentário III de suas Institutas, com a seguinte redação original. "Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla allia lege damnum quod sine iniuria datur, reprehnditur; itaque in punitus est qui sine culpa et dolo malo, casu quodam damnum committit"¹¹. A expressão "iniuria" inserta no texto do juriconsulto romano clássico, é interpretada por Mazeaud como *sinônima de culpa*¹². No mesmo sentido a manifestação de Ulpiano: "In lege Aquilia levissima culpa venit".

A teoria da responsabilidade subjetiva, como se referiu acima, passou a ser adotada no sistema romano com o advento da Lei Aquilia, de maneira casuística, sem uma regra geral que a definisse satisfatoriamente, sistema que se prolongou por toda a Idade Média, modernamente, na doutrina francesa, com as obras de Domat e Pothier, na segunda metade do século XVIII¹³. E em França, essa doutrina consolidou-se com seu ingresso no Código Napoleão de 1803, que contém normas gerais sobre o tema nos artigos 1382 a 1384 e regras particulares sobre casos específicos, com extensa enumeração casuística, nos artigos 1385 e 1386¹⁴. Do estatuto napoleônico, a *teoria da culpa* espalhou-se pelas legislações ligadas à chamada família "Civil law", influenciando sobre o direito europeu-continental.

O nosso Código Civil, editado em 1916, a par de sofrer o influxo da doutrina positivista que dominava o mundo das idéias filosóficas, notadamente nas Escolas do Recife e de São Paulo e ainda influenciado pelos ideais liberais que na época estavam presentes na consciência de homens de ciência e políticos, adota como regra geral para a reparação de danos, a teoria da culpa, como deflui da própria redação do artigo 159. Esta é a *culpa aquiliana* a que Limongi França prefere chamar *responsabilidade aquiliana*, que é definida por Coelho da Rocha como "a omissão indeliberada da diligência devida", ou, como ensina Savatier: "culpa é a violação

(intensional ou não) de um dever que o agente tinha possibilidade de conhecer e observar"¹⁵.

3. A Teoria Objetiva em Tema de Responsabilidade Civil

Com os estudos aprofundados de Binding, na doutrina alemã, em fins do século que passou, a respeito da projeção dos influxos da responsabilidade penal sobre a responsabilidade civil, com referência ao Código prussiano de 1794 e ao Código Austriaco de 1811, são aludidos casos de reparação civil incidente sobre atos não caracterizados como delitos criminais, por ausência de culpa, qualificando-se o dano deles decorrente como uma *realidade objetiva*.

A doutrina alemã enriqueceu-se com outros adeptos, dentre os quais Larenz e Enneccerus, surgindo também, no mesmo sentido, o acolhimento da doutrina italiana.

Tal pensamento doutrinário, todavia, só veio tomar corpo no início deste século com as obras de Saleilles e Jossierand, partindo mesmo da interpretação do artigo 1382 do Código Napoleão, no qual esses autores tomam o vocábulo "culpa" com o significado de "causa", para concluir que o ressarcimento independe de culpa¹⁶. E assim começaram a desempenhar-se os Tribunais franceses, interpretando a regra codificada em consonância com a nova realidade que se desenhava. É nesse sentido a observação de Carbonnier de que o prodigioso desenvolvimento da jurisprudência faz nascer nesse campo um gênero literário novo, expresso nos diferentes tratados especializados sobre responsabilidade civil¹⁷.

Essas transformações do enfoque doutrinário e jurisprudencial acerca da responsabilidade civil tem suas causas atuais e ganharam corpo na evolução social, econômica e tecnológica que começou em fins do século passado e se acelerou no segundo quartel deste, especialmente a partir do término do último conflito mundial. É que as descobertas científicas, o crescente desenvolvimento tecnológico e os novos inventos industriais, aliados a uma elevada densidade demográfica nos pólos de concentração urbana, aumentaram o número de acidentes ocorridos. A diminuição dos espaços destinados ao ir e vir de cada um, determinado pelo surto demográfico, não raro desordenado, a substituição do tra-

balho artesanal pelo trabalho maquinizado, o contato cotidiano do indivíduo com artefatos sofisticados e de manuseio de alto risco, todos esses elementos e fatores tornaram a vida do homem cercada de situações perigosas, das quais nem sempre consegue esquivar-se por suas próprias forças ou com sua inteligência, seu preparo e suas cautelas.

Por isso, para uma grande cópia de atos danosos tornou-se insuficiente o sistema da responsabilidade civil clássica, calcada na culpa, segundo a qual, para a caracterização do dano ressarcível são exigidos os elementos da ação ou omissão do agente, da antijurisdicidade do evento, da culpabilidade do autor, do nexo causal entre o fato e o resultado e, ainda, em alguns casos, a não concorrência de culpa da vítima.

A teoria objetiva despreza o individualismo e o liberalismo da teoria clássica. A primeira é uma teoria que se posta mais próxima e que convive com a realidade vivida pela pessoa humana, eis que "a teoria objetiva é uma teoria social que considera o homem como fazendo parte de uma coletividade e que o trata como uma atividade em confronto com as individualidades que o cercam"¹⁸. Em suma, enquanto a responsabilidade subjetiva se esteia na culpa do agente, a responsabilidade objetiva se baseia no risco. E nesta, o pólo divisor encontra-se na própria natureza da atividade executada pelo agente, cuja distinção se opera no sentido de ser ou não de caráter perigoso o obrar do agente, o que se verifica em face da sua natureza ou pelos meios empregados para obter o resultado¹⁹.

4. A Reparação do Dano nas Atividades Não Perigosas

Em primeiro plano, para melhor abordagem do assunto, há que se convir que o problema do perigo ou a sua ausência na atividade humana comporta dois ângulos de visão distintos: a responsabilidade civil nas atividades não perigosas e naquelas que oferecem perigo. Há que se observar ainda um terceiro plano na aferição das situações de perigo, representado pelas atividades nucleares, de grande risco ou de perigo exacerbado²⁰.

É preciso notar-se, também, que o vocábulo "perigo" sugere desde logo a probabilidade de

ocorrência de um evento temido, pelo dano que possa a vítima do evento perigoso vir a sofrer.

As atividades não perigosas, já por princípio de lógica pura, devem constituir o grande universo do obrar humano, indimensionado e também indimensionável, pois são a regra, devido ao sentido residual que apresentam, em contraste com as atividades perigosas, que são ou deveriam ser a exceção. E o primeiro exemplo que daquelas se pode indicar, é a situação do bom pai de família e da zelosa dona de casa, que exercitam as melhores de suas aptidões pessoais para trazer a segurança, a tranquilidade, a união e a boa educação da prole.

Mas, não obstante o imenso universo que se possa lobrigar em termos de atividades não perigosas ou atividades comuns do homem normal, sabe-se que a evolução quase meteórica da sociedade moderna vem impondo muitos obstáculos à vida normal e, conseqüentemente, reduzindo o grande contingente de normalidade que desfrutava a sociedade em tempos não distantes. E ainda que o analista se abstivesse de considerar as altas situações de perigo criadas pela introdução na sociedade de eventos científicos e tecnológicos sofisticados e de operatividade perigosa, há que se levar em conta que a densificação dos módulos populacionais urbanos, a diminuição dos espaços físicos para o indivíduo atuar e exercitar o seu ir e vir habitual, vêm, todos, naturalmente e, às vezes, imperceptivelmente, criando situações de perigo, de que anteriormente não se oferecia campo próprio, nem se tinha oportunidade para cogitar.

Criam-se novas fontes de perigo para o homem, aumentando em disparada quase loquaz os riscos à sua existência e exigindo cada vez mais requintados ou sofisticados esquemas de segurança pessoal ou grupal. São as vicissitudes da vida moderna de que nos fala Savatier em suas "Métamorphoses"²¹.

A distinção entre os três campos não é fácil e nem se pode alimentar a pretensão de fazê-la extreme de rotoques. O discrimine, para que se efetue com maior precisão, há que se situar no elemento "perigo", o qual pode estar presente em razão da própria natureza da atividade ou pode surgir através dos meios empregados pelo agente. Destarte, a atividade seria perigosa ou não, oferecendo, na primeira hipótese, riscos acentuados à integridade ou à vida da vítima,

consoante contenha perigo em sua própria substância ou o ofereça através dos meios materiais utilizados.

De igual modo penosa é identificação material das atividades não perigosas e das portadoras de perigo ou "carregadas de perigo" na expressão da doutrina (Savatier). As últimas podem assim ser definidas pela própria lei especial que as cria, se assim não for, pela análise técnica realizada por especialistas, ou, ainda, pelo senso comum do contingente social que com elas tenha convívio mais próximo. As não perigosas, porque formam o grande universo da convivência normal e cotidiana, podem ser identificadas por critério residual ou de exclusão, mas desde logo, não se pode negar estar ausente o perigo, ou ser menos provável nas atividades que têm por objeto a prestação de serviços técnicos de assessoria, de consultoria, de auditoria, de agenciamento, de turismo e outras do mesmo gênero.

Por compreenderem a mais substancial parcela do universo das atividades humanas, reunindo desde os labores domésticos até as mais variadas formas de lazer, de serviços e de produção, os instrumentos para a aferição da responsabilidade civil nas atividades não perigosas não de estribar-se nos modelos jurídicos de natureza romano-continental, de que é paradigma o Código Civil francês de 1803.

Em razão disso, para que a vítima de um evento qualquer tenha em seu favor o dever de reparar do ofensor, deve haver a conjugação de, no mínimo três elementos, tais como: a) uma ação, b) um dano; e c) um vínculo ou nexo causal entre os dois primeiros. Mas, em determinadas hipóteses, torna-se necessária ainda a presença de um quarto elemento: a culpa do agente²².

Por fim, como excludentes da responsabilidade de indenizar nas atividades não perigosas, no direito pátrio, situam-se a) o caso fortuito ou força maior (C. Civil, art. 1058 e parágrafo); a legítima defesa (C. Civil, arts. 160 e 1540; Cód. Penal, art. 21); c) estado de necessidade para remover perigo iminente (C. Civil, arts. 160, II, 1519 e 1520); d) exercício regular de um direito reconhecido, com a limitação do abuso de direito (C. Civil, art. 160, I e Projeto art. 187); e) desforço pessoal ou possessório (C. Civil, art. 502);

e f) concorrência de culpa ou culpa exclusiva da vítima.

5. A Responsabilidade de Indenizar nas Atividades Perigosas

Passa-se a cuidar agora especificamente da responsabilidade civil nas atividades perigosas. Como se viu acima, no estudo das atividades não perigosas, o perigo está presente, senão na maioria, mas em grande contingente das atividades humanas, em virtude da complexidade da vida que se agrava à medida em que novos engenhos, utilidades e instrumentos operativos são oferecidos à chamada "sociedade de consumo".

Atividades perigosas, são as "carregadas de perigo", como as define Savatier, usando o consagrado autor a expressão tautológica, como figura de reforço semântico, com o objetivo de sensibilizar o leitor para o amplo espectro que se abre para a Humanidade por esse tipo de atividade. São elas contemporâneas, e mais que isso, têm o seu desenvolvimento ligado ao surto de progresso que a partir do fim do século passado e início deste vem experimentando a sociedade moderna, podendo-se identificar o seu surgimento com o advento da Revolução Industrial.

É sabido que dentre as atividades exercidas pelo homem, há as que oferecem acentuado grau de perigo à saúde, à integridade física e à vida, enquanto outras não apresentam esses riscos, como as que tem por objeto a prestação de serviços técnicos ou administrativos de assessoria, de consultoria, de auditoria, de agenciamento, de turismo e outros. Como se viu acima, a identificação das atividades portadoras de perigo podem ser definidas em lei, mas se não o forem, poderão sê-las por meio de análise técnica de especialistas, ou pelo senso prático comum do conglomerado humano que com elas tenha estreito e cotidiano convívio. De qualquer maneira, são evidentemente perigosas as atividades das indústrias de explosivos, as de substâncias tóxicas, as de fabrico de armamentos, as de produção de energia elétrica, as que se dedicam ao transporte aéreo, marítimo, ferroviário e rodoviário, etc.

Tais atividades perigosas têm despertado o interesse do Direito, devido à sucessão de aci-

dentes com morte, lesões graves e danos de toda sorte, de modo que a doutrina e a jurisprudência passaram a engendrar novas bases de sustentação da responsabilidade civil, já que o dogma da culpa vinha ensejando dificuldades quanto à prova dos fatos, não oferecendo garantia de reparação dos danos causados e deixando ao desamparo dolorosas situações concretas. Reclamava-se nova construção teórica em que se prescindisse do elemento culposo que devia ser absorvido pela relação causal, assumindo a responsabilidade civil caracteres práticos e objetivos sob o fundamento de que aquele que aúfere lucro com a atividade ou dela tira proveito, assume o risco que da mesma decorre, devendo, por questão de equidade e de justiça distributiva, suportar os ônus correspondentes²³.

Passou-se, deste modo, de uma visão individualista para uma ótica social da responsabilidade civil, superando-se a teoria da culpa presumida, válida para o fato de outrem, e desaguando-se na teoria do risco, mediante o entendimento de que quem "empreende atividade permitida que pode criar ou manter uma fonte de perigo para outros, fica sujeito a uma responsabilidade especial e responde pelo risco"²⁴. Com a construção da teoria do risco, passou-se, no estudo da responsabilidade, de um ato ilícito para um ato lícito, mas gerador de perigo.

No dizer de Ennecerus, verificou-se que um certo número de "atividades particularmente perigosas", embora legítimas, traziam em si riscos próprios, ocasionando danos com frequência, daí porque se deveria sujeitar os seus titulares à responsabilidade "pela simples criação e pela introdução de coisas perigosas na sociedade"²⁵.

A legislação, seguindo a doutrina particularmente e repetidas manifestações dos Tribunais, quanto ao aspecto patrimonial, a partir desse marco temporal, passou a acolher a nova teoria. Assim o Código italiano (art. 2050), o mexicano (art. 1913), o português (art. 493º, nº 2), dentre outros na legislação estrangeira. No Brasil, o nosso Código Civil trata assistemáticamente da matéria, cuidando da responsabilidade extracontratual no art. 159. No Livro relativo ao "Direito das obrigações", trata das "Obrigações por atos ilícitos" nos artigos 1518 a 1532, cuida da "Liquidação das obrigações" nos artigos 1533 a 1553. Em termos de legislação especial, a pri-

meira lei pátria a ocupar-se da responsabilidade objetiva foi a Lei das Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681), de 07-12-1912. Após surgiram as Leis de Acidentes do Trabalho (Decreto-lei nº 7.036, de 10-11-1944), e posteriormente a atual Lei nº 6.367, de 19-10-1976; o Código Brasileiro do Ar (Decreto-lei nº 32, de 18-11-1966); Lei da Intervenção e Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras (Lei nº 6.024, de 13-3-1974); Lei da Intervenção e Liquidação Extrajudicial das Seguradoras (Decreto-lei nº 73/66); bem, como os artigos 1519 e 1520, parágrafo único, e artigo 1529 do Código Civil; e muitas outras. Da Lei sobre a Responsabilidade Civil e Criminal por danos nucleares (Lei nº 6.453, de 17-10-1977) nos ocuparemos adiante.

Os Tribunais brasileiros registram muitos casos de acolhimento da teoria objetiva ou do risco, sendo os mais freqüentes os pertinentes ao transporte ferroviário, cuja lei acima referida admite a culpa presumida das Estradas de Ferro, com base nos artigos 1º e 17. Na já dura-doura aplicação desse diploma legal, o Supremo Tribunal Federal tem repetidas vezes se pronunciado a respeito da responsabilidade objetiva das Estradas de Ferro, determinando a indenização da vítima independentemente de aferição de culpa. Em Acórdão da lavra do eminente Ministro Thompson Flores, o STF assim se manifestou: "Quando se enfrenta acidente de que é vítima passageiro de trem, reconhece-se, indistintamente, a culpa presumida da empresa responsável, ainda que esta tenha admitido o passageiro como "pingente", circunstância que não a subtrai de qualquer parcela de responsabilidade, porque prepondera "aquela presunção que inteiramente absorve, ainda que provada, a culpa concorrente da vítima, pois despe-se esta de mínima influência na relação obrigacional construída pelo contrato de adesão, em face do responsável"...". Não se verifica concorrência de culpa em acidente verificado em ferrovia, porque a lei estabelece presunção de culpa da estrada de ferro" (Recurso Extraordinário nº 59.966-GB, julgado em 11-4-1969, Relator Ministro Thompson Flores, in RTJ 55/429).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 105, III), o julgamento dessa matéria passou para a competência do Superior Tribunal de Justiça. E este sobre o assunto também já se manifestou, confirmando a anterior juris-

prudência do STF, como se pode ver pelo seguinte Acórdão: "Ementa: Recurso Especial. Responsabilidade do Transportador. Dissídio. Recurso Parcialmente Conhecido Mas Improvido".

"A culpa do transportador é presumida, a ele cabendo o ônus de provar sua isenção da responsabilidade por força de vício da mercadoria, caso fortuito ou força maior" (Recurso Especial nº 19.092-o-PR, julgamento em 30-6-92, Relator Ministro Carlos Santos, in Revista do Superior Tribunal de Justiça, nº 45, pp. 296-297).

Há, ainda, razoável casuística da jurisprudência nacional sobre o assunto. Em acórdão de 03-5-83, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 2ª Câmara, tendo por Relator o Des. João del Nero, condenou o dono de cão "Doberman" a indenizar a vítima do animal, sob o fundamento da "responsabilidade pelo risco assumido" porque o mesmo "é reconhecidamente perigoso" (Acórdão da 2ª Câmara, no julgamento da Apelação nº 31.161.1, em data de 03-5-83, in RT 589/109).

O Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por sua 6ª Câmara, condenou ao pagamento de indenização por morte de "pingente" que se pendurara no trem em movimento, sob o fundamento de que "Tratando-se de responsabilidade civil por transporte de passageiro, sequer é necessária a indagação sobre culpa, dado o caráter objetivo instituído pela Lei nº 2.681/12, não revogada pelo Código Civil" (Acórdão da 6ª Câmara, Apelação nº 309.665, Relator Juiz Jorge Almeida, em julgamento de 12-4-83, in RT 579/138).

Por fim, ainda o Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando apelação que tinha por objeto incêndio na Vila Socó, em Cubatão, desencadeado por rompimento de dutos de combustíveis, condenou a apelante ao pagamento da indenização pleiteada pela vítima, sob os fundamentos de que "quem exerce atividade perigosa e coloca terceiros em risco, tem obrigação de tomar as providências necessárias à manutenção da margem de segurança necessária para que a incolumidade alheia não seja atingida" (in Revista dos Tribunais, vol. 604, pp. 50-51).

6. A Relatividade da Reparação nas Atividades Nucleares

A história das atividades nucleares no Brasil é bem recente, pois só a partir de meados do século que ora está por findar-se, é que a preocupação com esse novo engenho da tecnologia contemporânea tomou corpo, fixando-se sua fonte normativa com a edição da Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977. Porém, há na evolução dos estudos filosóficos, científicos e tecnológicos da humanidade algumas preocupações concretas a respeito de fenômenos que dizem respeito à radioatividade.

Com efeito, já na antiga Grécia, com Demócrito (460-370 a.C.), tem-se a enunciação do princípio de que as coisas da natureza são compostas de partículas diminutas, a que o filósofo da antiguidade clássica chamou "átomos", significando aquelas "que se não podem dividir". Culminaram os estudos, modernamente, com a pesquisa de Lise Meitner, que veio à luz em 1939 e a partir daí, tornou-se realidade a utilização do átomo para diferentes objetivos, entre os quais se incluem os pacíficos, hoje tão decantados por alguns políticos, cientistas e sociólogos, quanto temidos por expressivos contingentes da população leiga, que ainda não tem convicção dos seus resultados.

O Direito nuclear, ou Direito atômico, como também costuma ser chamado, é direito novo, cujas características obedecem a determinados princípios e regras que destoam das pertinentes ao direito comum, operando-se a sua recepção no campo da ciência jurídica sob o pálio de um aproveitamento pacífico, porém cercado de muitas cautelas, diante do imensurável espectro que a atividade que lhe constitui o objeto, pelas suas emanções radioativas, pode causar ao homem, à fauna e à natureza em geral.

Regulam-no, de modo geral, as convenções e tratados internacionais, liderados e firmados pelos países com maior potencial nesse formidável campo de aparato tecnológico, eis que seus efeitos podem projetar-se a espaços "desmesuradamente aumentados e a tempo extremamente distendido", transcendendo com incontrolá-

vel campo de ação às fronteiras territoriais. Na órbita transnacional as atividades nucleares encontram-se reguladas primordialmente pela Convenção de Paris, de 12-7-1960 que expendeu extensa regulamentação da matéria, e pela Convenção de Viena, de 19-5-1963, que é mais concisa.

Esse novo ramo da ciência jurídica é definido pela doutrina como "o conjunto de princípios e normas que regem as atividades relacionadas à utilização da energia nuclear com fins pacíficos"²⁷.

Em tema de responsabilidade civil, as convenções e legislações alienígenas vêm abandonando o dogma da culpa, devido a alta periculosidade, que a atividade apresenta em todas as suas nuances. Por isso, procuram propugnar por uma evolução da teoria objetiva ou da teoria do risco, construindo um regime especial de responsabilidade civil que tem como vector o "risco nuclear". Cuida-se de sistema nascido e desenvolvido a partir dos anos 50, sob a ótica de uma utilização pacífica do átomo, com a denominação de "teoria do risco nuclear". Está concebida com base na idéia de socialização dos riscos, onde se desenha uma intensa participação do Estado na reparação do dano e colocando-se a vítima como centro de tais preocupações²⁸.

A regulamentação jurídica do setor, no âmbito interno, está na lei nacional (Lei nº 6.453/77) que define uma "responsabilidade civil por danos nucleares" (artigos 4º a 18), bem como uma "responsabilidade criminal" (artigos 19 a 27), procurando adaptar-se às idéias dominantes sobre responsabilidade civil no setor, fundada, a primeira, na já mencionada "teoria da socialização dos riscos", em que se destaca a participação do Estado. A parte administrativa encontra-se vinculada ao Ministério das Minas e Energia, que distribui as atividades do setor entre três entidades: a) a Comissão Nacional de Energia Nuclear; b) a NUCLEBRÁS — Empresas Nucleares Brasileiras SA; e c) a ELETROBRÁS — Centrais Elétricas Brasileiras SA.²⁹

Começa a lei brasileira por definir o que seja "operador" (artigo 1º, I); "combustível nuclear" (artigo 1º, II); "produtos ou rejeitos radioativos" (artigo 1º, III); "material nuclear" (artigo 1º, IV); "reator nuclear" (artigo 1º, V); "instalação nuclear" (artigo 1º, VI); "dano nuclear" (artigo 1º,

VII); "acidente nuclear" (artigo 1º, VIII); e, finalmente, "radiação ionizante" (artigo 1º, IX).

Quanto à legitimação passiva para a formação do processo indenizatório na responsabilidade civil nuclear, dispõe a lei (artigo 4º) que a obrigação de indenizar compete exclusivamente ao operador da instalação nuclear, razão porque figura este como réu no processo.

Tendo em vista que a responsabilidade civil nuclear encarna uma categoria especial de responsabilidade civil, que se distingue não só da responsabilidade civil comum, como também da responsabilidade civil objetiva ou pelo risco, são também distintos os seus pressupostos. E diante de tais peculiaridades, apresenta-se esse tipo de responsabilidade civil, como "responsabilidade agravada", com o escopo confessado e manifestado em todas as sedes doutrinárias de oferecer maior proteção à vítima, razão porque os seus pressupostos ficam reduzidos a apenas dois: a) o exercício de atividade em que se produz acidente nuclear; b) a existência efetiva de dano nuclear.

O nexo causal, elemento indispensável para aferir a pertinência do resultado com a ação ou omissão em todos os outros tipos de responsabilidade civil, inclusive na objetiva ou pelo risco, na responsabilidade por dano nuclear torna-se tênue, perde muito de sua essencialidade, sendo relegado à categoria de elemento contingente, nem sempre necessário, diante da evidência, do estrépido, da imediatez e do imensurável espectro do resultado. É que nesse campo específico da atividade nuclear, a ação do homem, ou o puro e simples fato do acidente involuntário, projeta tão maléficos e desconcertantes efeitos para a saúde e vida humana, para a fauna e para todos os setores do ambiente natural, de tal modo a tornar improvável tenha desde já a ordem jurídica a sedimentação de uma consciência maturada, em tema de eleição de pressupostos definitivos para a aferição de resultados tão surpreendentes. Aliás, há que se convir que no campo da investigação jurídica, nem sempre satisfaz plenamente o caminho pelo método lógico-dedutivo, mas é preciso conjugá-lo com o experimental, pois neste estão presentes as circunstâncias de tempo e espaço.

Diante do amplo espectro de que se reveste a atividade atômica e da qual já tanto se falou,

tendem a militar em sentido inverso as causas excludentes de tal tipo de responsabilidade. Colimam as convenções internacionais e a lei interna (Lei nº 6.453/77) estabelecer certo equilíbrio entre a amplitude indimensionada do evento danoso e a obrigação de indenizar do ofensor. Esta encontra-se tarifada na lei pátria (artigo 9º), pelo teto máximo de 1.500.000 ORTNs, ou pelo índice monetário equivalente atual.

Dessa equação, poderá resultar residuo a ser rateado entre os credores ou vítimas do evento (art. 10), não se podendo descartar, ao nosso ver, a obrigação residual e direta do poder público, em termos de responsabilidade civil do Estado, de ressarcir a parcela de danos não satisfeita no rateio, bem como, indiretamente, a responsabilidade política da entidade estatal, da prestação de seus serviços assistenciais. Aliás, essa responsabilidade, que é subsidiária, desponta clara no artigo 14 da lei especial. Saliente-se que o seguro instituído pela lei nacional (artigo 13) poderá também não cobrir todo o valor da reparação econômica, pois seu teto deve obedecer aos limites estabelecidos no artigo 9º do mesmo diploma legal. Constata-se aí, em sua plenitude, o "princípio da socialização do risco", de que nos fala a doutrina, bem como em sentido inverso, a negação do princípio da responsabilidade civil ilimitada da teoria clássica, inscrito no art. 159 do nosso Código Civil.

Como se vê, as escusas à reparação do dano nuclear apresentam-se sobremodo limitadas, devido à natureza desse tipo especialíssimo da responsabilidade civil, que se qualifica pelo grau máximo de exacerbação do perigo das teorias objetivas. Nessa perspectiva, as escusas se restringem aos eventos extremados e expressos na legislação especial, de modo que a responsabilidade por danos nucleares se reveste de verdadeira obrigação legal de ressarcimento.

Destarte, figuram como escusas objetivamente a não ocorrência de dano nuclear, o que parece afirmar o óbvio, e subjetivamente, a exoneração parcial do "operador", se o evento ocorrer por culpa exclusiva da vítima (art. 6º).

As outras excludentes pertinentes à responsabilidade civil clássica embasada na culpa e à responsabilidade objetiva ou pelo risco, não são admitidas, salvo a força maior. Esta, porém, não tem a configuração ampla, comum às outras espécies de responsabilidade civil, mas está res-

trita aos casos de conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza (art. 8º). O caso fortuito não figura como excludente³⁰.

A responsabilidade civil por dano nuclear, como se viu, projeta-se no vasto universo da responsabilidade civil em geral com muitos destaques especiais. Com efeito, se quanto às situações objetivas consideradas para a projeção do dano verifica-se uma ampla extrapolação dos critérios clássicos, contraditoriamente essa espécie de responsabilidade sofre limitação de ordem temporal (prazo limitado para a sua exigibilidade), limitação de ordem substancial (excludentes por guerras, hostilidades, etc.) e limitação de ordem valorativa (tarifamento do dano, art. 9º). Em razão disso, há que se concluir que o restabelecimento do "status quo ante" que preside toda a teoria geral da responsabilidade civil, na responsabilidade por dano nuclear não é absoluto, mas relativo, ou dizendo-se de outro modo, não é plena, mas tende a limitar-se. Deste modo, pode aqui não ser alcançada a satisfação plena dos direitos violados, como se ser a regra na responsabilidade comum, na qual, em tese, pode-se chegar até à exaustão do patrimônio do ofensor, para a satisfação do ofendido, dada a inexistência de limites para a reparação.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 É nessa ordem de idéias em que está centrado o pensamento de Georges Ripert, in: *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*, trad. portuguesa por Osório de Oliveira, "passim", Ed. Livraria Acadêmica — Saraiva & Cia., São Paulo, 1937.; Ver tb. Henri Lalou — *traité Pratique de la Responsabilité Civile*, pp. 1-3, 4.ed., Paris, Dalloz, 1955.
- 2 Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. 1, n. 113, p. 384, Ed. Forense, 1966.
- 3 Lalou. *Traité cit.*, p. 1.
- 4 Guido Gentile. *La Responsabilité Civile Extracontractuelle automobilística. Estratto da Responsabilità Civile e Previdenza*. Milano, Ed. Giuffrè, v. XVIII, n. 2, pp. 97-98, 1952.
- 5 *O Código de Hammurabi*, trad. portuguesa de E. Bouzon. Petrópolis, Editora Vozes, p. 87, 1980.
- 6 Silvio Meira. *A Lei das XII Tabuas*. Rio, Edição Forense, p. 38, 1972.
- 7 Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade Civil*. Rio, Forense, n. 2, pp. 6-7, 1991; Guido Gentile. *La Responsabilité Civile Extracontractuelle Automobilística. Estratto da Responsabilità Civile e Previdenza*. Ed. Giuffrè, v. XVIII, n. 2, p. 98 e nota 2, 1952.

- 8 Sobre a aprovação da "Lex Aquilia" no século V ou VI de Roma, v. Blas E. Rossi Masella. *La Lex Aquilia*, Publicação da Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, n. 16, pp. 64-68, 1951.
- 9 Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade Civil*. Ed. Forense, n. 4, pp. 6-9, 1991.
- 10 Arangio-Ruiz. *Responsabilité Contractuelle*, p. 266; Pietro de Francisci. *Sintesis Histórica del Derecho Romano*, trad. espanhola, Editorial de Derecho Privado, Madrid, p. 501, 1954.
- 11 Gaio. *Instituciones*. Edição bilingüe latin-espanhol, III, n. 211, cuja tradução em língua vernácula é a seguinte: "Entende-se matar injustamente quando tal sucede por dolo ou culpa; nenhuma outra lei pune o dano causado sem injustiça; resta impune, pois, aquele que sem culpa ou dolo mau, comete dano por acidente" (Editorial Civitas, Madrid, 1985).
- 12 Mazeaud & Mazeaud. *Responsabilité Civile*, v. 1, n. 27; Marcel Planiol. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, v. 2, n. 863.
- 13 Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade Civil cit.*, n. 5, pp. 9-11.
- 14 Publicações Dalloz. *Code Civil*, pp. 872-932, Edição Dalloz, Paris, 1989-1990.
- 15 Limongi França. *Responsabilidade Aquiliana e suas raízes*. In: *Responsabilidade Civil*. Coordenação de Yussef Said Cahali. Edição Saraiva, S. Paulo, pp. 241-261, 1984.
- 16 Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade Civil cit.*, n. 15, p. 22.
- 17 Jean Carbonnier. *Droit Civil*. Ed. Presses Universitaires de France, Paris, v. 4, p. 319, 1979.
- 18 Caio Mário. *Responsabilidade Civil cit.*, n. 15, p. 22.
- 19 Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*. Edição RT, São Paulo, n. 5, pp. 30-31, 1985.
- 20 O pioneirismo no Brasil, acerca dessa triplíce classificação das situações de perigo, cabe a Carlos Alberto Bittar (ver *Responsabilidade Civil*. Edição Forense Universitária, São Paulo, n. 17 a 22, pp. 23-28, 1989).
- 21 Vide Savatier. *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui*. Dalloz, Paris, 3.ed., p. 322, 1964.
- 22 Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*. Edição RT, São Paulo, n. 6, pp. 36-40; n. 7, pp. 40-41 e n. 9, p. 59, 1985.
- 23 Savatier. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. Ed. Librairie Générale, Paris, tomo I, p. 355, 1951.
- 24 Karl Larenz. *Derecho de Obligaciones*. Trad. esp. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, tomo II, p. 664, 1959; ver tb. Harm Peter Westermann. *Código Civil Alemão — Direito das Obrigações, Partil Geral*. Trad. portuguesa por Armando Edgar Laux. Edição Sérgio Fabris, Porto Alegre, pp. 133 e 144, 1983.
- 25 Ennecerus L., Kipp T., Wolff, M. *Tratado de Derecho Civil — Derecho de Obligaciones*. Trad. esp. Ed. BOSCH, Barcelona, Tomo II, 2º, v. 2, p. 1024, 1966.
- 27 Guido Fernando Silva Soares. *Direito Nuclear*. In verbete na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 27, p. 382.
- 28 Figura como principal organizador desse sistema, Enrico Jaccchia, *Il Rischio da Radiazioni nell'Era Nucleare*. Ed. Giuffrè, Milano, p. 53 e ss., 1963.

- 29 Carlos Alberto Bittar. *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares cit.*, n. 20, pp. 141-145.
- 30 ——. *cit.*, n. 28, pp. 207-211.

BIBLIOGRAFIA

- BITTAR C.A. *Responsabilidade Civil*. Forense Universitária, São Paulo, 1989.
- . *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*. RT, São Paulo, 1985.
- . *Responsabilidade civil na atividades perigosas*. In: *Responsabilidade Civil*. Coordenação de Yussef Said Cahali, RT, pp. 85-103.
- CAHALI Y.S. *Responsabilidade Aquiliana e suas raízes*. In: *Responsabilidade Civil*. Ed. Saraiva, pp. 241-261, 1984.
- CARBONNIER J. *Droit Civil — Les Obligations*. Presses Universitaires de France, Paris, v. 4, 10.ed. 1979.
- DIAS J. de A. *Da Responsabilidade Civil*, 2.ed. Forense, Rio, 1950.
- DI MARTINO V. *La Responsabilità Civile nelle Attività Pericolose e Nucleari*. Giuffrè, Milano, 1979.
- ENNECERUS K.Y.W. *Tratado de Derecho Civil — Derecho de Obligaciones*. Trad. esp., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1966.
- FRANÇA R.L. *Jurisprudência de Responsabilidade Civil*. RT, São Paulo, 1981.
- FRANCISCI P. de. *Sintesis histórica del Derecho Romano*. Trad. espanhola, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- GAIO. *Institutas*. Edição bilingüe latin-espanhol, Editorial Civitas SA, Madrid, 1985.
- JACCIA E. *Il Rischio da Radiazioni nell'Era Nucleare*. Giuffrè, Milano, 1963.
- LALOU H. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*. Dalloz, Paris, 1955.
- LARENZ K. *Derecho de obligaciones*. Trad. espanhola. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1959.
- MASELLA B.E.R. *La Lex Aquilia*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1951.
- MAZEAUD H.L.J. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle*, 4.ed. Sirey, Paris, 1947.
- MEIRA S.A.B. *A Lei das XII Tabuas*. Forense, Rio, 1972.
- MELO DA SILVA W. *Responsabilidade Sem Culpa*, 2.ed. Saraiva, São Paulo, 1974.
- PEREIRA C.M. da S. *Instituições de Direito Civil*. Forense, Rio, v. 1, 1966.
- . *Responsabilidade Civil*. Forense, Rio, 1991.
- PLANIOL M. & RIPERT G. *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Librairie Générale, Paris, v. 6, 1952.
- RIPERT G. *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*. Librairie Générale, Paris, 1949.
- SAVATIER R. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. Tomo I, Librairie Générale, Paris, 1951.
- SOARES G.F.S. *As Salvaguardas e os Acordos Nucleares*. José Busktsky, S. Paulo, 1977.
- WESTERMANN H.P. *Código Civil Alemão — Direitos das Obrigações — Parte Geral*. Trad. portuguesa de Armando Edgar Laux. Sérgio Antonio Fabris, P. Alegre, 1983.

Expectativas Legítimas dos Consumidores nos Planos e Seguros Privados de Saúde e os Atuais Projetos de Lei¹

CLAUDIA LIMA MARQUES

Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen, Alemanha e
Doutora pela Universidade de Heidelberg

INTRODUÇÃO

Três valores são cada vez mais raros e, por isso, valiosos no mundo atual: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. Estes três valores são oferecidos no mercado através dos planos e seguros privados de saúde, os quais possibilitam a transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes a serem suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras, prometendo a seu turno segurança e previsibilidade, face ao pagamento constante e reiterado das mensalidades ou prêmios. A relação entre paciente e médico sempre foi caracterizada como uma relação de confiança.² No mundo de hoje, parte desta confiança (*fides*) vai ser transferida para o organizador destes planos e seguros,³ confiança que o consumidor deposita na adequação e qualidade dos serviços médicos intermediados ou conveniados, na previsibilidade do financiamento leal dos eventos futuros relacionados com saúde.

Na prática, porém, multiplicam-se os problemas envolvendo os serviços prestados por seguradoras ou empresas de assistência médica face a abusividade dos contratos de medicina pré-paga ou dos contratos de seguro-saúde; face ao desrespeito dos patamares de boa-fé na execução destas relações de consumo, face a criatividade quase sem limites dos elaboradores das regras contratuais, que abusando de sua posição de poder (*Machtposition*), contam com a passividade da maioria dos consumidores e com eventuais dissidências nos Tribunais principais.

Expectativas de prestação de um serviço seguro, previsível e de adequada qualidade no tratamento dos problemas de saúde do consumidor e sua família são despertadas no mercado através das atuais vendas agressivas de porta em porta ou através do massivo uso da publicidade comercial, sem que estas expectativas (agora) legítimas sejam cumpridas na prática e sem que direitos correspondentes sejam assegurados nos contratos destes planos de saúde e nos contratos de prestação de assistência médica. Ao contrário, tais textos contratuais massificados procuram exonerar o fornecedor de ter que assumir seu risco próprio profissional, qual seja ter que realizar com adequação e qualidade o objeto do próprio contrato, isto é, cobrir os riscos de saúde de seus associados, conveniados e clientes.

Sem um efetivo controle social, sem a formação de uma jurisprudência majoritária ou pacífica, observa-se hoje no mercado brasileiro um retrocesso nos níveis de proteção do consumidor de serviços de saúde. Este nível de proteção procurou ser assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), mas pode sofrer um novo abalo, se as práticas abusivas atuais de algumas empresas de seguro-saúde passarem a ser incluídas como normas legais, com a aprovação dos atuais Projetos de Lei, em especial do Substitutivo ao PL nº 4.425/94 do Senado Federal.

Urge uma mais efetiva e geral aplicação do Código de Defesa do Consumidor na área de saúde. Só assim a esperada harmonia e boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor de

serviços será restabelecida. Urge uma análise mais profunda e atenta aos projetos legislativos que tramitam em nosso Parlamento, assim como a devida manifestação dos setores envolvidos, pois tais projetos de lei podem transformar em conduta legal, condutas de intrínseco potencial abusivo, claramente contrárias ao disposto hoje pelo C.D.C. É nesse sentido que voltamos ao tema dos contratos de seguro-saúde⁴ para analisar em um primeiro momento o regime atual das relações de consumo envolvendo saúde, isto é, dos contratos entre seguradoras e prestadoras de medicina de grupo e os consumidores(I) e, em um segundo momento, analisar os projetos legislativos existentes e qual seria o regime jurídico proposto para estes contratos e relações uma vez aprovados (II).

I – REGIME ATUAL DOS CONTRATOS DE SEGURADORAS E PRESTADORAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E MEDICINA DE GRUPO

Dois tipos básicos de contratos envolvendo prestação de serviços de saúde existem: os contratos de assistência médica, contratos geralmente firmados entre médicos e seus clientes, entre hospitais, grupos hospitalares e seus pacientes objetivando a *prestação direta* de serviços de saúde, tratamentos, operações, elaboração de exames etc; e os contratos de seguro-saúde, que envolvem a *prestação geralmente indireta* e organizada em forma de uma cadeia de fornecedores principais e auxiliares, de autorizações, franquias e reembolsos, visando cobrir a prestação de serviços médicos no futuro, em caso de necessidade. A maioria dos contratos de planos de saúde e de medicina em grupo caracteriza-se, face ao disposto nos artigos 129 e 135 do Decreto-Lei nº 73/66, como contratos de seguro-saúde. Este último tipo contratual é que interessa a nossa análise e que aqui será chamado de contratos de seguradoras e prestadoras de assistência à saúde e medicina em grupo, tendo em vista a denominação prevista no Projeto de Lei do Senado que, parece-nos, tende a incluir todos os planos e contratos de saúde em grupo como seguros e que será examinado na segunda parte deste trabalho.

O contrato de seguro-saúde vem, pois, definido e regulado em lei específica, o Decreto-Lei

nº 73 de 21 de novembro de 1966, lei reguladora dos seguros em geral. Segundo os artigos 129 e 135 do Decreto-Lei nº 73/66 são duas as modalidades contratuais que podem ser denominadas hoje de seguro-saúde: os contratos envolvendo reembolso de futuras despesas médicas eventualmente realizadas e os contratos de medicina pré-paga. No primeiro caso, os contratos de reembolso caracterizam-se pela relação tênue entre o serviço médico prestado, livremente escolhido pelo consumidor e a prestação da seguradora ou empresa de grupo bancário que administra este sistema de seguro-saúde (art. 129) e que somente reembolsa -totalmente ou parcialmente- as quantias pagas pelo consumidor pelo uso dos serviços médicos e hospitalares. A prestação de reembolso é direta, mas indireta é a relação e, portanto, a eventual solidariedade entre o segurador e o prestador direto de serviços de saúde ao consumidor (médico, hospital conveniados etc.). A segunda modalidade de seguro-saúde é a mais utilizada pelas cooperativas de médicos e redes hospitalares, onde há uma prestação direta de serviços médicos, pois já houve o pré-pagamento destas eventuais despesas médicas (art. 135). Esta modalidade de medicina pré-paga é hoje utilizada também pelas seguradoras e empresas de medicina em grupo, pois seus planos escolhem médicos e hospitais conveniados, onde a utilização por parte do consumidor não necessita de pagamento e posterior reembolso, mas inclui-se na idéia de serviços pré-pagos através dos prêmios dos seguros.

Estes contratos caracterizam-se como contratos cativos de longa duração⁵, categoria que procuramos examinar na segunda edição de nosso livro sobre contratos⁶, procurando demonstrar a vinculação estreita e reiterada entre o fornecedor/organizador dos serviços, no caso as seguradoras, empresas bancárias, empresas de medicina em grupo etc. e os consumidores. Estes consumidores contribuirão durante anos para a empresa, utilizando ou não os seus serviços regularmente a depender do estado de saúde do consumidor e de sua família, sempre porém, na expectativa de alcançarem uma certa segurança e tranquilidade em caso de eventos danosos a saúde no futuro. O centro destes contratos é, portanto, a transferência contratual de riscos futuros envolvendo saúde.

A — Redação e Execução dos Contratos Conforme a Boa-fé: Deveres de Conduta e de Cooperação Mínimos

O Código de Defesa do Consumidor impõe para as relações envolvendo prestação de serviços onerosos no mercado um patamar mínimo de boa-fé objetiva nestes contratos e relações de consumo (art. 4, inciso III do C.D.C.).⁷ Boa-fé significa aqui um nível mínimo e objetivo de cuidados, de respeito e de tratamento leal com a pessoa do parceiro contratual e seus dependentes.⁸ Este patamar de lealdade, cooperação, informação e cuidados com o patrimônio e a pessoa do consumidor é imposto por norma legal, tendo em vista a aversão do direito ao abuso e aos atos abusivos praticados pelo contratante mais forte, o fornecedor, com base na liberdade assegurada pelo princípio da autonomia privada. O C.D.C. presume o consumidor como parceiro contratual mais vulnerável por lei (art. 4, inciso I do C.D.C.) e impõe aos fornecedores de serviço no mercado brasileiro um patamar mínimo de atuação conforme à boa-fé. O Princípio da Boa-fé nas relações de consumo, incluindo as envolvendo direta ou indiretamente a prestação de serviços de saúde (art. 3, §2 do C.D.C.), atua limitando o princípio da autonomia da vontade (art. 170 *caput* e inciso V da Constituição Federal de 1988) e combatendo os abusos praticados no mercado.⁹

1. Redação Clara, Destaques e Informação Correta do Consumidor

Para atingir este patamar mínimo de boa-fé em todas as relações contratuais envolvendo saúde e em especial nos seguros-saúde regula o C.D.C. não somente o prestar dos fornecedores, isto é, os seus deveres de prestação, mas também seus deveres básicos de conduta.¹⁰ O C.D.C. regula, assim, a relação contratual em sua totalidade, mesmo o seu momento preparatório, onde desde já exige deveres de conduta leal, e no seu momento de execução. No momento preparatório impõe deveres de informação clara e correta (art. 30 e 31 do C.D.C.), impõe deveres de redação contratual precisa e compreensível (art. 54 § 3º do C.D.C.) e de destaque especial para as cláusulas limitativas dos direitos dos consumidores (art. 54 § 4º do C.D.C.), sob pena destas

cláusulas não obrigarem os consumidores (art. 46 do C.D.C.) e sob pena das informações mal prestadas poderem ser exigidas (art. 20 e 35 do C.D.C.), isto é, do fornecedor ter de realizar as expectativas legítimas criadas nos consumidores por sua atuação. Neste sentido acórdão basilar do Tribunal de Justiça de São Paulo destaca a importância da informação do consumidor do conteúdo do contrato de adesão, afirmando: *"A cláusula que exclui o direito à internação hospitalar, em letras bem pequenas, evidencia que a contratada não cumpriu com a obrigação legal de dar destaque às limitações do direito do consumidor (art. 46 do C.D.C.). De se concluir, portanto que, o caso sub judice não pode ser solucionado pura e simplesmente com a invocação do vetusto princípio do pacta sunt servanda, já que, tratando de relacionamento contratual de adesão, formado entre consumidor hipossuficiente e iletrado e empresa de assistência médico-hospitalar dirigida por médico, incide com toda sua plenitude o Código de Defesa do Consumidor, sendo de rigor a aplicação do arts. 46 e 47 do Codex. A conclusão, portanto, é a da procedência da ação para o fim de reconhecer a responsabilidade da contratada pelo pagamento das despesas médico-hospitalares decorrentes da internação do contratante."*¹¹

O dever de informar é imputado pelo C.D.C. ao fornecedor (*caveat venditor*) e não ao consumidor (*caveat emptor*); logo, se o fornecedor descumprir seu dever de informar, violar o direito à informação agora assegurado ao consumidor (art. 6 III do C.D.C.), estará em verdade inadimplindo sua obrigação contratual.¹²

A informação adequada e clara, por exemplo, sobre os diferentes planos de saúde à sua disposição, sobre as exclusões, sobre os limites temporais, preço, sobre as carências, sob as sanções possíveis face ao descumprimento contratual do consumidor, a informação é obrigação do fornecedor de serviços de saúde (art. 30, 31 e 20 do C.D.C.), que responde também pela atuação e promessas de seus vendedores e representantes (art. 34 do C.D.C.).¹³ Informar correta e previamente o consumidor é um dever de conduta segundo a boa-fé imposto ao fornecedor de serviços pelo C.D.C. (art. 6, inciso III c/c art. 30 e 31 do C.D.C.). É dever de conduta cuja violação representa vício do serviço (art. 20 do C.D.C.), ensejando reexecução do serviço, redi-

bição ou diminuição no preço pago, a depender a sanção da escolha, logo, do interesse do consumidor (art. 20 *caput* e incisos I, II e III do C.D.C.).

2. Execução Contratual Conforme a Confiança Despertada: Riscos de Saúde e Riscos Profissionais

Os contratos de seguro-saúde são contratos aleatórios. O alies presente nestas relações refere-se, porém, à necessidade ou não do prestar do fornecedor. Certa é, porém, a qualidade e a quantidade desta prestação do fornecedor. Ocorrendo o evento futuro e incerto, no caso o problema de saúde, futuro envolvendo a saúde do consumidor e/ou de sua família, enquanto dependentes, assegura o contrato de seguro-saúde, enquanto submetido ao patamar mínimo de boa-fé e equidade nas relações de consumo estabelecido pelo C.D.C., uma prestação certa, uma prestação direta ou indireta dos serviços médicos contratados ou conveniados, um reembolso célere das quantias pagas ao médico ou hospital, em caso de seguro-saúde na modalidade de reembolso (art. 129 do Decreto-Lei nº 73/66).

Estes serviços fornecidos pela empresa de medicina em grupo ou por seus médicos conveniados deverão possuir a qualidade esperada e assegurar a segurança normal deste tipo de prestação de serviços. O C.D.C. estabelece duas garantias legais quanto aos serviços prestados no mercado brasileiro: a garantia legal de adequação do serviço ao fim que dele se espera (art. 24 C.D.C.) e a garantia legal de segurança do serviço (art. 8 c/c art. 14 do C.D.C.). Estas garantias significam a impossibilidade da transferência destes riscos para o consumidor através de cláusula contratual em benefício do fornecedor. Tais cláusulas ficam proibidas pelo art. 25 do C.D.C. e deverão ser consideradas como abusivas pelo aplicador da lei com base no art. 51, I e IV do C.D.C. Em outras palavras o C.D.C. proíbe a renúncia unilateral pelo consumidor de seus novos direitos. O contrato de seguro ou plano de saúde, mesmo solene, deve ser interpretado pró-consumidor (art. 47 do C.D.C.), declaradas nulas as cláusulas abusivas pactuadas ou presentes na apólice.

As informações prestadas pelos funcionários e vendedores,¹⁴ pela publicidade, pelos pros-

pectos e manuais entregues¹⁵ e pelo próprio nome do plano de saúde criam expectativas (agora) consideradas legítimas, que, uma vez descumpridas, caracterizam um inadimplemento contratual.¹⁶ Por exemplo, se a qualidade apreçoada, o exame prometido, a cobertura de determinada doença, a inclusão de filho recém nascido, o atendimento de emergência ou a internação pactuada não foi cumprida há falha no serviço.

A execução é falha, pois é aquém do informado, do prometido ou veiculado, como em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 5 de agosto de 1992, onde cláusula contratual autorizava de maneira genérica a possibilidade "de ocorrer limitações nas coberturas contratuais". Tendo a empresa internamente limitado estas coberturas quanto aos honorários médicos a 50 Unidades de Serviço, a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça/RS considerou que houve falha na informação pré-contratual e, portanto, tal limitação não era aplicável ao consumidor afirmando: *"A obrigação de bem explicar o plano de saúde é da empresa ofertante do plano, cabendo-lhe a obrigação inafastável de bem informar seus clientes efetivos ou potenciais de todos os termos do contrato."* Tal cláusula era também claramente abusiva, pois permitia a mudança unilateral do conteúdo do contrato por parte do fornecedor (art. 51, XII do C.D.C.); a solução do Tribunal foi, porém, mais efetiva do que a simples declaração de nulidade uma vez que, de forma analógica, utilizou o espírito do art. 46 do C.D.C., que desobriga o consumidor frente às obrigações contratuais assumidas, sem que ao consumidor tenha sido dada a adequada oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo verdadeiro do contrato.¹⁷

Se o conteúdo contratual foi reduzido unilateralmente ou por má prestação (o responsável pela organização, por exemplo, do plano cancela o convênio com importante hospital ou entidade que dava apoio especial a determinado tipo de doença etc.), a execução está incompleta ou imprópria, há inadimplemento parcial, há quebra da base do negócio. O C.D.C. inova dispondo em seu art. 20 que há vício do serviço, neste caso específico de disparidade entre as informações prestadas, que despertaram a confiança do consumidor, que o levaram a contratar, e a qualidade do serviço efetivamente prestado. Em caso de vício do serviço por informação, o

consumidor poderá exigir ou a reexecução do serviço, ou a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço (art. 20 do C.D.C.).

3. Deveres de Cuidado e Cooperação: Adimplemento Contratual Total

Os deveres anexos oriundos do princípio de boa-fé positivado no C.D.C. não se restringem aos deveres de informação, mas incluem mais dois importantes deveres: o de cuidado e o de cooperação.

O dever de cuidado refere-se aos cuidados redobrados que os parceiros contratuais devem ter durante a execução ou os atos preparatórios à execução contratual para não causar dano ao parceiro contratual, por exemplo, divulgando seus segredos profissionais revelados na fase de tratativas, ou divulgando informações sobre as posses e a condição financeira de seu parceiro, em um contrato submetido ao regime de sigilo bancário ou informações falsas sobre a situação financeira do consumidor, conseguidas através de um banco de dados montado pelo fornecedor.¹⁸ Estes cuidados referem-se ao patrimônio do parceiro contratual e a sua honra e ao seu crédito e imagem na sociedade, bens extrapatrimoniais protegidos atualmente pelo direito, cuja violação faz nascer o dever de indenizar (art. 6 VI do C.D.C.).¹⁹

Nos contratos envolvendo saúde o dever de cuidado pode voltar-se, por exemplo, à não-divulgação de dados sobre a saúde do consumidor (pessoa portadora do vírus HIV, por exemplo). O dever de cuidado refere-se também a um dever de segurança intrínseco à prestação conforme a boa-fé de um contrato de consumo, assim deve o fornecedor cuidar quando da utilização de um meio técnico (por exemplo, instrumentos, exames, laboratórios, medicamentos, plasma etc), que estes meios sejam próprios e de qualidade para realizar o objeto do contrato, para executar a sua obrigação de fazer da forma adequada. A imposição deste dever de cuidado no contrato tem por fim preservar a integridade pessoal (moral ou física) e a integridade do patrimônio do parceiro contratual.²⁰

O dever de cooperação é também um importante dever anexo em matéria de contratos envolvendo planos e seguros de saúde, uma vez

que estes contratos tendem a se prostrar no tempo, sendo a execução contratual não continua a depender da necessidade do consumidor, isto é, da existência ou não de problemas de saúde ou exames regulares a realizar. O dever de cooperação concentra-se na execução e impõe um novo patamar de boa-fé e respeito quando a prestação contratual do consumidor é necessária.

Ambos os contraentes devem cooperar para que o co-contraente possa adimplir, possa realizar a sua prestação contratual. Assim, se o consumidor deve adimplir, deve pagar as mensalidade ou o valor do seguro-saúde, deve a empresa possibilitar e não impedir ou dificultar este pagamento, deve estabelecer horários e locais compatíveis e não exigir, por exemplo, que uma pessoa doente venha adimplir pessoalmente etc. ou qualquer exigência sem fundamento, cujo intento é beneficiar-se da eventual inadimplência do consumidor em consequência das exigências contrárias à boa-fé.

Da mesma forma quando a empresa de assistência médica ou de seguro-saúde está obrigada a adimplir não deve, por exemplo, exigir uma série de documentos ou exames não efetivamente necessários, somente para impedir ou desmotivar o consumidor a exigir aquele tipo de prestação contratada e integrante do objeto do contrato envolvendo saúde.²¹ Agindo desta forma estará a empresa violando seu dever anexo de cooperação, dever de boa-fé, está adimplindo mal, inadequadamente e o consumidor pode exigir suas expectativas legítimas, face ao vício do serviço (art. 20 e 35 do C.D.C.).²² As exigências quanto à comunicação da internação também devem seguir este novo patamar de boa-fé e cooperação nos contratos de consumo.²³

B — Cláusulas Contratuais Principais e a Proteção da Confiança do Consumidor

1. Cláusulas Referentes a Transferência dos Riscos de Saúde

O contrato de seguro-saúde e os planos oferecidos no mercado devem especificar quais riscos de saúde estão efetivamente cobertos por este plano ou relação contratual, em outras palavras quais as doenças ou eventos cujo tratamento será suportado pelo plano ou seguro e quais as pessoas efetivamente incluídas. A presunção é

de que as doenças e eventos de saúde não especificamente excluídos estão cobertos pelo contrato de seguro-saúde ou plano, em virtude da garantia legal de prestação de serviços adequados e da qualidade necessária a realização das expectativas legítimas do consumidor. (art. 24 e 25 do C.D.C.). A interpretação das cláusulas contratuais e do contrato em sua totalidade deve — *ex vi lege* — ser sempre a favor do consumidor (art. 47 do C.D.C.).

Dentre as cláusulas que têm despertado o maior número de reclamações e disputas está a cláusula contratual que exclui da cobertura do plano ou seguro-saúde doenças "crônicas" e "genéticas". Estas denominações são genéricas em demasia, pois teoricamente todos as doenças podem ter um fundo genético ou quase todas podem evoluir para um estado que possa ser considerado "crônico". Estas denominações genéricas violam a confiança despertada no consumidor, impedem a realização de suas expectativas legítimas de um cumprimento adequado e previsível por parte do organizador do plano ou seguro-saúde no que se refere aos eventos de saúde futuros. Esta cláusula impede a realização do objeto do próprio contrato, desequilibra sobremaneira os direitos do consumidor assegurados por esta relação contratual, que pode a todo o momento ser "mutilada" pela inclusão da doença do consumidor ou de seus dependentes dentre esta categoria por mais que genérica das doenças "congenitas, genéticas, crônicas etc". Tais cláusulas ao desequilibrar a relação contratual atentam contra o patamar mínimo de boa-fé nas relações contratuais de consumo e devem ser declaradas abusivas pela jurisprudência com base no art. 51 inciso IV do C.D.C. Tais declarações têm acontecido, mas pela pequena monta dos litígios, geralmente, em sede de Juizado Especial de Pequenas Causas, o que prejudica a sua força pedagógica e de exemplo para as demais decisões. As empresas seguradoras e congêneres tentam de sua parte impedir que tais causas sejam levadas aos Tribunais, propondo acordos, pois lucram com a passividade da maioria dos consumidores, que se submetem a estas cláusulas as imaginando legais e não abusivas frente ao C.D.C. Da mesma forma tornam-se litigiosas as doenças preexistentes,²⁴ também excluídas por previsão contratual, mas de desconhecimento do consumidor leigo (caso

de boa-fé subjetiva). Como as empresas de praxe não exigem exames médicos detalhados para a inclusão dos consumidores, prevalece a presunção de boa-fé do consumidor.²⁵ Se realizaram os exames e aceitaram o consumidor em suas condições, aceitaram implicitamente cobrir suas doenças, caso não haja previsão contratual sobre as condições especiais de aceitação do consumidor.

2. Cláusulas Referentes a Segurança e Previsibilidade na Prestação Futura

Três tipos de cláusulas devem aqui ser destacadas: as cláusulas limitativas da responsabilidade do organizador do plano pelos serviços efetivamente prestados, cláusulas limitadoras das prestações contratuais ou dos gastos reembolsáveis, cláusulas referentes às carências.

No caso das cláusulas limitadoras da responsabilidade do organizador do plano, a jurisprudência começa a estabelecer casos de solidariedade implícita entre o intermediador, seguradora no sistema de reembolso e livre-escolha, e os prestadores de serviços, uma vez que o intermediador atua também como organizador indireto dos serviços conveniados efetivamente utilizados pelo consumidor e incentiva a utilização destes serviços conveniados. Quanto às cláusulas limitadoras das prestações contratuais, em especial as que referem-se a utilização das Unidades de Tratamento Intensivo por determinados números de dias ou horas, a jurisprudência é pacífica no sentido de sua abusividade, uma vez que tratam-se de casos graves e no mais das vezes imprevisíveis e incontroláveis (por exemplo, face ao perigo de reiteradas paradas cardíacas), não podendo o consumidor ser removido, sem perigo a sua saúde; devendo a internação nestes casos ser total, isto é, no tempo necessário para cada caso, de acordo com a determinação médica.²⁶

As cláusulas referentes às carências interessam a defesa do consumidor, uma vez que limitam a eficácia do contrato, subordinando esta eficácia ou parte dela à passagem de determinado período de tempo. A cláusula referente à carência apresenta um grande potencial abusivo, pelo desequilíbrio entre direitos e obrigações das partes no contrato, que causam. A cláusula fixando as carências deve, portanto, ser desta-

cada no corpo do contrato, como prevê o art. 54 § 3º do C.D.C., uma vez que é cláusula limitadora do direito de uso imediato do plano (limitação quanto à eficácia do contrato) e deve, principalmente, ser informada de forma prévia para o consumidor. Só com estes cuidados especiais terá o fornecedor cumprido com o seu novo dever de informar clara e adequadamente o consumidor antes da conclusão do contrato, assegurando ao consumidor a possibilidade de escolher e comparar os planos e serviços de saúde oferecidos no mercado brasileiro. A cláusula referente à carência pode também constituir uma cláusula abusiva, quando, por exemplo, é de tal natureza que surpreende o consumidor, constituindo uma cláusula surpresa. Assim, por exemplo, em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, considerou-se abusiva cláusula que previa a reabertura do prazo de carência caso houvesse um atraso no pagamento da mensalidade.²⁷ Da mesma forma, a carência pode ser considerada abusiva pelo simples fato de sua desproporcionalidade ou irrazoabilidade (art. 51, inciso I do C.D.C.).²⁸

II – REGIME PROJETADO PARA OS PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE SAÚDE EM CASO DE APROVAÇÃO DOS ATUAIS PROJETOS DE LEI, EM ESPECIAL DO SUBSTITUTIVO DO PL 4.425/94

Segundo levantamentos de 1992, 22% da população brasileira estaria ligada a algum tipo de serviço privado de saúde em grupo, sendo que destes 47% utilizavam a medicina de grupo, 16% o sistema de autogestão, 25% as cooperativas e só 8% os seguros-saúde *stricto sensu*. Os Planos de Assistência Médica ou Planos de Medicina em grupo são, portanto, os mais procurados, enquanto as duas modalidades de seguro-saúde, o das cooperativas e o de reembolso atingem somente 31% dos cliente potenciais.

Os Planos de Medicina em grupo utilizam-se de uma forma contratual mais benéfica ao consumidor, que é a dos contratos de Assistência médica, possuindo rede própria de hospitais e laboratórios e, portanto, responsabilizando-se pela qualidade dos serviços prestados diretamente. Já as prestadoras de seguro-saúde, em especial as na forma de reembolso, vêem o reem-

bolso das quantias pagas como seu principal dever contratual, desonerando-se quanto aos erros no atendimento médico direto, mas tendo que submeter ao controle da SUSEP e a certas exigências formais, como a integralizar o capital, a constituir reservas técnicas para o pagamento das indenizações e prêmios. O Substitutivo do Projeto de Lei 4.425/94, por exemplo, que tramita atualmente no Senado Federal desconhece estas diferenças e propõe regular todos os contratos de planos e seguros privados de saúde de forma unitária, aproximando todos estes contratos aos contratos de seguro, desonerando de certa forma as empresas que trabalham com o sistema de medicina em grupo em forma de contratos de prestação direta de serviços de saúde. Neste sentido cabe uma análise, mesmo que sucinta, do campo de aplicação do referido projeto (A), assim como das principais modificações propostas por este substitutivo e outros projetos de conteúdo semelhante (B).

A – Campo de Aplicação

O art. 1º do substitutivo do Projeto de Lei nº 4.425/94, aqui denominado simplesmente de PL 4.425/94, esclarece que, sem prejuízo da aplicação da legislação específica já existente, pretende regular as atividades das sociedades seguradoras, das empresas de medicina em grupo, das cooperativas de serviços médicos, das entidades ou empresas de autogestão ou intermediação de serviços, bem como de cobertura de risco de assistência à saúde.

O parágrafo 1º do art. 1º do Projeto de Lei nº 4.425/94 traz a definição legal do que entende por “assistência à saúde”: “assistência médica, ambulatorial, hospitalar, preventiva, odontológica, farmacêutica e outras consideradas à proteção e à manutenção da saúde, a juízo de profissionais legalmente habilitados...”

O parágrafo 2º do art. 1º do Projeto de Lei nº 4.425/94 esclarece a intenção do Projeto em reduzir todos os contratos de “assistência à saúde” na categoria de seguros do Dec. 73/66, art. 129 e 135, isto é, seguros envolvendo reembolso das quantias pagas ou envolvendo prestação direta de serviços médicos através de redes conveniadas de prestadores diretos. O parágrafo 2º do art. 1º do Projeto de Lei dispõe que as referidas empresas poderão: “I- Nos planos privados

de assistência à saúde, manter serviços próprios, credenciar pessoas físicas ou jurídicas legalmente habilitadas e reembolsar o beneficiário das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo plano; II- Nos seguros privados de assistência à saúde, tão só reembolsar o segurado, ou ainda, pagar por ordem e conta deste, diretamente aos prestadores livremente escolhidos pelo segurado, as despesas advindas de eventos cobertos nos limites da apólice”.

O art. 1º do Projeto de Lei nº 4.425/94, portanto, estabelece um amplo campo de aplicação atingindo todos os serviços de medicina em grupo, autogestão, de planos de saúde e dos hoje denominados seguro-saúde. Divide-os em dois tipos, os de assistência médica direta (inciso I) e os de seguro ou reembolso indireto (inciso II), divisão esta que terá prováveis reflexos quanto à responsabilização solidária ou não das empresas pelos erros dos médicos, hospitalares, erros na prestação de serviço direta.²⁹ Ao igualar todos estes contratos como submetidos a esta lei, submete estes -hoje- três tipos de contratos envolvendo prestação de serviços médicos a um regime único, muito semelhante ao regime dos seguro-saúde atuais, como veremos a seguir.

A transformação destes planos, contratos de prestação de serviços de medicina em grupo, de serviços de autogestão e de seguro-saúde na opção reembolso ou prestação de serviços pré-pagos em uma categoria única de novos seguros, denominada de planos privados e seguros privados de assistência à saúde, parece-me, no primeiro exame, não ser positiva para os consumidores. O benefício só existiria se o regime a ser imposto pelo Projeto de Lei 4.425/94 assegurasse maior segurança, melhor cobertura dos riscos envolvendo saúde, maior previsibilidade e qualidade dos serviços prestados, significando assim um avanço na proteção contratual dos consumidores e não um retrocesso, como parece estar acontecendo. Cabe, portanto, o exame, ainda que sucinto, do regime proposto no Projeto de Lei em questão.

B – Normas principais

1. Sujeição ao Controle da SUSEP

Seguindo sua linha de transformar em seguro ou, pelo menos, submeter ao regime dos se-

guro-saúde todos os planos, seguros e sistemas de autogestão em matéria de assistência à saúde e medicina em grupo, o referido Projeto de Lei de 1994 estabelece em seu art. 4º que a SUSEP — Superintendência de Seguros Privados — será o órgão controlador das empresas que oferecerem estes planos e seguros privados de saúde. A SUSEP contará com o apoio e a orientação do CNSP — Conselho Nacional de Seguros Privados, criado pelo Decreto-Lei nº 73/66. Junto ao CNSP deverá haver registro (art. 2º do Projeto de Lei) e controle específico destas empresas para a manutenção (ou não) deste registro (art. 3º do Projeto de Lei). A infração ao Código de Defesa do Consumidor e à própria lei serão consideradas como motivos para o cancelamento do registro a ser decidido pelo CNSP (art. 2º § 4º do Projeto 4.425/94).

Apesar de bem vindo o controle do Estado sobre estas atividades, restam, porém, dúvidas se este controle poderá efetivamente ser realizado em nível nacional com os poucos recursos e pessoal destinados a este órgão. Se o controle não for rigoroso e efetivo, tende a desmoralizar-se como tem acontecido em outras áreas, onde o controle legalmente previsto é meramente formal, uma vez que seu efeito prático será escasso ou nenhum para a proteção dos consumidores, exigindo, portanto, o controle *a posteriori* pelo Judiciário. O controle por um órgão que não conta com a participação legitimadora de médicos ou dos consumidores e somente das empresas interessadas e suas confederações pode levar a decisões contrárias aos interesses dos cidadãos, teoricamente aqueles que deveriam ser protegidos por este controle.

2. Criação de um Plano ou Seguro Padrão e Segurança Mínima do Consumidor

A alteração legal que maior esperanças trouxe ao setor, foi a inclusão no art. 5º e 6º do Projeto de Lei de um Plano ou Seguro Padrão. Este deveria ser oferecido necessariamente a todos os consumidores e estabeleceria regras mínimas sobre a qualidade e as prestações de serviços de saúde asseguradas ao consumidor. Ocorre que o art. 6º § 1º do Projeto de Lei permite que sejam oferecidos e contratados no mercado planos e seguros cujas prestações sejam menores do que as do Plano Padrão. Logo, este plano não

é obrigatório ou mínimo, servindo apenas como um Plano a mais que deverá ser oferecido ao consumidor.

O Plano Padrão, como assegura o tratamento a doenças crônicas, congênitas e mesmo infecciosas³⁰, assim como um tempo mínimo de internação hospitalar de 60 dias e uma adequada qualidade e conforto na internação³¹, poderá ser um dos planos mais caros oferecidos por uma seguradora. Resta a dúvida se, não caracterizando o plano mínimo oferecido pela seguradora ou grupo, o Plano Padrão — na prática mais caro que os outros — realmente será utilizado pelo consumidor.

O Projeto de Lei em questão trata quase que exclusivamente deste Plano Padrão, tentando retirar as atuais práticas e cláusulas abusivas. Não se tratando, porém, de plano mínimo e de cumprimento obrigatório pelas seguradoras e empresas de medicina em grupo que trabalham no mercado brasileiro, creio que este tão discutido Plano Padrão n. 50 trará maiores vantagens para o consumidor brasileiro. Ao contrário, assim como está redigido o Projeto de Lei 4.425/94, reforçará ele a liberdade contratual total neste setor. Fora o Plano Padrão todos os outros poderão prever quaisquer exclusões, limites, aumentos por idade e carências, agora apoiados por autorização legal a *contrário*. Por força de lei posterior ao C.D.C. poderão os contratos prever todos os limites e exclusões desejados pelo fornecedor de serviços, que redige o contrato de adesão, desde que não seja no Plano chamado de Plano Padrão. O efeito poderá portanto, ser devastador, transformando em lei, em norma jurídica, práticas hoje consideradas abusivas pelo C.D.C. e pela jurisprudência brasileira.

Também quanto ao cumprimento do contrato conforme a boa-fé, nem o plano padrão previsto, parece estar consciente deste dever do fornecedor de serviços. Em seu art. 5 parágrafo único letra "d" prevê o Plano Padrão a cobertura integral para o filho recém-nascido. Para tanto, porém, fica o consumidor adstrito a inscrever o nascituro um mês antes de seu nascimento previsto, já como seu dependente, devendo obviamente pagar sua mensalidade, sem saber se a criança viverá ou não. Tal regra contraria os deveres básicos de cooperação entre contratantes, pois é claro que o consumidor deseja e espera a cobertura integral de seu filho por nascer como

seu dependente, mas este fato ainda não ocorreu e a exigência legal é exagerada. Imagine-se que o nascimento seja prematuro, neste caso o consumidor não terá ainda inscrito seu "nascituro" como tal, pois o faria somente um mês antes de seu nascimento e ficará assim sem poder cumprir a norma legal e totalmente sem proteção legal ou contratual. Cooperar é não impedir a execução esperada e harmoniosa do contrato, é não impor barreiras maliciosas ao cocontratante, barreiras que agora teriam base em lei!

O referido projeto de norma legal dificulta de tal maneira a inclusão do filho recém-nascido no plano ou seguro, que se fosse uma cláusula contratual normal, seria considerada pela jurisprudência como contrária a boa-fé, logo, abusiva, seja pelo direito tradicional, seja pelo C.D.C. Aqui, porém, se trata de um projeto de norma legal e as normas não podem ser "abusivas", normas são aplicáveis ao caso concreto (a depender do campo de aplicação da lei) ou não aplicáveis (por diferenças no campo de aplicação ou por conflitos de leis no tempo), ou, no máximo, inconstitucionais (por conflito com a Constituição).

Registre-se, portanto, o perigo de, ao regular por lei este Plano Padrão, instituir em lei práticas abusivas e cláusulas abusivas, que passarão a integrar o regime legal dos planos e seguros de saúde, prejudicando ainda mais os consumidores e renovando o trabalho do Judiciário, que já decidia pacificamente em sentido contrário. Tais normas desequilibram as relações contratuais privadas mais do que as cláusulas eventualmente abusivas e, portanto, violam os interesses e direitos dos consumidor já protegidos por lei e pela Constituição Federal (art. 5 XXXII). Chegamos ao ponto de afirmar que melhor seria que estas práticas e cláusulas continuem somente previsões contratuais abusivas, submetidas ao controle reequilibrador do C.D.C., do que incluídas em autorizações legislativas de origem e razoabilidade duvidosas.

3. Autorização Legal para Estipular Livremente Carências, Franquias e Limites Financeiros

O art. 8º do referido Projeto de Lei prevê ainda a faculdade do fornecedor de serviços de as-

sistência à saúde estipular carências de todos os tipos, sem qualquer limite temporal. O único limite é dado pelo parágrafo único do próprio artigo 8º ao dispor que "o prazo de duração do contrato será, no mínimo, o dobro do tempo da maior" das carências contratualmente previstas. Este limite pode desestimular, de certa forma, a estipulação de carências longas, pois se para um parto a carência pode ser de 3 anos, o contrato deveria ter uma duração obrigatória de 6 anos.

A norma, porém, não regula a possibilidade de reabertura das carências, instrumento geralmente usado pelo fornecedor para compelir o consumidor a uma prestação regular e difícil, sob pena de reabrir determinadas carências e deixar sem cobertura os eventos de saúde que estão ocorrendo no momento. Esta insegurança e o uso abusivo das carências deveria ser regulado em lei. A lei age exatamente no sentido inverso, autorizando a estipulação de qualquer carência e, com seu silêncio, autorizando a reabertura dos prazos das carências contratuais como forma de pressão constante contra o consumidor. Neste sentido, o projeto não merece apoio e deve ser melhorado.

Uma vez que o projeto de Lei transforma todos os planos e sistemas atuais de assistência médica em grupo em seguros, deveria também ter a coragem de impor prazos máximos de carências em lei, sendo assim, uma vez cumprida a carência em um dos planos "legalmente autorizados", estas carências deveriam ser aceitas em outros planos ou seguros privados, coordenando a lei o repasse interno entre as empresas dos valores. Esta medida sem dúvida aumentaria a concorrência — pela qualidade — das empresas do setor e marcaria de maneira forte o controle do Estado para que o consumidor não seja mais um joguete entre planos, carências, rescisões e renovações contratuais, como está acontecendo hoje em dia.

O art. 8º do Projeto de Lei autoriza igualmente a estipulação de limites financeiros para o reembolso das quantias pagas e limites quanto às franquias concedidas contratualmente aos consumidores para o uso livre. O exato conteúdo contratual ficará assim a cargo exclusivo do fornecedor, principalmente se estes limites financeiros forem indexados, com o uso de indexador próprio das empresas ou das entidades médicas. Uma vez que o projeto de Lei silencia sobre

a possibilidade de modificação destes limites financeiros e franquias durante a execução do contrato, que é naturalmente de longa duração, cabe lembrar a proibição prevista no C.D.C., art. 51 inciso XIII, de cláusulas que permitam a variação unilateral do conteúdo do contrato, uma vez que tais cláusulas são abusivas e nulas.

4. Autorização Legal para Majorações do Preço por Idade e Conflito Quanto às Renovações Contratuais

Por fim cabe mencionar, outra prática abusiva do mercado que passará a ser autorizada por lei. O Projeto em questão faculta em seu artigo 9º de forma genérica qualquer a majoração das prestações ou contribuições, mencionando especificamente que esta majoração também poderá ocorrer com base apenas na idade que atingiu o segurado ou consumidor. Tal norma desconsidera totalmente quantos anos o consumidor está contribuindo para este plano ou seguradora, desconsidera suas expectativas de segurança e previsibilidade do serviço e permite que, no momento em que mais necessita destes serviços e da transferência para o sistema de seguros dos seus riscos de saúde, venha a ter seu valor majorado de forma que venha a deixar o sistema e perder esta segurança. O Projeto silencia sobre o valor máximo da valoração, autorizando-a simplesmente. Se o aposentado, que agora onera este sistema para o qual contribuiu durante anos, talvez sem utilizá-lo, não se retirar em virtude da autorizada majoração das contribuições, a omissão do Projeto de Lei permite ainda que a relação contratual termine ao fim do prazo do contrato, uma vez que a renovação não foi regulada em lei. Apenas a denúncia unilateral pelo fornecedor de serviços, durante o prazo do contrato fica proibida pelo art. 7º do Projeto.

De resto, continuarão litigiosas as renovações unilaterais impostas pelos fornecedores com modificação do conteúdo contratual, as decisões de não-renovação contratual de pessoas idosas, e todas as demais exigências contrárias à boa-fé, hoje usadas, na tentativa de impedir a utilização por estas pessoas mais idosas dos serviços oferecidos e contratualmente acertados. Neste sentido, não inova o projeto e nem melhora a proteção das expectativas dos consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão em Projeto de Lei de tais normas legais traz à luz perguntas importantes nos dias de hoje, em que se imagina um neo-liberalismo total, onde o Estado é substituído por empresas em suas funções essenciais, tais como assegurar saúde, educação e segurança aos seus cidadãos e opta por um controle descompromissado, por vezes fictício de tais responsabilidades transferidas. Estas perguntas revelam a grande insegurança jurídica do momento que vivenciamos e podem ser assim resumidas: É possível revogar um princípio legal, intrínseco ao um sistema jurídico, como o da boa-fé nas relações privadas, através de simples norma ordinária? Podem normas legais, elaboradas sob o interesse de determinados grupos econômicos e agentes no mercado, realmente autorizar a atuação conforme a má-fé objetiva, na esperança de prejudicar o co-contratante que, por exemplo, esquecerá de inscrever seu filho exatamente um mês antes do nascimento ou simplesmente não poderá fazê-lo por acaso da natureza? Basta estipular por lei um caso de abuso do direito e este potencial abusivo desaparece, tornando-se jurídica a atuação objetivamente abusiva? Será possível submeter o Judiciário e os aplicadores da lei a dar aplicação e eficácia a estas novas normas legais, mesmo se contrárias aos princípios de nosso sistema, aos próprios princípios constitucionais da atividade econômica (art. 170 CF/88) e aos direitos básicos do cidadão (art. 5XXXII CF/88)?

São perguntas difíceis, que tenho certeza serão respondidas a contento pelo Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal. Renovo somente a importância de um retorno ao estudo do sistema, à filosofia do direito e à procura da justiça para o caso concreto. É necessário dar destaque aos valores e princípios mestres como linhas básicas do direito, sob pena de, nestes tempos pós-modernos, desmoralizar-se a ciência do direito, que não saberá dar respostas justas para os casos mais simples, tão grande é o número de leis casuísticas e os interesses em conflito no caso concreto. Os princípios positivados no Código de Defesa do Consumidor podem ajudar neste caminho, oxigenando nosso direito civil e garantindo efetividade aos princípios constitucionais. Em resumo, o direito e

as leis devem servir à justiça e à harmonia social e não somente à economia e aos interesses momentâneos.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 Versão atualizada do trabalho apresentado no I Congresso Mineiro do Consumidor - Saúde e Qualidade, dia 17 de maio de 1996, em Belo Horizonte, organização BRASILCON/MG e Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
- 2 Assim Bourgoignie, Thierry, En guise de conclusion — Les relations patients-medecins de demain, in: Actes des Villes Journées du droit de la consommation des 6 a 7 de décembre 1993, INC HEBDO/866, 1994, p. 82.
- 3 Assim também Gherzi, Carlos Alberto, Contrato de Medicina prepaga, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 201.
- 4 Veja sobre o tema o nosso artigo "A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil", in: Revista AJURIS 64, p. 34-77.
- 5 Preferimos esta denominação à denominação usada na Argentina, qual seja de contratos pós-modernos, veja Gherzi, La Posmodernidad Jurídica - Una discusión abierta, Ed. Gowa, Buenos Aires, 1995, p. 45ss. Contratos cativos de longa duração são contratos de massa envolvendo serviços especiais e complexos renováveis no tempo, envolvendo uma série de fornecedores ou cadeia de fornecedores diretos e indiretos e que acabam por criar uma espécie de catividade ou dependência do consumidor para futuros contratos, futuras prestações ou mesmo para atingir o objetivo contratual postergado no tempo. Exemplos destes contratos são os contratos bancários ou financeiros que formam a relação banco-cliente/banco-cliente especial, os contratos de previdência privada, os contratos de uso de cartão de crédito, os seguros em geral, os serviços de organização e aproximação de interessados, como os fornecidos pelas empresas de consórcio e imobiliárias, os serviços de informação e lazer por cabo, telefone, televisão, computadores, assim como os serviços públicos ou privatizados de fornecimento de água, luz, telefone, e também os aqui mencionados contratos de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar ou de medicina em grupo.
- 6 Veja o nosso Contratos no Código de Defesa do Consumidor — O novo regime das relações contratuais, 2.ed., Revista dos Tribunais, 1995, p. 57ss.
- 7 Sobre a boa-fé nas relações de consumo e a cláusula geral de boa-fé do art. 51, inciso IV do C.D.C., veja Aguiar Jr., Ruy Rosado de, A Boa-fé na relação de consumo, in: Direito do Consumidor, vol. 14, p. 20ss.
- 8 Sobre a boa-fé como regra (objetiva) de conduta nas relações contratuais e no C.D.C., veja Junqueira de Azevedo, Antonio, A boa-fé na formação dos contratos, in: Direito do Consumidor, vol. 3, p. 78ss.
- 9 Assim tb. Junqueira, ob.cit., p. 84s.

- 10 Estes deveres de conduta originários da boa-fé são denominados de *Nebenpflichten*, deveres anexos ou deveres laterais pela doutrina alemã, veja Larenz, Karl, Schuldrecht, I, Beck, 1991, p. 26ss e Couto e Silva, Clóvis, A obrigação como processo, Bushatsky, 1976, p. 111ss, que os denomina "deveres secundários".
- 11 Ap. 240.429-2/6, 16.C. j. 25-10-94, Rel. Des. Pereira Calças, in: RT 719/129.
- 12 Sobre o inadimplemento dos deveres anexos ou deveres laterais de conduta nos contratos, veja Emmerich, Volker, Das Recht der Leistungsstörungen, 3.Ed., Beck, Munique, 1991, p. 214ss ou a nossa obra, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, ob. cit., p. 78ss.
- 13 Veja decisão do TJSP sobre a falha na informação sobre carências e a obrigação de cumprir o informado suportando os gastos de "pequena cirurgia", in: RT 721/128. O Relator pondera: "No caso concreto existem dois aspectos a serem considerados. Em primeiro lugar a informação enganosa prestada à ré pela empresa Magnum, que intermediou a contratação. A prova oral mostra que à ré foi dito que, cuidando-se do seu reingresso como segurada, seriam dadas certas vantagens, entre elas a inexistência de carência para pequenas cirurgias. Incide a regra do art. 30 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Se a curetagem é ou não cirurgia de pequeno porte, constitui questão técnica, mas aos olhos do leigo, tanto mais que a internação foi de apenas um dia, parece que é."
- 14 Veja a este respeito decisão exemplar do Juiz Roberto de Abreu e Silva, 10ª Vara Cível, Rio de Janeiro, que incluiu o tratamento a portadores do vírus da AIDS, mesmo havendo cláusula excluindo o tratamento de "epidemias", tendo em vista as informações prestadas pelos vendedores e promotores de vendas, assim como pela publicidade veiculada, que modificaram o conteúdo contratual, in: Direito do Consumidor, vol. 16, p. 202ss.
- 15 Exemplo da força vinculatória da publicidade e prospectos entregues pode ser observado no Acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ap. Civ. 592022826, j. 15/04/92: "Plano de Saúde. Não pode a seguradora negar-se à modificação da cobertura médico-hospitalar ainda que para diminuí-la, bem como as prestações mensais devidas pelo segurado, desta prevista a faculdade no manual por ela fornecido. Devolução das diferenças em dobro [Código do Consumidor, art. 42 Parágrafo único e devidamente corrigidas desde a data da alteração pretendida." E esclarece o Des. Ivo Gabriel da Cunha, p. 04: "O autor viu-se na contingência de pagar o exigido ou perder o seguro avençado" ... "Ora, depois do Código do Consumidor, esse tipo de posição não é mais sustentável: o que está na publicidade obriga o contratante."
- 16 Veja decisões sobre o inadimplemento da empresa OMINT no tratamento de paciente de AIDS, in: RT 721/113 e RT 719/123. No acórdão de 26.6.95 da 1ª Câmara do TJSP (ap. 248.120-2/4) esclarece o Relator: "...a testemunha ouvida, às fls., esclareceu que a representante da apelante foi identificada de fato de ser o apelado soropositivo HIV+ e que, mesmo assim, informou não haver restrição à sua admissão, exceção feita à carência, tendo sido a representante quem fez a anotação na proposta. Assim, na forma do art. 47 (do C.D.C.), as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Dessa maneira, ao aceitar a apelante a proposta de admissão do apelado ao plano, pactuou-se que o apelado, por ser portador do HIV+ deveria respeitar a carência contida no manual. Esta a única ressalva ao atendimento ao apelado." (RT 721, p. 114).
- 17 Veja utilização semelhante do art. 46 e art. 47 do C.D.C. para retirar do vínculo obrigacional cláusula não informada convenientemente antes da assinatura do contrato, na decisão do 1º Tribunal de Alçada de São Paulo, Rel. Juiz Lobo Júnior, de 26.7.94, in: Revista Direito do Consumidor, vol 14, p. 172s.
- 18 Os autores portugueses denominam este dever de dever de proteção, veja Menezes de Cordeiro, António Manuel da Rocha e, Da Boa-Fé no Direito Civil, Almedina, Coimbra, 1984, p. 610.
- 19 Bom exemplo neste sentido é o art. 42 do C.D.C., onde o dever de cuidado com o parceiro contratual vem positivado, exigindo na cobrança de dívidas redobrado cuidado, lealdade e respeito com o consumidor. A violação deste dever de cuidado é punida com a devolução em dobro do indébito. (art. 42, parágrafo único do C.D.C.).
- 20 Veja detalhes sobre o dever de cuidado, em nosso Contratos, ob. cit., p. 87s.
- 21 Neste sentido a decisão do TJSP, interpretando como coberto pelo contrato novo tipo de exame de medicina nuclear, face às recusas da seguradora de autorizar tal exame, pretendendo vender plano mais dispendioso, veja in: RT 716/170, com a seguinte ementa: "Apóiar recusa de exame de ressonância magnética solicitado por médico que faz parte do corpo clínico do convênio de assistência médica-hospitalar, a que pertence o conveniado, na omissão do contrato, é, no mínimo, utilizar de sofisma para coagir o associado a renunciar ao plano antigo e aderir aos novos e mais dispendiosos programas de assistência médica, refletindo conduta conflituante com padrões éticos exigíveis na espécie."
- 22 Veja neste sentido o parecer de Galeno Lacerda sobre contratos que permitem a utilização de médicos no exterior e de outro lado tentam limitar este tipo de serviço submetendo-os às regras brasileiras, in: RT717/117s.
- 23 Nesse sentido decisão do TJRS, de 22-10-91, Ap.C. 59105981, 6.C. Rel. Des. A. Libório Barros: "Assistência Médica. Plano de Saúde. Ressarcimento de Despesas. Descabe, por parte da entidade de assistência médica, a alegação de que o atendimento de saúde em unidade hospitalar não credenciada e que o

beneficiário deixou de comunicar. Impõe-se, pelas circunstâncias fáticas e pela interpretação do contrato, o ressarcimento das despesas efetuadas. Incluindo-se, aí, despesa com tomografia computadorizada."

- 24 Veja protesto do Deputado José Pinotti na audiência pública de 18/04/96, CFT N.0244/96, p. 23: "[O Plano exclui] também as doenças preexistentes. Pode-se provar muito facilmente que uma mulher com câncer de mama, que assinou um seguro-saúde há dois anos, já tinha o câncer há cinco anos, porque é verdade. O câncer de mama leva dez anos antes de aparecer como um tumor de dois centímetros. Portanto, esse plano é um absurdo..."
- 25 Veja o regime desta cláusula bastante comum, no nosso artigo na Revista AJURIS 64, p. 64ss.
- 26 Veja decisão do TJSP citando a jurisprudência acentada, in: RT 723/346ss.
- 27 Ap. Civ. 592088512, 3ª C.Civ., 30-9-92, Rel. Des. João Loureiro Ferreira e Ap. Civ. 5 9201077, 2ª Câm. Cível, Relator Des. Ivo Gabriel da Cunha, não publicadas.
- 28 Assim decisão do TJSP de 25.5.95, Ap. 263.362-2/8, 10.C, Rel. Des. Borelli Machado, reproduzida in: RT 721/127, com a seguinte ementa: "A figura da abusiva a fixação do período de carência para pequenas cirurgias e, não tendo o convênio de assistência médico-hospitalar produzido prova alguma que justificasse o prazo tão alargado, aplica-se o art. 51, I do C.D.C.".
- 29 Sobre a eventual responsabilidade solidária veja nosso artigo in AJURIS 64 e o artigo de França, Geraldo Veloso de, O Código do Consumidor e o exercício da medicina, in: Revista Direito do Consumidor, vol. 13, p. 56ss.
- 30 Veja art. 5º do Projeto de Lei nº 4.425/94, o qual exclui as doenças preexistentes à assinatura do contrato(I), tratamentos estéticos (III e V), inseminação artificial (IV), transplantes (VIII), tratamentos odontológicos (X), as calamidades e as epidemias (inciso XII).
- 31 Veja Parágrafo único do art. 5º do Projeto de Lei nº 4.425/94.

Sobre la Existencia de Una Familia Jurídica Latinoamericana

DIEGO P. FERNANDEZ ARROYO

Universidad Complutense de Madrid

Professor correspondente e co-orientador do

Grupo de Pesquisas do Deptº de Direito Público e Filosofia do Direito.

Coordenado pela Profª Claudia Lima Marques, UFRGS

SUMARIO

I — Introducción; II — Ubicación del "Derecho latinoamericano" en las Clasificaciones Tradicionales del Derecho Comparado: 1. El "Derecho Latinoamericano" Como Rama Diferenciada de la Familia Jurídica Romano-Germánica; 2. La "Originalidad" del Derecho Latinoamericano; III — Revisión de la Cuestión a la Luz de Una Concepción Funcional del Método Comparativo: 1. Perspectiva Funcional de la Actuación del Método Comparativo; 2. La Búsqueda de los Elementos Esenciales del Ordenamiento Mediante una Aproximación Compleja; 3. Método Comparativo Funcional, Clasificación de Familias Jurídicas y "Derecho Latinoamericano"; IV — A Modo de Conclusiones.

I — INTRODUCCION

1. En otras oportunidades, al ocuparnos de un tema tan concreto como es la codificación del Derecho internacional privado en América Latina, hemos hecho ya alusión a la cuestión que ahora tratamos¹. Allí, los respectivos desarrollos tenían una finalidad evidentemente explicativa aunque no por ello meramente referencial. Particularmente parecía importante desentrañar si los mecanismos de producción jurídica relativos a un sector específico y las relaciones reciprocas entre ellos, se veían de algún modo condicionados o diferenciados por el hecho de operarse dentro de una familia jurídica determinada. Desde esa perspectiva pudimos concluir que la idea central de la gran mayoría de los desarrollos teóricos comparativos, que pasaba por la reducción de los ordenamientos jurídicos a determinados tipos (familias jurídicas), choca contra los elementos particulares que presentan las distintas ramas del Derecho. Entre otras razones, porque cabe aceptar con alcance general que cada rama — dentro de un mismo ordenamiento — esta marcada por principios e influencias diferentes y que, por lo tan-

to, resulta prácticamente imposible acceder a una clasificación global plenamente satisfactoria².

No obstante ello, sin dejar de tener en cuenta esas conclusiones y siguiendo amables sugerencias, hemos de detenernos en el presente trabajo precisamente en la solvencia de los planteamientos referidos a la existencia de una familia jurídica latinoamericana. A tal fin consideramos pertinente seguir el hilo de algunos intentos clasificadores relevantes, tomando en cuenta la variación fundamental producida en la actuación del método comparativo desde los postulados más clásicos hasta su modernización "funcional"; es decir, distinguiendo dos corrientes básicas según el carácter de los elementos que se utilizan y la aptitud para captar la globalidad del ordenamiento jurídico de cada Estado³. Podrá intuirse rápidamente que a partir del tratamiento de la cuestión en el ámbito concreto definido, se acercarán argumentos más generales para una comprensión de la utilidad del método comparativo y de la trascendencia de la clasificación de los ordenamientos jurídicos en familias.