

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS NA SAÚDE SUPLEMENTAR

THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY AND ITS APPLICATION IN CONTRACTUAL RELATIONS IN SUPPLEMENTARY HEALTH

Richard Pae Kim¹

Professor do Curso de Mestrado em Direito Médico
(Unisa, Santo Amaro/SP, Brasil)

Gustavo Henrique de Oliveira²

Professor de Graduação de Direito Civil (USF, Bragança Paulista/SP, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; direito privado; direito à saúde; saúde suplementar.

RESUMO: A doutrina jurídica ainda está a construir o conteúdo jurídico do princípio da solidariedade e a sua aplicação nas relações contratuais na saúde suplementar tem ocorrido no campo interpretativo e avançado na construção da legislação infraconstitucional. A evolução do direito constitucional brasileiro e sua influência no sistema jurídico privado tem retirado a centralidade exclusiva no indiví-

duo para ampliar o escopo teleológico das normais em direção à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Não parece haver dúvida de que este foi um dos principais fundamentos utilizados pelo legislador para aprovar o projeto de lei que resultou na sanção e publicação da Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022, que alterou a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo, Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, Pós-Doutorado em Políticas Públicas, Administração e Sistemas Educacionais pela Universidade de Campinas, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). *E-mail:* richard.kim@cnj.jus.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6428673396519957>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1923-1824>.

² Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Advogado. *E-mail:* gholiveira38@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4810489845763252>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2647-5421>.

não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Este trabalho cuida juntamente deste fenômeno e da sua influência no sistema jurídico privado, buscando identificar o conteúdo jurídico do princípio da solidariedade insculpido no art. 3º, I, de nossa Carta Magna e a sua aplicação nas relações contratuais na saúde suplementar, utilizando o método hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

ABSTRACT: *Legal doctrine is still building the legal content of the principle of solidarity and its application in contractual relations in supplementary health has occurred in the interpretative and advanced field in the construction of infraconstitutional legislation. The evolution of Brazilian constitutional law and its influence on the private legal system has removed the exclusive centrality of the individual to expand the teleological scope of the norms towards the construction of a free, fair and solidary society. There seems to be no doubt that this was one of the main grounds used by the legislator to approve the bill that resulted in the sanction and publication of Brazilian Law n° 14,454, of September 21, 2022, which amended Law n° 9.656, of June 3, 1998, which provides for private health care plans, to establish criteria that allow the coverage of health exams or treatments that are not included in the list of procedures and events in supplementary health. This work deals with this phenomenon and its influence on the private legal system, seeking to identify the legal content of the principle of solidarity inscribed in article 3, I, of Brazilian Federal Constitution and its application in contractual relationships in supplementary health, using the hypothetical-deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence.*

PALAVRAS-CHAVE: princípio constitucional da solidariedade; aplicação nas relações privadas; saúde suplementar; rol exemplificativo de procedimentos; reajustes.

KEYWORDS: *constitutional principle of solidarity; application in private relationships; supplementary health; exemplary list of procedures; readjustments.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A evolução normativa dos princípios e seus efeitos na proteção ao direito à saúde; 2 O conteúdo jurídico do princípio constitucional da solidariedade e sua aplicação no direito privado; 3 A solidariedade nas relações privadas e na saúde suplementar; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The normative evolution of the principles and their effects on the protection of health law; 2 The legal content of the constitutional principle of solidarity and its application in private law; 3 The solidarity in private relationships and in supplementary health; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou nova fase da República Federativa do Brasil, refundando o País como um Estado Democrático de Direito e instituiu um sistema jurídico aberto, que incorporou valores e colocou o cidadão no centro das atenções do universo jurídico brasileiro.

Para alicerçar essa nova República, a Carta estabeleceu objetivos fundamentais a serem seguidos pelas autoridades constituídas, não só para atingir o desenvolvimento e o progresso da nação brasileira, mas também para que todo o seu intérprete – em especial os membros dos poderes – os utilize como vetores interpretativos, seja para a edição de leis e atos normativos, seja para a conformação de sua aplicação³.

O rol de objetivos do art. 3º da CF/1988 não é taxativo, mas não há dúvida de que aqueles que foram inseridos no seu inciso I consistem em verdadeiros substratos não só para a interpretação do direito infraconstitucional, de maneira humanizada, como também de todos os dispositivos de nossa Carta Magna, quando estabelece que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”.

O terceiro dos referidos objetivos, que a doutrina tem denominado de “princípio da solidariedade”, exige que o País supere o individualismo, valor esse consagrado pelos iluministas e enraizado pelos franceses no Código Napoleão, que se espalhou pelos diplomas normativos civilistas do mundo ocidental, em virtude da inegável influência do Código Civil francês no século XIX, determinando uma preocupação individualizada com o titular de uma vantagem jurídica, sem voltar os olhos e a atenção para o *alter*.

Após o enfrentamento de duas grandes guerras mundiais, a derrocada do muro de Berlim e a globalização, em especial entre os anos 70 e 80, o direito passou por reformulações axiológicas significativas e as sociedades ocidentais identificaram que há valores que devem receber também atenção e conferir oportunidade para que a sociedade se desenvolva de maneira menos egoísta, antes centrada no *self*, e contribua para a evolução e o bem-estar de cada um de seus membros. Um desses valores é a solidariedade.

³ MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 51.

A saúde suplementar, reconhecida como o plexo de atividades desempenhadas pelas operadoras de planos e seguros privados de assistência médica desprovida de vínculo umbilical com o Sistema Único de Saúde (SUS), mas que cada vez mais tem se aproximado de algumas políticas de Estado na área da saúde, como veremos adiante, é tema de fundamental importância para a nossa sociedade, porquanto o legislador constituinte originário erigiu como direito de todos e dever do Estado a saúde, no art. 196 da Constituição Federal.

A título de problema, a perfazer o objeto-alvo da pesquisa, estipula-se a localização precisa da ótima exegese extraível do ordenamento jurídico quanto (a) ao conteúdo do princípio da solidariedade e (b) a sua aplicação nas relações contratuais na saúde suplementar, inclusive em função do que estabeleceu a novel Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022, que estabeleceu critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos da Anvisa em eventos no âmbito dos contratos de plano e de seguro saúde.

Com o presente trabalho, que foi desenvolvido sob o respeito ao método hipotético-dedutivo, pretende-se descrever as linhas gerais da aplicação do princípio da solidariedade nas relações contratuais de saúde suplementar. É possível antecipar que o constituinte, ao incluí-lo como um dos objetivos de nossa nação, acabou por obrigar os intérpretes do Direito, em especial o Judiciário, a rever – sob essa nova óptica – os clássicos institutos jurídicos do direito privado e, em especial, os contratos.

1 A EVOLUÇÃO NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E SEUS EFEITOS NA PROTEÇÃO AO DIREITO À SAÚDE

O direito é um sistema e conjunto normativo, aperfeiçoado pelo Estado, de controle do comportamento das pessoas no meio social, a possibilitar uma convivência harmônica entre elas.

A Constituição de uma país, nos termos do art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão⁴, considerada como lei suprema – que organiza o Estado, separa os poderes e estabelece os direitos e as garantias fundamentais – também reconhecida como substrato normativo de validade

⁴ A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16, dispõe que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

de todo ordenamento jurídico, não se aparta do aspecto bem mencionado no escólio do saudoso Professor Antonio Junqueira de Azevedo, no sentido de que, apesar de ser a Constituição a principal lei, não deixa ela de ser “como as outras, sujeitas às mesmas vicissitudes históricas”⁵.

O constitucionalismo se expressa por meio do Estado de Direito, que se consolida na Europa, no transcurso do século XIX, com a ampla adoção do modelo universalizado pela Revolução Francesa: separação de Poderes e tutela dos direitos individuais. Modelo de Estado que se baseou no princípio da legalidade e sobre o monopólio estatal da produção jurídica. A norma legislada se converte em fator de estabilidade e unidade do Direito, cujo fundamento tem natureza positivista. A função da doutrina e jurisprudência se torna somente descritiva⁶.

Não se pode olvidar que as constituições devem inspirar os cidadãos de um Estado. Já escreveu Erika Arban que as constituições não devem apenas durar muito tempo e delinear as principais características de suas políticas, mas também devem ser repositórios de valores compartilhados, pois muitas vezes correspondem a princípios fundamentais aos quais os cidadãos aspiram⁷.

Como evolução do constitucionalismo, a partir do século XX, passamos por um momento de reconhecimento de supremacia da Constituição – de um Estado Constitucional de Direito –, de constatação de sua força normativa e, dentro deste contexto, vislumbramos uma nova filosofia de interpretação e aplicação do direito denominada de pós-positivismo. O pós-positivismo representa a superação do legalismo, não com recurso a ideias metafísicas ou abstratas, mas em razão do reconhecimento da existência de valores compartilhados por toda a sociedade. Esses valores, compartilhados por toda

⁵ AZEVEDO, A. J. O direito de ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. Revista do Advogado, ano XXVIII, n. 99, p. 12, set. 2008.

⁶ OLIVEIRA, G. H. de. *Responsabilidade civil: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*. Juruá: Curitiba, 2017. p. 106.

⁷ ARBAN, E. Italy: The Principle of Solidarity as a Principle of Equality. In: *The Principle of Equality in Diverse States. Reconciling Autonomy with Equal Rights and Opportunities*. Edited by Eva Maria Belser, Thea Bächler, Sandra Egli and Lawrence Zünd. Boston: Brill, 2021. p. 107-108. Para a certeza das coisas: “*Constitutions are not only meant to last for a long time and to outline the main features of the polity in question, but they can also be construed as the repositories of shared values, as they often contain fundamental principles to which citizens aspire*”.

a sociedade, “materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição”⁸.

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força normativa pela doutrina jurídica brasileira tem sido fundamental nesse processo evolutivo. Esses dois vetores estão a incidir “na direção da concretização constitucional, conformando a ação e reprovando a omissão dos Poderes constituídos no que se refere ao paradigma constitucional”⁹.

Os fenômenos mencionados *supra* e ocorridos nas últimas décadas – cuja identificação foi denominada de neoconstitucionalismo ou novo positivismo constitucional – provocaram um processo amplo e profundo de constitucionalização do Direito, que se verifica a partir de um efeito expansivo das normas constitucionais que, como regras e princípios, passam a reger a interpretação e a validade de todo o sistema jurídico infraconstitucional¹⁰.

Conforme Daniel Sarmento, a consequência dessa “força” se apresenta por meio da seguinte faceta: os princípios e valores da Lei Suprema adentram em todo o sistema jurídico, impondo uma “filtragem” constitucional do ordenamento, isto é, a releitura dos institutos e conceitos dos mais variados ramos do Direito à luz da Constituição¹¹.

Pode-se afirmar que a constitucionalização do direito envolve dois fenômenos distintos, quais sejam: em primeiro lugar, a nossa Constituição Federal prevê em seu bojo institutos clássicos de todos os ramos do Direito, mesmo que não tratem eles, necessariamente, de matéria estritamente constitucional, como é o caso do casamento, previsto no art. 226 de nossa

⁸ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 328.

⁹ MASSAÚ, G. C.; COSTA, V. R. Mapeamento da aplicação do princípio da solidariedade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 20, n. 81, p. 229, 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1339-2508-1-PB.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2022.

¹⁰ BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, D. A. de M.; SOUZA NETO, C. P. (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumern Juris, 2007. p. 2016-217.

¹¹ SARMENTO, D. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, D. A. de M.; SOUZA NETO, C. P. (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumern Juris, 2007. p. 122.

Carta Magna. Em segundo lugar, esse fenômeno envolve uma supremacia dos princípios constitucionais – portadores dos valores mais relevantes para a sociedade – no momento de se interpretar as leis infraconstitucionais.

Um exemplo desse segundo aspecto da constitucionalização do Direito foi o julgamento da ADPF 132/RJ, que tratou acerca do reconhecimento como entidade familiar da união estável entre pessoas do mesmo sexo, conferindo uma interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723¹² do Código Civil, no sentido de afastar qualquer significado que obstaculize o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os pressupostos previstos nesse artigo¹³.

A ideia da separação conceitual entre Direito e moral é um componente caracterizante do positivismo jurídico denominado metodológico, vale dizer, aquela maneira de ver segundo o qual o Direito pode ser descrito e identificado em termos científicos sem valorações morais¹⁴.

Em crítica ao positivismo, dispõe Paulo Ricardo Schier que

viveu-se, no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da ideia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados linguísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação

¹² “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. 2011. p. 32. Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>.

¹⁴ GUASTINI, R. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, A. V.; OLIVEIRA, E. S. de (org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri/SP: Manole, 2010. p. 57.

de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição.¹⁵

Consigne-se que os arts. 1º e 2º da Constituição alemã tornaram, antes da consagração entre nós do princípio da dignidade da pessoa humana, fonte direta de um direito geral de personalidade, tutelado contra ingerências indevidas de qualquer pessoa física ou jurídica, fundamentado na inalienável pretensão da pessoa ao respeito à própria dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade¹⁶.

O consenso acerca da normatividade dos princípios constitui fenômeno um tanto quanto recente, tendo percorrido uma longa trajetória histórica, desde o jusnaturalismo onde se organizavam fora do direito, no campo da ética e dos valores, passando pelo positivismo, quando são unificados ao direito objetivo como fontes subsidiárias para a integralização de lacunas, até chegarmos ao pós-positivismo (fase atual), em que os princípios são equiparados finalmente às demais categorias normativas¹⁷.

Assinale-se que a existência e o reconhecimento de princípios pela ordem jurídica não representam propriamente uma novidade. Vindos dos textos jusnaturalistas, religiosos ou filosóficos, os princípios há muito tempo permeiam o Direito, de maneira direta ou indireta. É da tradição judaico-cristã que se colhe o preceito de respeito ao próximo; da filosofia grega surge o preceito da não contradição, preconizado por Aristóteles, que se tornou uma das mais importantes leis do pensamento: “[n]ada pode ser e não ser simultaneamente”, princípio que embasa a ideia de que o Direito não se compadece com as antinomias. No Direito romano, o viver honestamente, o

¹⁵ SCHIER, P. R. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: SARMENTO, D. A. de M.; SOUZA NETO, C. P. (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 199-200.

¹⁶ MARINI, G. La giuridificazione della persona ideologie e tecniche nei diritti della persona. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, ano 52, n. 3, p. 367, magg./giug. 2006.

¹⁷ DELGADO, M. L. Responsabilidade civil por violação do direito fundamental à busca da felicidade: reflexões sobre um novo dano. In: *Responsabilidade civil 50 anos em Portugal e 15 anos no Brasil*. Coordenação: Francisco Arthur de Siqueira Muniz e Mafalda Miranda Barbosa. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 357-358.

não lesar a outrem e o dar a cada um o que é seu foram sintetizados como princípios básicos¹⁸.

Como se denota, os princípios vêm de longa data e desempenham funções variadas. A novidade, entretantes, está no reconhecimento de sua normatividade e a ampliação da noção de norma jurídica que ocasionou a completa transposição dos princípios para o mundo do Direito, uma vez que passou a constituir, como referido alhures, um gênero dentro do qual se distinguem as regras e os princípios: aquelas são compostas por um relato mais objetivo, direcionando, em primeiro plano, para a determinação da conduta a ser observada; e os princípios, denominado também de “mandamentos de otimização”, com um grau mais elevado de abstração, fixando, imediatamente, um estado de coisas a ser alcançado¹⁹.

Assim, após o desenvolvimento do chamado Estado Constitucional de Direito, fenômeno jurídico vinculado com o fim da 2ª Guerra Mundial, os direitos fundamentais começaram a desfrutar de maior eficácia e autonomia, espalhando efeitos para todo o ordenamento jurídico, tanto como vetor hermenêutico quanto como regulador imediato de situações jurídicas²⁰.

Nesse sentido, a dignidade, que se manifesta principalmente por meio da tutela dos direitos fundamentais, catalisa a despatrimonialização do direito e a sua conseqüente repersonalização e promove, juntamente com o princípio da solidariedade, uma série de alterações na interpretação de ramos importantes do Direito, tais como o direito contratual. Essa personalização do direito coloca a pessoa no centro do ordenamento jurídico.

Os objetivos consagrados por nossa Carta Magna, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza, inseriram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do sistema jurídico brasileiro, de maneira que tal é o valor que conforma a totalidade dos ramos do Direito²¹.

¹⁸ BARCELLOS, A. P. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. In: *Comentários à Constituição*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2018. p. 97.

¹⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 98.

²⁰ OLIVEIRA, G. H. de. *Responsabilidade civil: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*, *cit.*, p. 391.

²¹ DE MORAES, M. C. B. *A caminho de um direito civil constitucional*. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>. p. 5. Acesso em: 14 fev. 2022.

A defesa dessa pessoa humana também se manifesta por meio da proteção à sua saúde, que se insere no âmbito constitucional como direito fundamental e no âmbito privado como direito da personalidade.

É inegável que a Constituição Federal, ao preconizar em seu art. 6º o “direito à saúde” como direito social, tratou de afirmá-lo como um “direito fundamental” do ser humano que, na linguagem corrente, encontra-se dimensionado como uma autêntica liberdade positiva, que foi contemplada no art. 5º, § 1º, do mesmo Texto, definindo direitos fundamentais de “segunda dimensão”, com aplicabilidade imediata.²²

Dessa maneira, entende-se que o direito à saúde se apresenta com dupla natureza, ao se encaixar “como um direito da personalidade – inserido nos Códigos Civis em geral – e como um direito fundamental, referido também pelos textos constitucionais, como expressão de fenômeno que se tornou comum nas últimas décadas”²³.

A Carta Magna possui posição central, na medida em que se ocupa dos direitos humanos e os transforma em direitos fundamentais, fazendo-os produzir efeitos por todo o ordenamento e balizar a sua compreensão. Considerada a força normativa da Constituição e a propagação de efeitos dos princípios e direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, o preceito ou direito fundamental à solidariedade pode ser visualizado como um vetor interpretativo para todas as condutas que são realizadas sob sua égide²⁴.

Em complemento, é preciso reconhecer que a teoria acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais também se conecta com a ideia de constitucionalização do direito, à medida que os direitos fundamentais

²² CIARLINI, A. L. de A. S. *Direito à saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34.

²³ SCAFF, F. C. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9.

²⁴ CARVALHO, M. H. P.; MIRANDA, M. L. L. O princípio da solidariedade no enfrentamento da Covid-19 no Brasil. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, n. 1, v. 10, p. 19, 2021. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/729/789>. Acesso em: 22 ago. 2022.

também funcionam como princípios constitucionais que são utilizados para a interpretação dos direitos infraconstitucionais.

No REsp 1.280.211/SP, o Relator Ministro Marco Buzzi, ao se referir à limitação da autonomia da vontade provocada pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, asseverou que

a eficácia horizontal dos direitos fundamentais reclama a proteção do direito social à saúde do idoso em face dos poderes privados, traduzindo limitação à autonomia da vontade, sem olvidar, contudo, a natural busca do lucro pelo desempenho de atividade econômica, desde que não represente demasiada oneração ao consumidor.²⁵

Reconhece-se que a própria solidariedade é decorrência do princípio da dignidade humana, pois compele a todos que sejam solidários com as inúmeras possibilidades de expressão da personalidade humana. Dessa forma, o que mais nos interessa dentro desse fenômeno de constitucionalização do direito são os seus reflexos nos planos privados de assistência à saúde, que apenas conseguem operar a partir do respeito ao princípio da solidariedade intergeracional.

A discussão torna-se importante, à medida em que os valores a serem cobrados dos usuários de planos de saúde vão aumentando de acordo com um critério etário. Quanto mais velha a pessoa maior será o valor a ser pago por ela à operadora do plano de saúde mensalmente.

Nesse sentido, a cláusula que autoriza o aumento de mensalidade de plano de saúde de acordo com a mudança de faixa etária se fundamenta também no princípio da solidariedade, uma vez que, dentro do contexto contratual, obriga os mais jovens a pagarem valores proporcionalmente mais elevados, em benefício das pessoas mais idosas, o que ressalta a ideia da necessidade de cada membro da coletividade preocupar-se com o outro.

²⁵ REsp 1.280.211/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 04.09.2014.

2 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PRIVADO

A ideia de solidariedade surge na Antiguidade clássica, quando já se admitia o homem como um animal cívico, que se agregava a outros para tornar sua vida menos sacrificante e custosa. Foi Aristóteles que, a partir de seus estudos filosóficos, construiu a ideia de solidariedade pela primeira vez na civilização humana²⁶.

A solidariedade tem significativa expressão em sua ancestralidade, vinculada às suas origens estoicas e cristãs, em que o homem se associava pelo amor fraterno, em virtude da ideia de que todas as pessoas eram filhas do mesmo pai. Assim, havia um dever de cooperação advindo da própria coexistência, que ocasionava uma obrigação moral, buscando atender aos interesses comuns, fundamentado na ideia de reciprocidade²⁷.

Com a superação do individualismo, traço marcante do Estado Liberal, surge a ideia do ser humano como detentor de direitos sociais e, conseqüentemente, a necessidade de o bem-estar social ser protegido, permitindo a sua sobreposição, inclusive, aos interesses privados²⁸.

A Constituição Federal, em seu Título I, ao tratar dos princípios fundamentais, mais precisamente em seu art. 3º, consagra, em rol meramente exemplificativo²⁹, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Logo, no primeiro inciso do citado texto normativo, a Carta dispõe que são objetivos fundamentais de nosso Estado “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Trata-se de norma de conteúdo programático, comando-valor, e não comando-regra³⁰.

O constituinte originário brasileiro também se inspirou no modelo da Constituição de Portugal, que, em seu art. 9º, ao consagrar em seu título “Tarefas fundamentais do Estado”, também erigiu nele um sistema a estipular metas,

²⁶ CARVALHO, M. H. P.; MIRANDA, M. L. L. *Op. cit.*, p. 16.

²⁷ QUINTANA, J. G.; REIS, J. R. O princípio da solidariedade como meio de realização do macro princípio da dignidade. *Revista Digital Constituição de Garantia de Direitos*, n. 1, v. 10, p. 225, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/13470/9144>. Acesso em: 22 ago. 2022.

²⁸ CARVALHO, M. H. P.; MIRANDA, M. L. L. *Op. cit.*, p. 16.

²⁹ MORAES, A. de. *Op. cit.*, p. 51.

³⁰ VASCONCELOS, C. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 66.

tarefas, objetivos e qualificados como fundamentais, que visam promover o bem-estar de todos em determinado momento³¹.

O objetivo é indicativo de “algo que se aponta para frente”, designando um ponto adiante a ser atingido pela prática de alguma ação, ou seja, os verbos componentes do dispositivo constitucional denotam a necessidade dos destinatários da norma de alcançar determinado desiderato³².

Importante salientar que os objetivos não podem ser confundidos com os fundamentos, apesar de que, por vezes, isso pode vir a ocorrer, pois estes últimos trazem a ideia de inerência ao Estado, fazendo parte de sua estrutura, ao ponto de que os objetivos sinalizam algo exterior que precisa ser perseguido, como referido³³.

Na espécie, ao escolher a solidariedade como uma delas, a Carta da República pretende que todos busquem construir uma sociedade livre, justa e solidária, desde que sejam utilizados quaisquer meios legais e legítimos, a fim de que a finalidade seja satisfeita, sendo evidente que “[a] definição desses meios encontra-se no espaço próprio da deliberação política e caberá, como regra, ao Legislativo e, na esfera de sua competência, ao Executivo”³⁴.

Assim, o princípio da solidariedade autoriza o legislador a afastar a ideia de proporcionalidade em algumas situações jurídicas, impondo deveres que poderiam ser considerados inconstitucionais por serem desproporcionais e ofensivos à propriedade. Um bom exemplo, para Barcellos, seria a autorização, por meio do princípio da solidariedade, destinada ao legislador para criar encargos financeiros nos sistemas de seguridade social, com a função de custear benefícios que não serão necessariamente usufruídos por aqueles que pagam³⁵, não se podendo olvidar, contudo, que a opção será do cidadão, representado legitimamente pelo parlamentar.

É o que se extrai, por exemplo, nas relações jurídicas estabelecidas nos planos de saúde, onde os mais jovens acabam pagando mais caro pelos serviços, para poderem, com clara implementação ao princípio da solidariedade, tornar

³¹ BULOS, U. L. *Constituição Federal anotada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 72.

³² SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48.

³³ BASTOS, C. R. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 160.

³⁴ BARCELLOS, A. P. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 148.

³⁵ *Id.*, *ibid.*

o serviço de saúde suplementar sustentável a todos, notadamente ao mais velhos.

Reconhece-se que a saúde suplementar no Brasil não exclui os seus usuários do SUS, porquanto o nosso sistema constitucional é misto, nesse sentido:

Importante compreender que a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre o sistema de saúde brasileiro, reconheceu-o como um sistema misto, composto por um subsistema público e universal (Sistema Único de Saúde) e por um subsistema privado, que funciona de forma suplementar e é composto pelas atividades exercidas pelas operadoras de planos e seguros de saúde. Apesar dessa clivagem, o texto constitucional é estreme de dúvidas sobre o caráter inarredável da saúde como um direito social e o reconhecimento das suas ações e serviços como de relevância pública. Portanto, qualquer análise acerca dos subsistemas de saúde e suas relações jurídicas não pode desconsiderar essas premissas.³⁶

A realização ou a efetividade prática do art. 3º da CF/1988, como a dos demais dispositivos de nossa Carta Suprema, dependerá, em regra, da atuação do Poder Público, destinatário imediato do comando constitucional em debate. Para alguns juristas, é utópica a assertiva de que as normas constitucionais são destinadas para o cidadão³⁷, e neste ponto divergimos.

Não podemos negar que as normas constitucionais são direcionadas, imediata ou primeiramente, ao Poder Público, atribuindo-lhe a verdadeira missão de legislar, executar e decidir acerca da matéria estabelecida na Constituição.

³⁶ ALVES, S. M. C. Saúde como direito e o subsistema de saúde suplementar. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, p. 8, 2022 jan./mar. 11.

³⁷ BULOS, U. L. *Op. cit.*, p. 71-72.

No entanto, não há como afastar a incidência de seus princípios e suas regras também aos cidadãos, brasileiros ou universais³⁸, ficando evidente seus efeitos horizontais, que devem ser respeitados pelos cidadãos, sob pena de se tornar inviável alcançar os desideratos indicados no art. 3º, I, da Constituição Federal, ainda mais quando a própria Carta não estipula o destinatário da norma.

Para outros, não seria possível conferir ao princípio da solidariedade um destaque tão amplo no âmbito do direito civil. Nesse sentido, para a certeza das coisas:

Uma questão que o princípio da solidariedade suscita envolve a possibilidade de o judiciário, sem lei, impor a particulares deveres com fundamento direto no princípio referido. A possibilidade parece incompatível com o sistema constitucional, que tem por princípios fundamentais o pluralismo político e a ordem democrática (CF, art. 1º, V e parágrafo único), já que importaria subtrair do Legislativo a definição das políticas públicas específicas que irão realizar os fins constitucionais, para transferi-las ao Poder Judiciário. No caso específico, ademais, violaria o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II, e parágrafo único) a criação de deveres com fundamento direto no princípio da solidariedade, sem previsão legal ou contratual.³⁹

Contudo, para Barroso⁴⁰, há regras específicas em nossa Carta Magna que influenciam institutos clássicos do direito infraconstitucional, bem como princípios que se espalham por todo o ordenamento jurídico. No caso do direito privado, além da vinda para a Constituição de princípios e regras que influenciam as relações privadas – *e.g.*, função social da propriedade, proteção do consumidor, igualdade entre cônjuges, igualdade entre filhos, novas formas

³⁸ KIM, R. P. O conteúdo jurídico de cidadania na Constituição Federal do Brasil". In: MORAES, A. de; KIM, R. P. (coord.). *Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivo*. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁹ BARCELLOS, A. . *Op. cit.*, p. 149.

⁴⁰ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 151.

de entidade familiar reconhecidas –, a dignidade da pessoa humana provocou um impacto gigantesco.

A partir da consagração dessa cláusula geral, tem lugar a chamada despatrimonialização do direito civil, bem como a sua conseqüente repersonalização, com destaque para os valores existenciais e do espírito, “bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica”⁴¹.

A saúde suplementar insere-se neste contexto, porquanto tem por objetivo a garantia do direito à saúde, direito da personalidade, por meio do desenvolvimento de atividade realizada pelos planos de saúde.

3 A SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS E NA SAÚDE SUPLEMENTAR

A pesquisa realizada evidenciou que o princípio da solidariedade tem o potencial de ser objeto de estudos pelos juristas também da área do direito privado, em especial quando há evidente colisão entre os interesses individuais e coletivos.

A saúde pode ser definida como o equilíbrio psicofísico do ser humano e que muda de sujeito para sujeito, bem como de acordo com a própria pessoa no tempo⁴².

A atividade desenvolvida no Brasil por pessoas jurídicas, que envolve a operação de planos e seguros privados de assistência médica à saúde, denominada de saúde suplementar, encontra-se sustentada no plano jurídico, também pelo princípio da solidariedade.

Giovanni Marini afirma que institutos fundamentais do direito privado têm, modernamente, sofrido influências de valores solidaristas da Constituição, que acabam causando modificações na forma de interpretá-los⁴³.

⁴¹ *Id.*, *ibid.*

⁴² SCAFF, F. C. *Op. cit.*, p. 9.

⁴³ MARINI, G. *Op. cit.*, p. 362.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. XXIX, assevera que “todo homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é essencial”⁴⁴.

O princípio jurídico da solidariedade é o triunfo do coletivo contra o individualismo jurídico, representado pela superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir da prevalência dos interesses individuais, que sinalizou os primeiros séculos da modernidade.

No mundo antigo, a pessoa era concebida apenas como parte do todo social: daí ser imprescindível a ideia de direito subjetivo. No mundo moderno liberal, o indivíduo representava o centro de emanção e destinação do direito; daí ter o direito subjetivo obtido a centralidade jurídica. No mundo contemporâneo, procura-se o equilíbrio entre os espaços públicos e privados e a necessária interação entre os sujeitos, surgindo a solidariedade como elemento estabilizador dos direitos subjetivos⁴⁵.

A ideia delineada por nossa Constituição Federal, de que se deve construir em nosso País uma sociedade solidária, trouxe, para o direito privado, a preocupação não apenas com o titular do direito, mas também uma inquietação com relação àqueles que vão se beneficiar dos influxos das escolhas que se tornaram jurídicas.

Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça⁴⁶ já teve a oportunidade de decidir que não viola a intimidade ou a vida privada, por se sobrepor interesses maiores da sociedade, uma pessoa receber diagnóstico de ser soropositiva sem ter desejado realizar esse específico exame.

⁴⁴ LÓBO, P. *Direito civil*. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2022. p. 70.

⁴⁵ LÓBO, P. *Op. cit.*, p. 70.

⁴⁶ “RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DA REALIZAÇÃO DE EXAME DE HIV NÃO SOLICITADO, POR MEIO DO QUAL O PACIENTE OBTEVE A INFORMAÇÃO DE SER SORPOSITIVO – VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – INFORMAÇÃO CORRETA E SIGILOSA SOBRE SEU ESTADO DE SAÚDE – FATO QUE PROPORCIONA AO PACIENTE A PROTEÇÃO A UM DIREITO MAIOR, SOB O ENFOQUE INDIVIDUAL E PÚBLICO – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO – I – O direito à intimidade, não é absoluto, aliás, como todo e qualquer direito individual. Na verdade, é de se admitir, excepcionalmente, a tangibilidade ao direito à intimidade, em hipóteses em que esta se revele necessária à preservação de um direito maior, seja sob o prisma individual, seja sob o enfoque do interesse público. Tal exame, é certo, não prescinde, em hipótese alguma, da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio basilar e norteador do Estado Democrático de Direito, e da razoabilidade, como critério axiológico. [...]”

Com o Código Civil de 2002, reconhece-se que, mesmo para o direito privado, esse direito também é social, em sua origem e destino, o que implica na correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos aos interesses individuais, com o escopo de que a pessoa humana seja preservada sem exclusivismos e privilégios, em uma ordem globalizada de participação comum⁴⁷.

Valorizou-se a palavra “nós”, em detrimento do vocábulo “eu”, de forma que os grandes ícones do direito privado ganharam uma denotação social: o contrato, a empresa, a responsabilidade civil, a propriedade, a posse, a família e o testamento⁴⁸.

A Constituição exige que as ações da República Federativa do Brasil conservem a humanidade mediante a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a exigir o atingimento das metas já referidas neste trabalho, buscando harmonizar os direitos do indivíduo e da coletividade. Como já se escreveu,

no campo do direito privado é fundamental esclarecer que tal compreensão da dignidade não implica na impossibilidade de se colocar alguém “em situação de desvantagem em prol de outrem”, mas sim que as pessoas nunca poderão ser “tratadas de tal forma que se venha a negar importância distintiva de suas próprias vidas” [...] e é evidente que somente por intermédio de um juízo de ponderação, é possível avançar na busca de um sentido social de contrato, vinculado às ideias de justiça social preconizadas no texto constitucional.⁴⁹

⁴⁷ REALE, M. *Anteprojeto do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 26.

⁴⁸ TARTUCE, F. *Direito civil*. Lei de Introdução e Parte Geral. 17. ed. Rio de Janeiro, 2021, p. 109.

⁴⁹ EHRHARDT JÚNIOR, M. A. de A. O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1422, 24 maio 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9925>. Acesso em: 30 jul. 2019.

Consigne-se que a autonomia da vontade é limitada pelo Estado, no que tange à sua funcionalização e correspondência com os preceitos constitucionais, não sendo considerada um valor em si mesmo⁵⁰.

Não há que se confundir a “solidariedade no contrato” com o “solidarismo contratual”. Aquela existe quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito ou obrigado, à dívida toda, previsto no arts. 264 a 266 do Código Civil. Por outro lado, este pode ser descrito como a tese que erige como pressupostos na hermenêutica dos direitos dos contratos a exigência de respeito à função social, à lealdade, à solidariedade e à boa-fé, impondo aos contratantes a obrigação de colaborar e de observar o coletivo.

Com isso, afasta-se o ordenamento hodierno da doutrina mais tradicional, impregnada dos valores clássicos do liberalismo. A sua aplicação, no entanto, exige respeito à segurança jurídica e ao princípio da proporcionalidade em que se deve alcançar uma harmonia entre o individual e o coletivo, em busca do bem comum.

Partindo-se do pressuposto de que a solidariedade se espalha por todo o direito privado, podemos buscar nos ramos mais importantes do nosso Código Civil a influência desse princípio, tanto como vetor hermenêutico, como preceito jurídico expresso e específico preconizado pelo nosso legislador de 2002, tais como os textos normativos do Código Civil que tratam da funcionalização do contrato⁵¹ e da propriedade⁵². Essa conclusão, fundada na procura pela justiça distributiva e igualdade substancial, “objetiva superar uma visão míope e egoística do direito”⁵³.

⁵⁰ PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 277.

⁵¹ “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)”.

⁵² “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

⁵³ BRAGA NETTO, F. P.; FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 51.

No direito das obrigações, mais precisamente na sua teoria geral, vamos encontrar de maneira mais veemente a influência do princípio da solidariedade, insculpido no art. 421 do Código Civil, que, recentemente, recebeu redação diversa.

Com efeito, dispõe o atual art. 421, *caput*, que: “[a] liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. A nova redação desse dispositivo legal foi dada pela Lei nº 13.874, de 2019, em uma busca pela modificação do cenário atual da ciência contratual e da interferência do Poder Judiciário nas relações contratuais, que obtiveram, nos últimos anos, em virtude da consagração dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, uma intromissão bem acentuada.

Essa tentativa de frear a interferência nas relações jurídicas contratuais fica ainda mais evidente a partir da leitura do parágrafo único do art. 421, que enfatiza a ideia de que, nas “relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

Nada obstante, essa modificação não surgiu isenta de críticas com apontamentos acerca de sua inocuidade, notadamente porque a função social do contrato e a boa-fé objetiva têm raízes constitucionais. Conforme pontua Flávio Tartuce:

De fato, esse tal *princípio da intervenção mínima* é desconhecido pelos civilistas, no âmbito dos contratos, sendo mais um argumento retórico e ideológico do que um princípio contratual com efetividade. Fala-se em intervenção mínima apenas no campo do Direito de Família, pelo que consta do art. 1.513 do Código Civil, que veda a qualquer pessoa, de Direito Público ou Direito Privado, interferir nas relações familiares. Na verdade, a afirmação de que a intervenção do Estado não constitui regra, mas exceção, já poderia ser retirada da própria ideia de autonomia privada ou da força obrigatória da convenção. De todo modo, os abusos contratuais são comuns no Brasil e, em casos tais, é imperiosa a intervenção estatal, por meio do Poder Judiciário. Pela *Lei da Liberdade Econômica*, no máximo, pode-se considerar que a intervenção

mínima tem incidência para os contratos paritários, com conteúdo amplamente negociado pelas partes, geralmente grandes empresas, que são o seu principal âmbito de aplicação.⁵⁴

Consigne-se o fato de que tamanha é a importância do princípio da função social do contrato que há outra previsão expressa, no próprio Código Civil de 2002, mais precisamente em seu art. 2.035, parágrafo único⁵⁵, que o consagra e afirma tratar referido preceito de norma de ordem pública, o que traz consigo uma série de consequências importantes, tais como a impossibilidade de as partes disporem de maneira diversa e, na seara processual, a possibilidade de o magistrado pronunciar-se de ofício acerca dessa questão, não sendo ela envolvida pelo princípio da congruência ou da adstrição.

Ao asseverar que a liberdade contratual⁵⁶ deve ser exercida em conformidade com a função social do contrato, o legislador brasileiro de 2002, em texto normativo não existente no direito comparado⁵⁷, compatibilizou o princípio da solidariedade com o mundo dos contratos, local onde a autonomia privada se manifesta com mais amplitude. Esse princípio qualifica a função social do contrato.

Como se sabe, a função social do contrato possui dois níveis: um nível intrínseco ou eficácia interna e um nível extrínseco ou efeito externo. O primeiro manifestar-se-ia na relação interna das partes contratantes gerada com a celebração do contrato, materializando-se mais precisamente no princípio da boa-fé objetiva – originada do Código Civil alemão, BGB, em seu § 242 –, exigindo dos celebrantes um padrão de comportamento honesto e leal entre si, não permitindo a frustração das expectativas em uma relação contratual. O segundo nível, por seu turno, revela-se por meio do impacto eficaz do

⁵⁴ TARTUCE, F. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 97.

⁵⁵ CC: “Art. 2.035. [...]. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

⁵⁶ TARTUCE, F. *Op. cit.*, p. 103.

⁵⁷ NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Código Civil comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 854.

contrato diante do grupo social. Seria a visão do negócio bilateral em face da coletividade⁵⁸.

A função social do contrato é uma cláusula geral, constituída por uma expressão vaga e fluida, que permitirá ao juiz, no caso concreto, valendo-se de outros valores (econômicos, morais e sociais), não necessariamente jurídicos, retirar a norma mais adequada do texto normativo para a devida aplicação. Dessa maneira, maiores chances são conferidas ao magistrado de se fazer justiça no caso concreto, com múltiplas possibilidades que são oferecidas, desde a proclamação da inexistência do contrato por falta de objeto ou por fraude à lei imperativa, à determinação da indenização, “como soluções ao problema do desatendimento à cláusula geral da função social do contrato”⁵⁹.

Em nome do princípio da solidariedade, o Estado poderá se imiscuir nas relações jurídicas privadas, sempre que a liberdade contratual estiver se opondo aos interesses da coletividade.

Assim, também em nome do princípio da solidariedade, alguns contratantes podem ter mais vantagens do que outros, o que significa dizer que, em uma relação contratual, o seu equilíbrio poderá depender de maiores sacrifícios impostos a um grupo de pessoas visando à proteção de interesses mais importantes da coletividade.

Isso é o que ocorre nos contratos de saúde suplementar.

Guido Alpa, ao cuidar do denominado “controle judicial do contrato”, assevera que vários são os significados dessa expressão e explica que muitas são as maneiras de manifestação desse controle; no entanto, em sua execução, deve o aplicador da lei ater-se a regras que balizam a sua discricionariedade, vale dizer, a sua liberdade de avaliação e de atuação: regras previstas no Código Civil, em legislação especial e em outras fontes do direito, como a jurisprudência⁶⁰.

Em continuidade, explicita o autor italiano que os espaços de avaliação e de operatividade do magistrado são extensos e os seus limites de discricionariedade se ampliam cada vez mais quando os textos normativos

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, H. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 43.

⁵⁹ NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Op. cit.*, p. 854.

⁶⁰ ALPA, G. Il controllo giudiziale del contratto e l'interpretazione. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, a. 2, sérieV, p. 195/196, abri/jun. 2014.

aplicados contenham cláusulas gerais, princípios gerais e expressões vagas, que têm como escopo não apenas adequar as regras às circunstâncias fáticas, atenuando e temperando os seus rigores, se considerados excessivos, ou remodelando os preceitos se avaliados assaz restritivos, mas, outrossim, a ponto de inserir na decisão valores subjacentes ao ordenamento jurídico, como a solidariedade, a boa-fé, o abuso, etc.⁶¹

Conforme pontua Pietro Perlingieri:

A jurisprudência dos valores constitui, sim, a natural continuação da jurisprudência dos interesses, mas com maiores aberturas para com as exigências de reconstrução de um sistema de “Direito Civil constitucional”, enquanto idônea a realizar, melhor do que qualquer outra, a funcionalização das situações patrimoniais *àquelas* existenciais, reconhecendo a estas *últimas*, em atuação dos princípios constitucionais, uma indiscutível preeminência.⁶²

Com relação à saúde suplementar, a solidariedade constitucional, para garantia da operacionalidade do sistema, deve se fazer presente, pois sem ela torna-se impossível o custeamento dos serviços que são oferecidos aos idosos, por exemplo, que, comprovadamente, necessitam utilizar mais deles do que os mais jovens.

A solidariedade conecta-se com a ideia de fraternidade e com os princípios constitucionais de caráter social, vincula-se, ainda, com a ideia de empatia com o outro, com aquele que tem menores condições e não encontra boas oportunidades para que a sua situação melhore⁶³.

Os planos de saúde representam a expressão do princípio da solidariedade, porquanto as mensalidades dos mais jovens são proporcionalmente mais caras se comparadas com os valores pagos pelos mais velhos.

⁶¹ *Id., loc. cit.*

⁶² PERLINGIERI, P. *Op. cit.*, p. 32.

⁶³ ARZATE, E. U.; GARCÍA, J. O. El principio constitucional de solidariedade, como directriz para la sociedad humana. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n. 54, p. 21, 2020. Disponível em: <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/11127/214421445411>. Acesso em: 30 ago. 2022.

Toda a principiologia referida *supra*, boa-fé objetiva e função social do contrato, deve ser observada nos contratos referentes a planos de saúde, porquanto permitem o funcionamento de um sistema complexo cujo atendimento de pessoas das mais variadas idades traz à tona discussões amplas acerca da legalidade dos aumentos que são impostos cada vez que um indivíduo ultrapassa uma determinada faixa etária.

Assim, uma vez que a questão atinente aos aumentos dos valores a serem pagos às operadoras de planos de saúde segue um critério etário, dependendo, por conseguinte, da idade do consumidor, a eventual violação à isonomia, em virtude desse tratamento diferenciado, já bateu as portas de nossos tribunais por diversas vezes, tendo sido já pacificada a ideia⁶⁴ de que o aumento é legal e não discriminatório, desde que não seja desproporcional, sendo necessário para a manutenção da viabilidade dos planos de saúde.

Essa possibilidade veio descrita, inclusive, na Lei federal nº 9.656/1998 que, rompendo o silêncio que até então mantinha-se acerca do tema, legalizou “a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes”⁶⁵.

Nada obstante, e em implementação ao princípio da solidariedade, exige-se algo além dos mais jovens que, proporcionalmente, acabam tendo maiores gastos pelo serviço que lhes é oferecido.

Vale dizer, e para equilibrar o sistema, com o intuito de impedir que contraprestações financeiras dos idosos ficassem demasiadamente custosas, o ordenamento jurídico pátrio perfilhou o princípio da solidariedade intergeracional, a obrigar “que os mais jovens suportassem parte dos custos gerados pelos de idade mais avançada, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do *community rating* modificado)”⁶⁶.

Isso homenageia, indubitavelmente, a função social do contrato e a boa-fé objetiva, preceitos em total conformidade com o princípio da solidariedade.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2022. p. 300.

⁶⁵ *Id.*, *ibid.*

⁶⁶ REsp 1.568.244/RJ (2015/0297278-0), 2ª Seção, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, DJe 14.12.2016.

Assim, seguem nítidas as influências desse princípio no direito privado obrigacional e contratual (não só civil, mas também nas relações de consumo), como verificamos, *verbi gratia*, do seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - CIVIL - PLANO DE SAÚDE - MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR - CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - LEGALIDADE - ÚLTIMO GRUPO DE RISCO - PERCENTUAL DE REAJUSTE - DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS - ABUSIVIDADE - NÃO CARACTERIZAÇÃO - EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO

1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, *caput*, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).
2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.
3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.

4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do *community rating* modificado).

[...]

12. Recurso especial não provido.⁶⁷

Um debate jurídico que já se iniciou diz respeito ao rol de atendimentos para a cobertura de planos de saúde. A promulgação da Lei nº 14.454/2022 passou a obrigar as operadoras de assistência à saúde a oferecer cobertura de exames ou tratamentos que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar.

Embora caiba à Agência Nacional de Saúde Suplementar regulamentar e editar norma com a amplitude das coberturas no âmbito da saúde privada, inclusive de alta complexidade, com a nova lei, as operadoras deverão providenciar o pleno atendimento ao consumidor, desde que sejam cumpridas uma das condicionantes: (i) ter eficácia à luz das evidências médicas científicas e plano terapêutico; (ii) ter recomendações da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec); (iii) ou ter recomendação de, no mínimo, um órgão de avaliação de tecnologias em saúde de renome internacional.

Embora não haja menção expressa ao princípio da solidariedade no projeto de lei, em sua justificativa, e tampouco na própria lei sancionada, parece não existir dúvida de que este foi um dos principais fundamentos utilizados pelo legislador para aprovar o projeto de lei que resultou na sanção e publicação da Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022, que alterou a Lei nº 9.6556, de 3 de junho de 1998.

A saúde suplementar encontra-se assentada, fundamentalmente, em três pilares: livre iniciativa, mutualismo e solidariedade, este tratado neste trabalho. A composição e proporcionalidade entre esses pilares é que viabilizam,

⁶⁷ REsp 1568244/RJ, 2ª Seção. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, J. 14.12.2016, DJe 19.12.2016.

sempre fundado na segurança jurídica, a prestação adequada do serviço e a sobrevivência do sistema.

O mutualismo, fundamento principal dos contratos de assistência à saúde, terá que incluir em seus cálculos, dentro de sua carteira, essas novas variáveis estabelecidas pela lei. Muitos já colocam em xeque a sobrevivência dos planos, em virtude da ampliação dos riscos e do aumento da sinistralidade. Caso a nova regra prevaleça, novos cálculos hão de ser realizados. A esperança é que os planos consigam continuar a atender inclusive a população de menor renda e que a legislação que pretendia incluir mais benefícios aos usuários consumidores não traga, como consequência, a fuga desses serviços e dos usuários mais necessitados, como os idosos aposentados, por exemplo.

O tempo dirá se a proporcionalidade referida *supra* encontra-se violada em tal grau que tenha ocasionado a quebra de um ou de dois dos pilares pelo novo regime jurídico imposto à saúde suplementar. Legislação essa que, no entender dos fornecedores do serviço, teria sido pouco dialogada e que quebrou a segurança jurídica para o adequado funcionamento do sistema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho partiu do reconhecimento de que o princípio da solidariedade possui grande influência na interpretação do direito infraconstitucional.

Esse princípio, previsto no art. 3º, I, da nossa Lei Suprema, influencia a interpretação do sistema jurídico, ao condicionar a aplicação adequada do texto normativo a uma leitura mais solidária do direito. Assim, a consequência desse fenômeno para o direito infraconstitucional é a consagração de um direito menos individualista e mais coletivo, fazendo com que haja uma preocupação, por parte do aplicador da norma, não apenas com o titular de um direito, mas também com aquele que sofre as consequências da utilização da vantagem jurídica.

Não se permite a utilização de um direito de maneira desarrazoada e egoísta.

Com relação aos contratos privados, rememore-se que o art. 421 do Código “Reale”, ainda que tenha sofrido alteração recente, estabeleceu a

obrigatoriedade de se respeitar a função social do contrato, com todos os seus reflexos, principalmente no que tange à sua eficácia extrínseca, exigindo uma compatibilidade do contrato não apenas à vontade das partes contratantes, mas que o contrato não prejudique interesses da coletividade. Essa segunda dimensão decorre da incidência do princípio da solidariedade nas relações negociais privadas.

Essa leitura do direito infraconstitucional incompatível com o individualismo de outrora repercute efeitos, como visto, na teoria geral dos contratos e, portanto, como tem julgado o Superior Tribunal de Justiça também sobre os contratos de saúde suplementar no que toca, por exemplo, aos reajustes dos preços.

Embora não haja menção expressa a esse princípio no projeto de lei, em sua justificativa, e tampouco na própria lei sancionada, parece não existir dúvida de que o princípio da solidariedade foi um dos principais fundamentos utilizados pelo legislador para aprovar o projeto de lei que resultou na sanção e publicação da Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022, que alterou a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e que passou a obrigar os planos de saúde a atender, além do rol de procedimentos estabelecidos pela ANS, aqueles baseados em evidência científica, médica.

Ocorre que a aplicação desse princípio, assim como os pilares da livre iniciativa e da mutualidade, compõe a base fundamental dos contratos de assistência à saúde e devem ser respeitados por todo o sistema normativo e hermenêutico, como tratamos neste trabalho. O grande desafio de todos será o de verificar se a alteração normativa trouxe ou não desequilíbrio ao sistema fundado nos referidos pilares, sob o ponto de vista fático e jurídico.

REFERÊNCIAS

ALPA, G. Il controllo giudiziale del contratto e l'interpretazione. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, a. 2, sérieV, abri/jun. 2014.

ALVES, S. M. C. Saúde como direito e o subsistema de saúde suplementar. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 2022 jan./mar. 11. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/908/874>. Acesso em: 9 set. 2022.

ARBAN, E.. Italy: The Principle of Solidarity as a Principle of Equality. In: *The Principle of Equality in Diverse States*. Reconciling Autonomy with Equal Rights and Opportunities.

Edited by Eva Maria Belser, Thea Bächler, Sandra Egli and Lawrence Zünd. Boston: Brill, 2021.

ARZATE, E. U.; GARCÍA, J. O. El principio constitucional de solidariedade, como directriz para la sociedad humana. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, n. 54, 2020.

AZEVEDO, A. J. O direito de ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. *Revista do Advogado*, ano XXVIII, n. 99, set. 2008.

BARCELLOS, A. P. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARCELLOS, A. P. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. *In: Comentários à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In: SARMENTO, D. A. de M.; SOUZA NETO, C. P. (org.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2022.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, C. R. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRAGA NETTO, F. P.; FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BULOS, U. L. *Constituição Federal anotada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, M. H. P.; MIRANDA, M. L. L. O princípio da solidariedade no enfrentamento da Covid-19 no Brasil. *Revista Cadernos Íbero-Americanos de Direito Sanitário*, n. 1, v. 10, 2021. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/729/789>. Acesso em: 22 ago. 2022.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2022.

CIARLINI, A. L. de A. S. *Direito à saúde – Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, M. L. Responsabilidade civil por violação do direito fundamental à busca da felicidade: reflexões sobre um novo dano. *In: Responsabilidade civil 50 anos em Portugal e 15 anos no Brasil*. Coordenação: Francisco Arthur de Siqueira Muniz e Mafalda Miranda Barbosa. Salvador: JusPodivm, 2017.

EHRHARDT JÚNIOR, M. A. de A. O princípio constitucional da solidariedade e seus reflexos no campo contratual. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1422, 24 maio 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9925>. Acesso em: 30 jul. 2019.

GUASTINI, R. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. In: TEIXEIRA, A. V.; OLIVEIRA, E. S. de (org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri/SP: Manole, 2010.

KIM, R. P. O conteúdo jurídico de cidadania na Constituição Federal do Brasil. In: MORAES, A. de; KIM, R. P. (coord.). *Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivo*. São Paulo: Atlas, 2013.

KIM, R. P. Liberdade pública e alguns “nós górdios”. *Revista do Advogado*, ano XXXVIII, n. 140, nov. 2018.

LÔBO, P. *Direito civil*. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2022.

MARINI, G. La giuridificazione della persona ideologie e tecniche nei diritti della persona. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, ano 52, n. 3, magg./giug. 2006.

MASSAÚ, G. C.; COSTA, V. R. Mapeamento da aplicação do princípio da solidariedade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 20, n. 81, p. 229, 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1339-2508-1-PB.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2022.

MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAES, M. C. B. de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Código Civil comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, G. H. de. *Responsabilidade civil: do seu abrandamento à luz da nova sistemática brasileira*. Curitiba: Juruá, 2017.

PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

QUINTANA, J. G.; REIS, J. R. O princípio da solidariedade como meio de realização do macro princípio da dignidade. *Revista Digital Constituição de Garantia de Direitos*, n. 1, v. 10, p. 225, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/13470/9144>. Acesso em: 22 ago. 2022.

REALE, M. *Anteprojeto do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1972.

SARMENTO, D. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, D. A. de M.; SOUZA NETO, C. P. (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumern Juris, 2007.

SCAFF, F. C. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHIER, P. R. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: SARMENTO, D. A. de M.; SOUZA NETO, C. P. (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumern Juris, 2007.

SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TARTUCE, F. *Direito civil. Lei de Introdução e Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, F. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, H. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 43.

VASCONCELOS, C. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Submissão em: 11.11.2022

Avaliado em: 18.04.2023 (Avaliador A)

Avaliado em: 27.01.2023 (Avaliador B)

Aceito em: 19.04.2023