

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 7

Jan / Mar 2016

Doutrina Nacional / Arthur Pinheiro Basan / Felipe Pires Pereira / Leonardo Estevam de

Assis Zanini / Lígia Ziggotti de Oliveira / Louise Vago Matieli

Jurisprudência / Antonino Procida Mirabelli di Lauro

Pareceres / Daniel Sarmento

Atualidades / Carlos Nelson Konder

Vídeos e Áudios / Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Nacional

O CONTRATO EXISTENCIAL: ANÁLISE DE DECISÃO JUDICIAL QUE ASSEGURA A SUA APLICAÇÃO

The existential contract: judicial decision analysis that secured their application

Arthur Pinheiro Basan

Mestre em Direito da Universidade Federal de Uberlândia.
Pós-graduado em Direito da Faculdade Damásio de Jesus.
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.
Professor.

Resumo

O presente trabalho visa verificar e demonstrar a possibilidade de uma distinção contratual que consiga garantir melhor tutela à vida humana, afastando esse instituto jurídico da mera análise patrimonialista clássica e aproximando-o da luz das normas fundamentais que ilumina todo o sistema jurídico contemporâneo, por meio da consideração do contrato como “existencial”, analisando um caso concreto julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que utilizou a proposta classificação contratual.

Palavras-chave

Contrato; existencial; dignidade; direitos fundamentais.

Abstract

This text aims to verify and demonstrate the possibility of a contractual distinction that can ensure better protection to human life, moving away this legal institute of mere patrimonialist analysis and approaching the light of fundamental rules that enlightens every contemporary legal system, through consideration of the contract as "existential", considering a case tried by the Court of Justice of São Paulo that used the classification of contract proposed.

Keywords

Contract; existential; dignity; fundamental rights.

Sumário

1. Introdução – 2. Decisão judicial que trata do “contrato existencial” – 3. A nova realidade contratual e a classificação do contrato em “existencial” – 3.1. Aspecto objetivo – a essencialidade – 3.2. Aspecto subjetivo – a vulnerabilidade agravada – 4. A necessária factualidade do contrato - o “contrato existencial” como equidade – 5. Considerações finais

1. Introdução

O presente trabalho tem como propósito analisar a aplicação da distinção contratual que evidencia a existência do “contrato existencial”, denominação de autoria do professor Antônio Junqueira de Azevedo, o qual destacou que esse tipo de instituto jurídico se diverge das demais espécies contratuais clássicas em razão tanto da essencialidade do objeto contratado quanto da situação subjetiva existencial de uma das partes contratantes, demonstrando uma verdadeira preocupação da dogmática do direito privado com a intangibilidade da pessoa humana.

Para tal distinção, e com espoco de destacar a efetividade social dessa classificação proposta, será analisado um determinado caso concreto julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual assegurou a aplicação do “contrato existencial” e proporcionou os efeitos jurídicos dessa classificação.

Em seguida, visando melhor compreensão do tema, por meio do método dedutivo, será feita uma breve abordagem geral da conceituação do contrato como “existencial”, passando, após, ao estudo mais específico acerca dos aspectos objetivos e subjetivos necessários para o enquadramento nessa classificação, que preza especialmente pelo humanismo no trato negocial contratual.

Ao fim, na conclusão, pretende-se apresentar a síntese do tema, demonstrando como a aplicação desse tipo de classificação contratual se apoia na ideia de equidade e, além disso, questionando se a decisão judicial em enfoque promoveu efetivamente a devida tutela capaz de garantir uma vida humana mais digna à parte contratante vulnerável em questão.

2. Decisão judicial que trata do “contrato existencial”

No ano de 2012 o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da 1ª Câmara de Direito Privado, tendo como relator o Desembargador Claudio Godoy, julgou um Agravo de Instrumento nº 0263248-73.201.8.26.00, oriundo da Comarca de São José do Rio Preto, em que foi agravante o HB Saúde S/A e agravado o Sr. Afonso Ribeiro Borges Filho, conforme ementa:

Plano de saúde. Resolução contratual por inadimplemento. Ausência de prova, por ora, de regular notificação do consumidor, em atendimento ao art. 13, par. único, I, da Lei 9.656/98. Alegação de não-recebimento da notificação. Parcelas em atraso aparentemente

recebidas pela agravante. Manutenção do contrato, liminarmente deferida, que se preserva. Agravo de instrumento desprovido.¹

O citado recurso condenava a liminar deferida em 1º grau, pelo juiz Paulo Sergio Romero Vicente Rodrigues, a qual julgou pela manutenção do contrato de plano de saúde firmado entre as partes, mesmo estando o beneficiário do plano inadimplente com as prestações.

Desse modo, a empresa operadora do plano questionava no Agravo de Instrumento a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* que justificassem a liminar, alegando que a resolução contratual havia decorrido da inadimplência do consumidor por período superior a 60 (sessenta) dias, nos termos do pactuado e da Lei 9.656/98 e, ainda assim, afirmando que mesmo notificado antes do 50º dia sem pagamento, o beneficiário do plano permaneceu inerte, razão pela qual havia de ser resolvida a relação contratual, isto é, diante da ausência de pagamento pontual das mensalidades.

Entretanto, é importante frisar que a relação contratual da operadora do plano de saúde com o consumidor já perdurava por mais de 11 (onze) anos e, além disso, o paciente se encontrava no decorrer de um tratamento médico. Em outras palavras, o consumidor mantinha com a empresa um contrato cativo de longa duração, de modo que, conforme ensina a professora Claudia Lima Marques, nestes tipos de relações, a resolução que em outras situações não seria abusiva, deve nestes contratos duradouros ser analisada e reavaliada à luz dessa dependência e catividade do consumidor em relação ao fornecedor.²

Com isso, durante o voto, o relator afirma estar afastada a hipótese de resolução automática do contrato conforme letra expressa do art. 13, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.656/98, impondo ao caso concreto em questão o exame com maior cautela e rigor, em especial, a respeito da ocorrência ou não do prévio aviso que o mesmo preceito legal prevê.

Com efeito, é exatamente neste ponto que a decisão revela a utilização da distinção contratual proposta pelo presente texto, isto é, a diferenciação na

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0263248-73.2011.8.26.0000. Relator Cláudio Godoy. Julgamento: 06/03/2012. Primeira Câmara de Direito Privado. Data da Publicação: 13/03/2012.

² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

interpretação e aplicação do contrato quando de natureza existencial. Dessa forma, afirma o voto do relator que:

[...] E sem dúvida que, considerada a característica do contrato em questão, de evidente natureza existencial, ou não empresarial, classificação que hoje assume papel relevante, inclusive para adequado manejo da disciplina normativa contratual, tomado o bem da vida subjacente ao ajuste, qual seja, o atendimento à saúde do consumidor, a notificação prévia deve se reputar comprovadamente efetivada e recebida.³

Em seguida, o relator afirma que no caso em julgamento a notificação prévia sustentada pela empresa operadora do plano de saúde e que justificaria a resolução do contrato é controversa. Neste sentido, o desembargador evidencia análise provisória e superficial característica de uma decisão de Agravo de Instrumento, a qual não autoriza a decisão em favor da empresa, ainda mais em razão da relevância da manutenção do plano de saúde para o consumidor, pessoa humana vulnerável pela doença que lhe acometia.

Por tudo isso, o relator vota pelo indeferimento do efeito suspensivo, bem como nega provimento ao mérito do recurso, sendo acompanhado pelos demais membros da Câmara responsável pela elaboração do Acórdão.

3. A nova realidade contratual e a classificação do contrato em “existencial”

O estudo contratual clássico, sob a égide do Estado Liberal, se preocupava principalmente com questões formais, exigindo que o negócio jurídico tivesse existência, validade e eficácia. Em outras palavras, por uma análise estruturalista⁴ do contrato, de cunho liberal e individualista, a atenção era voltada especialmente à preservação e ao cumprimento da autonomia da vontade, sendo que a essencialidade para as partes do objeto contratado pouca relevância possuía.

Vale lembrar que, durante esse período, os fundamentos que regiam as relações contratuais eram baseados em torno da autonomia da vontade, sendo que se

³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0263248-73.2011.8.26.0000. Relator Cláudio Godoy. Julgamento: 06/03/2012. Primeira Câmara de Direito Privado. Data da Publicação: 13/03/2012.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

especificavam em princípio da liberdade contratual ampla, da obrigatoriedade dos efeitos contratuais e da relatividade de seus efeitos perante terceiros.⁵

Entretanto, esse entendimento, com fundamento basicamente liberal, não podia prevalecer no contexto posterior aos movimentos sociais do final do século XIX e início do século XX, sob pena de transformar o negócio jurídico em mero jogo econômico entre as partes. É dizer que, em verdade, esse modelo de estrutura jurídica liberal individualista revelou as desigualdades reais que ficavam ocultas⁶ no relacionamento negocial, ou seja, as vontades declaradas nas relações contratuais nem sempre eram reais, posto que, muitas das vezes, eram reflexo de imposições da parte que tinha posse de maiores informações e poder econômico.

Com o advento do Estado Social,⁷ o direito contratual apresenta novos princípios,⁸ como verdadeiras cláusulas gerais, que se aliam ao lado dos princípios clássicos, sobretudo sob a incidência dos valores de promoção da pessoa humana e do solidarismo nas relações intersubjetivas, em busca da “ética da situação”.⁹ Assim, ganham maior relevância na dogmática civilista os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato, como elementos que demonstram uma nova realidade no trato das relações contratuais.¹⁰

Importante frisar que, mesmo diante do destaque dado a esses novos princípios, as bases clássicas do período liberal individualista não podem ser

⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do contrato: novos princípios contratuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁷ É importante lembrar, quanto a essas alterações paradigmáticas na concepção de Estado, conforme o professor Barroso, que “A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo e injusto – mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênios atrasados e com pressa.” In BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 225, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 8.

⁸ Apesar de grande parte dos autores civilistas afirmarem o surgimento desses princípios como novos no contexto da promulgação do CDC e do Código Civil de 2002, é preciso atentar-se que, em verdade, o Direito Romano já previa como mandamentos do Direito os seguintes ideais: i) dar a cada um o que é seu; ii) não lesar ninguém; e iii) viver honestamente. Diante disso, têm-se pistas de que esses princípios tidos como “novos” são tão somente uma releitura das bases contratuais, evidenciando valores que se tornaram necessários para melhor medida de justiça na relação jurídica.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da ética da situação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, 2001, p. 228.

¹⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

descartadas das interpretações contratuais, isto é, os novos princípios, ao invés de eliminarem, se somam aos antigos, conforme ensina a professora Teresa de Negreiros:

Não parece acertado afirmar que os novos princípios são meramente subsidiários, e por isso não justificariam uma reformulação nas bases da teoria contratual como um todo; tampouco seria acertado afirmar-se que a boa-fé, o equilíbrio econômico e a função social fizeram desaparecer os princípios clássicos. Nem uma nem a outra dessas hipóteses, postas assim, em termos absolutos, poderia ser confirmada.¹¹

Neste sentido, considerando o Direito como um sistema “complexo”,¹² tem-se pistas de que a ciência jurídica encontra-se inserida em um pluralismo, em que novos e velhos princípios convivem simultaneamente. Em razão disso, é com base no caso concreto que se define a aplicação preponderante dos princípios clássicos ou dos contemporâneos da boa-fé, equilíbrio econômico e função social. A “centralidade do caso” é o eixo em torno do qual gira o paradigma jurídico pós-moderno.¹³

Essa nova realidade contratual, no Brasil, surge como verdadeira “mudança de mentalidade”¹⁴ no trato contratual, em especial com a promulgação da Lei nº 8.078/90, isto é, o Código de Defesa do Consumidor, o qual deu verdadeiro caráter ético às relações privadas, incidindo num “novo regime das relações contratuais”.¹⁵

Com efeito, destaca Bruno Miragem que “A influência da regulação jurídica do CDC acerca dos contratos de consumo é decisiva para toda a teoria dos contratos no direito privado brasileiro e comparado. O direito do consumidor sedimenta, pois, uma nova concepção social do contrato”.¹⁶

Ainda assim, o Código Civil de 2002, fundado nos princípios de operabilidade, eticidade e socialidade, deu curso à ideia de funcionalização dos direitos, relativizando o Código Civil brasileiro de 1916 que se baseava em ideais especialmente

¹¹ Idem. p. 30.

¹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2º ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. In. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 87, 1992, p. 79-90.

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. Op. cit.

¹⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do consumidor*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 234.

patrimonialistas. No novel Código, destaque para a função social de seus institutos, a qual alterou substancialmente a análise das relações contratuais.¹⁷

Diante do exposto, é preciso perceber que o contrato além de servir como ferramenta básica para a típica atividade econômica, de transferência de riquezas, sob a ótica de uma nova realidade contratual, passou também a ser um instrumento jurídico essencial para a efetivação de diversos direitos fundamentais, isto é, o contrato privado, ainda mais quando trata da cobertura de necessidades básicas à vida de um dos contratantes, “humaniza-se”.¹⁸ Nos dizeres do professor Antônio Junqueira de Azevedo, é o direito civil que, atualmente, por ter como objeto a vida e, em especial a vida e a dignidade da pessoa humana, dá sentido e conteúdo a todo o sistema jurídico.¹⁹

Neste ponto, o direito privado se torna cada vez mais interligado às diretrizes estabelecidas na Constituição Federal, ou seja, preocupado com a preservação dos direitos fundamentais das pessoas.²⁰ É diante dessa situação que o autor Antônio Junqueira de Azevedo propôs uma nova dicotomia contratual, própria do século XXI e condizente com o contexto de pós-modernidade, a saber, “contrato existencial *versus* contrato de lucro”.

Para este professor, é preciso uma análise funcional do contrato e dos direitos subjetivos, de modo que haja uma distinção entre relações patrimoniais e existenciais, uma vez que, sendo relações dicotômicas, exigem interpretações diferenciadas. Assim, ensina o jurista:

[...] estou propugnando por uma nova dicotomia contratual – contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do séc. XXI – porque essas duas categorias contratuais não deve ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. [...] [...] Ora, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física,

¹⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do contrato: novos princípios contratuais*. Op. cit.

¹⁸ FERREIRA, Keila Pacheco; MARTINS, Fernando Rodrigues. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 79, 2011, p. 265-294.

¹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O direito pós-moderno e a codificação*. Op. cit.

²⁰ Claudia Lima Marques, citando o professor Erik Jayme, afirma que “os direitos fundamentais seriam as novas ‘normas fundamentais’, e estes princípios constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto de o direito civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos” In MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. Op. cit., 2011, p. 265.

à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas.²¹

Dessa maneira, entende o professor Junqueira como “contrato existencial” aquele firmado entre pelo menos uma pessoa natural (ou sendo jurídica, sem finalidade lucrativa), e que tenha o objeto contratual caracterizado pela subsistência desta parte. Em outras palavras, deve ser observada a presença de pelo menos uma pessoa humana (ou jurídica sem fim lucrativo) e a ausência de lucro no trato negocial.²²

Quando se utiliza do parâmetro de “ausência de lucro” deve-se perceber que o objeto a ser perseguido pelo contrato leva em conta a subsistência da parte, ou seja, assim como ocorre nos contratos de atendimento à saúde, saneamento básico, energia elétrica, acesso à moradia, à educação, ao trabalho e aos meios de comunicação, dentre outros. São situações em que o objeto contratual é considerado essencial para a preservação dos valores inerentes à dignidade da parte, ou seja, justificado pelo direito fundamental a uma vida digna.

É importante destacar que o presente estudo optou pela utilização da denominação “contrato existencial” dada pelo supracitado autor em razão da adequação da terminologia à finalidade pretendida pela classificação, qual seja, destacar a necessidade e importância de certos contratos à existência digna de determinada pessoa humana, bem como, considerando Direito como ciência, a necessidade de uma terminologia capaz de possibilitar o entendimento e a consequente aplicação.

Entretanto, é imperioso reconhecer que a professora Teresa Negreiros,²³ partindo das observações de Pietro Perlingieri,²⁴ já havia criticado as classificações contratuais adotadas pela doutrina, propondo o que a autora denominou de “paradigma da essencialidade”. Para esta autora, os juristas se preocupam demasiadamente com os aspectos formais do contrato, como o tempo de duração, a quantidade de partes ou modos de manifestação da vontade, sem dar a devida atenção ao essencial da relação negocial, qual seja, o bem contratado, especificadamente, à sua maior ou menor utilidade existencial.²⁵

²¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 9, n. 34, abr./jun. 2008, p.304.

²² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 45, jan./mar.2011, p. 103.

²³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Op. cit.

²⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

²⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Contratos relacionais, existenciais e de lucro*. Op. cit., p. 93.

Neste sentido, destaca Teresa Negreiros que um contrato de compra e venda de uma joia, por exemplo, pode ser considerado igual, sob a ótica da teoria contratual clássica, a um contrato de compra e venda de um remédio. Entretanto, ao inserir o direito privado no contexto de tutela da pessoa humana, esses dois tipos de contratos não podem ser examinados sob o mesmo patamar.

Diante do exposto, é relevante evidenciar que o presente texto, por meio da análise sistêmica do Direito e por meio do diálogo de complementariedade permitido pelos ensinamentos da dogmática civilista supracitados, pretende propor reflexões focadas na ideia do contrato como um instrumento verdadeiramente humanista²⁶ de tutela das pessoas reconhecidamente vulneráveis.²⁷

Isso significa que, para o presente trabalho, entender-se-á como “contrato existencial” àquele firmado entre pelo menos uma (e necessariamente) pessoa humana, em situação subjetiva de vulnerabilidade (aspecto subjetivo), e que tenha como objeto contratual (aspecto objetivo) algo inerente à subsistência digna dessa pessoa humana, isto é, à sua utilidade essencialmente existencial.

Destaca-se que a proposta de distinção de uma espécie contratual com vistas à melhor medida de justiça já foi bastante discutida pela doutrina civilista ao tratar do “contrato de adesão”. Em verdade, o contrato de adesão representou sob vários olhares uma ruptura com a ordem contratual dita clássica e, conforme ensina a professora Teresa de Negreiros, uma mudança do ponto de vista da análise contratual:

Assim, mesmo que se divirja acerca dos fatores a serem levados em conta como determinantes da debilidade do aderente, o fato é que a categoria em si do contrato de adesão é já uma inequívoca expressão de como a desigualdade entre os contratantes, outrora irrelevante, se transformou em um ponto de referência para a imputação de efeitos jurídicos da maior importância. De fato, em torno da figura em exame gravitam uma série de reflexões que têm como principal objeto a definição de práticas abusivas ligadas a esta forma de contratação.²⁸

Aliás, no tocante aos contratos de adesão, destaca o professor Antônio Junqueira de Azevedo que:

Por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência de sua concretização, não se pode mais empregar a palavra “contrato” sem consciência dessa nova dicotomia [contrato existencial/contrato

²⁶ BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

²⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Op. cit. p. 370.

empresarial]; ela é operacional e está para o século XXI, como a de “contrato paritário/contrato de adesão” esteve para o século XX.²⁹

Sendo assim, a proposta de distinguir o “contrato existencial” dos demais tipos de contratos se revela como ferramenta para que esse negócio jurídico seja instrumento de satisfação de necessidades básicas da pessoa contratante. Isto é, o “contrato existencial” pretende tornar como critério relevante na hermenêutica a função exercida pelo contrato em relação à esfera existencial do contratante.

Tudo isso revela o esforço em promover reflexões capazes de dar forma jurídica às necessidades sociais, de modo a neutralizar a recorrente ameaça de incongruência entre a teoria e a prática.

Aliás, para manter a coerência metodológica, imprescindível se faz a análise dessa categoria contratual sob seus dois aspectos mais relevantes, quais sejam, o aspecto objetivo e o subjetivo.

3.1. Aspecto objetivo – a essencialidade

Visando melhor compreensão da distinção proposta, primeiramente, pretende-se descrever a necessidade de determinar os aspectos objetivos que compõe o contrato existencial, ou seja, determinar em quais situações o objeto contratado enquadra-se na classificação sugerida.

A princípio, é imperioso perceber que, ao tratar de “objeto”, o presente estudo abordará tanto as situações em que há, na relação jurídica, uma negociação de um produto ou de um serviço, de modo que “objeto” a que se refere é a ideia ampla de elemento do contrato.

Feitas essas primeiras considerações, já é possível afirmar que, ao analisar uma determinada negociação contratual, com base numa noção axio-teleológica³⁰ do sistema normativo brasileiro, pode-se perceber que o objeto em discussão não deve ser sempre levado em consideração pura e simplesmente pela sua significação patrimonial.

²⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, v. 832, 2005, p. 115.

³⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

Isso quer dizer que um contrato de financiamento de uma casa essencial à sobrevivência de uma determinada família, por exemplo, não pode ser analisado sob a mesma ótica que interpretaria um contrato de financiamento de um carro de luxo. Destaca-se que esse tratamento diferenciado ao bem imóvel residencial imprescindível à entidade familiar já possui previsão expressa no ordenamento brasileiro, a saber, pela Lei 8.009/90, a qual discorre sobre a “impenhorabilidade do bem de família”.

Neste sentido, é essencial a observação de Pietro Perlingeri, ao evidenciar a necessidade do direito privado levar em consideração, em especial por meio da tutela, as situações existenciais. Assim, afirma o doutrinador que:

A concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas, fundada sobre a distinção entre interesses de natureza patrimonial e de natureza existencial, não responde aos valores inspiradores do ordenamento jurídico vigente. Também os interesses que não tem caráter patrimonial são juridicamente relevantes e tutelados pelo ordenamento. Por outro lado, não faltam situações patrimoniais que, por sua ligação estrita com o livre desenvolvimento da pessoa, assumem uma relevância existencial.³¹

Diante do mencionado, é relevante destacar que não se pretende de maneira exaustiva determinar quais são os objetos que, uma vez contratados, formam por si só uma relação contratual existencial. Decretar, de forma absoluta, esse tipo de dogma tornaria a distinção proposta no presente texto totalmente ineficaz no contexto de uma sociedade pós-moderna, de alta comunicação e complexidade, em momento de verdadeira “crise”.³²

Com efeito, Perlingeri infere que “nenhuma previsão especial poderia ser exaustiva porque deixaria de fora algumas manifestações e exigências das pessoas que, em razão do progresso da sociedade, exigem uma consideração positiva”.³³ Em seguida, o mesmo autor afirma que, mesmo assim, não há impedimento para que o ordenamento preveja autonomamente algumas expressões mais qualificantes, como o próprio direito à saúde, ao estudo e ao trabalho.

³¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Op. cit., p. 760.

³² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. Op. cit., p. 163.

³³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Op. cit., p. 765.

Como se nota, é possível perceber no próprio sistema jurídico brasileiro pistas de alguns temas que, evidentemente, são essenciais à vida humana digna. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, ao prever o direito dos trabalhadores ao salário mínimo, em seu art. 7º, inciso IV, expressa algumas necessidades básicas que devem ser supridas por essa base salarial, a saber:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Com efeito, é possível extrair desse dispositivo que os contratos privados que tenham como objeto de negociação algum produto ou serviço relacionado com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene e transporte possuem boas chances de comporem a distinção que se pretende, isto é, qualificarem o contrato como “existencial”.

Ademais, é interessante a observação do Claudio Godoy, segundo o qual:

Ora, ninguém há de duvidar que, mesmo regido pelo direito privado, o contrato que os tem por objeto, o fornecimento de luz, água, gás e coleta de esgotos seja pressuposto indispensável à preservação de uma vida minimamente digna do indivíduo e de sua família. Aliás, pese embora a obviedade da asserção, a jurisprudência já cuidou de assentá-lo inclusive do ponto de vista do direito à saúde, um daqueles chamados direitos da personalidade, cuja fonte axiológica é a dignidade humana, garantida com os serviços em tela.³⁴

Aliás, com base em observação semelhante, o professor Eduardo Tomasevicius, ao analisar a aplicação da função social do contrato na doutrina e na jurisprudência, afirma que:

Quanto às questões de mérito referentes à aplicação desse princípio [função social do contrato], os casos mais frequentes são aqueles relacionados aos direitos sociais, como a saúde, educação e moradia, assim como nos casos relacionados aos direitos fundamentais das pessoas. Assim, pode-se remeter à distinção proposta por Antônio Junqueira de Azevedo sobre contratos existenciais e contratos empresariais.³⁵

³⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do contrato: novos princípios contratuais*. Op. cit., p. 180.

³⁵ TOMASEVICIUS, Eduardo Filho. Uma década de aplicação da função social do contrato. Análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. *Revista dos Tribunais*, v. 940, 2014. p. 49.

Ainda assim, é interessante a distinção feita pelo professor Iturraspe, segundo a qual existem os bens vitais, sem os quais os humanos não podem viver, tais como o alimento e a moradia; e os bens necessários à dignidade humana, como a educação e a cultura; bens necessários à qualidade de vida (lazer), à tranquilidade ou a segurança, etc.³⁶

No mesmo viés dessas observações, a professora Teresa de Negreiros oferece as reflexões sobre o “paradigma da essencialidade”, defendendo que:

[...] parece possível determinar que certos bens são essenciais por natureza na medida em que demonstre o caráter universal de sua imprescindibilidade para a vida humana: alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico e higiênico estão entre os bens [...] indispensáveis ao atendimento das necessidades humanas básicas.³⁷

Essa mesma autora, prosseguindo na sua abordagem quanto à essencialidade de alguns bens, utilizou a diferenciação feita pelo Código Civil entre as benfeitorias, a saber, necessárias, úteis e voluptuárias. Para a autora, assim como as benfeitorias podem ser qualificadas quanto à sua relação de utilidade com o bem principal, os objetos contratuais podem ser classificados quanto à sua utilidade existencial à pessoa humana contratante, isto é, em relação às necessidades da pessoa. Neste sentido, destaca a doutrinadora o instituto supramencionado do “bem de família”, afirmando que “em nenhuma outra classificação o elemento funcional ganha maior importância do que em se tratando do bem de família”.³⁸

Logo, Teresa de Negreiros conclui que, a depender da relevância do objeto contratado à satisfação das necessidades existenciais da pessoa humana contratante, a hermenêutica dessa relação jurídica deve ser diferenciada, sob a luz do “paradigma da essencialidade”, de modo que o direito dos contratos se curva perante as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e a sua dignidade. Nesses termos, infere a autora que:

O paradigma da essencialidade constitui-se em um método de compreensão do mundo contratual sob a luz de um novo critério de classificação, de acordo com o qual os contratos finalizados à satisfação de necessidades existenciais devem ser diferenciados daqueles outros contratos cujo objeto seja a utilização ou a aquisição de bens não essenciais à pessoa humana enquanto tal.³⁹

³⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Apud. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Contratos relacionais, existenciais e de lucro*. Op. cit., p. 9.

³⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Op. cit., p. 405.

³⁸ Ibidem. p. 428.

³⁹ Ibidem. p. 473.

Ora, ainda assim, é relevante perceber que, para uma classificação que vise maior tutela humana da pessoa, é preciso deixar claro que não só a observação do objeto contratado deve ser feita, afinal, o foco deve ser dado à pessoa contratante, em suas necessidades existenciais.

A própria professora Teresa Negreiros faz essa observação, ao afirmar que “a essencialidade do bem deve ser considerada como fator determinante na vulnerabilidade da parte que contrata a sua utilização ou aquisição”.⁴⁰

Sendo assim, é importante esclarecer que, para a classificação do contrato em existencial, conforme pretende o texto, é preciso estar presente também o elemento subjetivo, isto é, a vulnerabilidade agravada da pessoa que se propõe tutelar. Neste sentido, oportunas são as considerações de Perlingeri:

Na categoria do ser não existe dualidade entre sujeito e objeto, pois ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Quando o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar: torna-se uma necessidade lógica reconhecer, em razão da natureza especial do interesse protegido, que é exatamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fatispecie* concretas, em hipóteses autônomas não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, tantos bens, em situações isoladas [...].⁴¹

3.2. Aspecto subjetivo – a vulnerabilidade agravada

Superada a discricção dos aspectos objetivos que compõe o “contrato existencial”, consistente na essencialidade do objeto contratado, resta relevante fazer breves considerações a respeito do aspecto subjetivo da distinção proposta, de modo a evidenciar a vulnerabilidade agravada da pessoa humana que se faz parte no contrato.

De maneira bem geral, a identificação da vulnerabilidade é uma técnica legislativa que permite regras especiais de proteção, uma vez constatada fraqueza ou debilidade específica em determinada pessoa, que lhe retira o patamar de igualdade nas relações jurídicas.

⁴⁰ Ibidem. p. 474.

⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Op. cit., p. 764.

Em outras palavras, a vulnerabilidade indica um sinal de desequilíbrio na pessoa em sua situação jurídica, de modo a fundamentar um tratamento diferenciado de tutela. Neste ponto, é possível perceber que:

A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa.⁴²

Neste sentido, a professora Cláudia Lima Marques afirma que o surgimento de microsistemas específicos de proteção, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e até mesmo o CDC, estão ligados ao “paradigma da diferença, da igualdade/igualização dos desiguais” isto é, da necessidade de tutelar de forma desigual os desiguais.

Tal fato é tendência mundial, comprovada pelos inúmeros tratados de direitos humanos que tutelam os vulneráveis em determinada situação: crianças, idosos, consumidores, trabalhadores, portadores de necessidades especiais, etc. Vale lembrar que:

Realmente, muito haveria a dizer sobre a proteção dos pobres e analfabetos, dos locatários (que aqui, como na Alemanha da época, não recebem a mesma proteção dos outros consumidores), das mulheres e dos trabalhadores, por sua fraqueza estrutural e histórica, assim como, no Brasil de hoje sobre a proteção especial dos negros, dos índios, dos homossexuais e transexuais, dos estrangeiros, dos migrantes e dos asilados, vulneráveis e/ou discriminados por uma série de fatos. Todos estes, em algum momento, são “mais fracos” e merecem proteção ou prestações positivas e ações afirmativas do Estado.⁴³

Ainda assim, é possível perceber que, em determinadas situações pessoais, há uma soma de fatores de vulnerabilidade, configurando a hipervulnerabilidade (ou vulnerabilidade agravada).⁴⁴ O próprio CDC já menciona essas situações em seus artigos 37, §2º (publicidade abusiva aproveitando da imaturidade das crianças) e 39, IV (situações de fraqueza e ignorância agravadas).⁴⁵

⁴² MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. Op. cit., p.117.

⁴³ *Ibidem*. p. 09-10.

⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do consumidor*. Op. cit., p. 125.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. Op. cit., p. 361.

Em outras palavras, a hipervulnerabilidade é um agravamento fático e objetivo da fragilidade da pessoa humana em sua situação jurídica, por circunstâncias pessoais, permanente ou temporária, como a doença, o analfabetismo ou a idade. Ou seja, é uma somatória de situações de vulnerabilidade que despertam a necessidade ainda maior de tratar os contratantes de modo diferenciado para proteger o mais débil. É o caso, por exemplo, da jurisprudência analisada nesse trabalho, em que a pessoa humana além de consumidor (vulnerabilidade prevista no próprio CDC), encontra-se em situação de enfermidade. Assim, conforme se percebe, a análise do caso concreto desperta ainda mais a sua relevância.

Diante disso, o sistema jurídico se organiza para maior tutela a essas pessoas, a fim da concretização do princípio da igualdade e, conseqüentemente, a fundamentação de um sistema jurídico que permita a promoção⁴⁶ do desenvolvimento da personalidade humana. Em outras palavras, o sistema parte de uma noção de tratamento diferenciado aos hipervulneráveis exatamente para, com fundamento na proteção da pessoa humana, permitir a inclusão. É lembrar que, nos tempos atuais, “sobreviver, portanto, é sempre menos um fator natural e sempre mais um fato social”.⁴⁷

Em verdade, a hipervulnerabilidade indica o uso sistemático e aprofundado de cláusulas principiológicas de equilíbrio e equidade. Assim, afirma Cláudia Lima Marques que:

A identificação da diferença constitui um elemento decisivo para distinguir o novo direito privado. O direito privado moderno, sobre influência da filosofia e de Kant, foi construído sob o signo da igualdade, uma vez que a noção de sujeito de direitos é concebida abstratamente, com base no modelo de pessoa livre, autônoma e plenamente capaz.⁴⁸

Tal fato justifica a preocupação da dogmática civilista, em especial diante do Código Civil de 2002, com um valor essencial a um sistema jurídico aberto e incompleto: a igualdade substancial.⁴⁹

Logo, em um sistema jurídico em que a Constituição Federal é a base do todo e, ainda assim, em que um dos seus objetivos fundamentais expressos é a

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: Novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Barueri: Manole, 2007.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 75.

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. Op. cit., p.87.

⁴⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Direito Civil, Ideologia e pobreza. Temas Relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o direito privado, mais especificadamente, o direito contratual, torna-se também responsável pela proteção do ser humano por meio da afirmação de pessoas livres e, acima disso, iguais, formal e materialmente, por meio de uma relação jurídica pautada na cooperação solidária.

Em outras palavras, o contrato existencial, ao reconhecer a hipervulnerabilidade da pessoa contratante, possibilita um tratamento diferenciado de proteção, inclusive permitindo um regime de interferência judicial mais acentuado, a fim de proporcionar à pessoa em situação de debilidade condições de justiça contratual,⁵⁰ garantindo a tutela da pessoa humana e de seu mínimo existencial. Neste sentido:

É a proteção da pessoa humana que orienta o novo direito privado. Nesse sentido, também (mas não apenas) sua dimensão econômica. Porém a ênfase do novo direito privado é o destaque a dimensão existencial da pessoa, de seus interesses extrapatrimoniais, da sua integridade física e psíquica (veja-se, nesse sentido, a revalorização dos direitos da personalidade), da sua afetividade (e suas repercussões jurídicas, especialmente no direito de família – ou das famílias).⁵¹

4. A necessária factualidade do contrato - o “contrato existencial” como equidade

Superadas essas abordagens dogmáticas do “contrato existencial”, é preciso evidenciar que, mesmo assim, não há como tomar como absoluta sua aplicação tão somente pelo enquadramento teórico estrutural, isto é, pela aparência dos elementos objetivos e subjetivos supracitados.

Ora, conforme já mencionado, o direito, enquanto ordem de segunda grandeza, encontra-se inserido numa sociedade hipercomplexa, de modo que as inúmeras situações variáveis da realidade social são capazes de alterar, na prática, toda a previsão teórica.

Neste sentido, é dizer que o caso concreto revela sua grande importância, a ser considerado como verdadeira fonte do Direito, sob a qual incidirão as normas e, conseqüentemente, sob a qual irá ocorrer a concretização e individualização

⁵⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. Op. cit., p.80.

da norma geral e abstrata.⁵² Assim, é diante da problematização da situação (tópica) que se torna possível a análise jurídica do fato social.

Com efeito, as teorias da argumentação ganham maior repercussão no estudo jurídico, como modelos de interpretação mais abertos a uma análise de validade material das normas.⁵³ Em verdade, a passagem para o “Estado constitucional”, com seu enfoque nas normas fundamentais, gerou um incremento quantitativo e qualitativo da exigência de justificação das decisões judiciais.⁵⁴

Em razão disso, têm-se pistas da necessidade de considerar o Direito e os problemas sociais em relação ao contexto, uma vez que há verdadeira vinculação das normas jurídicas a certas necessidades práticas das pessoas humanas. Com isso, afirma Atienza que:

O que o enfoque do Direito como argumentação procura fazer é conectar todos esses elementos [formais, ideológicos, políticos, morais] de análise a partir de uma concepção dinâmica, instrumental e “comprometida” do Direito que parte da noção de conflito. O conflito é, efetivamente, a origem do Direito, o que leva a vê-lo como um instrumento, uma técnica (não necessariamente neutra) de tratamento (o que sempre implica solução) de problemas de certo tipo.⁵⁵

Em contrapartida, é imperioso reconhecer que para o pensamento sistemático, o qual parte de uma totalidade, o caso concreto fica limitado a uma análise sob a ótica do agrupamento normativo racional-apriorístico. Desse modo, ensina Lorenzetti que “esse enfoque nos leva a indicar que ambas as perspectivas [casuística e sistemática] são complementares, razão pela qual deve ser adotado um juízo prático, mas com vinculações sistemáticas”.⁵⁶

Diante disso, pode-se afirmar que, perante um caso concreto que evidencie uma relação contratual “existencial”, é preciso, além da configuração sistemática do aspecto objetivo, consistente na essencialidade do objeto negociado, e além da presença da vulnerabilidade da pessoa humana contratante, como aspecto

⁵² MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁵³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial. Fundamentos de direito*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁵⁴ ATIENZA, Manuel. O direito como argumentação. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro [org.]. *Argumentação e Estado Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2012, p. 59.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 99.

⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial. Fundamentos de direito*. Op. cit., p. 76.

subjetivo, é necessária uma análise factual da situação em debate. Em outras palavras, é a análise da problemática do fato que permitirá a decisão como equidade.⁵⁷

Ora, para melhor esclarecimento dessa abordagem proposta, é pertinente demonstrar a acertada jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo que, diante de uma discussão contratual que envolvia plano de saúde (aspecto objetivo) e uma contratante idosa de 93 (noventa e três) anos de idade, vítima de um acidente vascular cerebral (aspecto subjetivo), mesmo reconhecendo ser o contrato do tipo “existencial”, perante as especificidades do caso concreto, optou, como medida de equidade, pela improcedência parcial dos pedidos da consumidora idosa.⁵⁸

No caso mencionado, a consumidora, ao efetuar o tratamento de sua doença, decidiu pela contratação de médicos particulares de sua escolha, junto ao renomado Hospital Sírio Libanês, fora da rede credenciada da empresa de plano de saúde. Dessa forma, o juízo condenou a empresa operadora do plano a reembolsar os honorários médicos tão somente dentro dos limites da contratação entabulada, uma vez que os valores cobrados no Hospital Sírio Libanês excediam àqueles previstos nas cláusulas contratuais. Neste ponto, o juízo, em decisão, expressa que:

Assim afirmo, posto que não obstante a idade avançada da autora e não obstante estivesse esta última efetivamente vinculada a um contrato existencial (cativo) cumpre assinalar que no caso em foco, a requerente optou livremente por utilizar os serviços de profissionais médicos não credenciados à requerida, mostrando-se então, infundado seu inconformismo com a legítima limitação de cobertura, a qual nada continha de abusiva ou ilegal.⁵⁹

Com isso, é possível perceber que, mesmo diante de um “contrato existencial”, a situação fática pode demonstrar que não há razões para uma interpretação mais favorável à pessoa humana contratante, uma vez que, no caso em tela, a idosa optou livremente por médicos não credenciados pelo plano, com honorários superiores

⁵⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

⁵⁸ “Plano de Saúde. Negativa de cobertura. Internação decorrente de acidente vascular cerebral (“AVC”) – Segurada que optou por contratar médicos fora da rede credenciada. Reembolso de honorários de acordo com os limites estabelecidos no contrato - Sessões de fisioterapia motora e serviço de enfermagem domiciliar 24 horas. Direito à cobertura reconhecido. Incidência da Súmula 90 do TJSP: “havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços ‘home care’”, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer – Dano moral não configurado. Ação julgada parcialmente procedente. Sentença reformada. Redistribuição dos ônus da sucumbência – Recurso provido em parte”. In. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível nº 0259399-26.2007.8.26.0100. Relator Elliot Akel. Julgamento: 09/10/2012. Primeira Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 23/10/2012.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível nº 0259399-26.2007.8.26.0100. Relator Elliot Akel. Julgamento: 09/10/2012. Primeira Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 23/10/2012.

aos cobertos, fazendo com que o caso concreto demonstrasse que a medida de melhor equidade era exatamente manter a obrigação pactuada.

Dessa maneira, conclui a decisão que “[...] ciente a autora a respeito da limitação de reembolso de honorários médicos em situação de livre escolha, absolutamente descabido falar-se em reembolso superior àquele já assumido pela ré, devendo a requerente assumir os honorários médicos pendentes”.

5. Considerações finais

Por todo o mencionado, é possível perceber que é necessária, dentro do sistema jurídico brasileiro, a aplicação da distinção contratual que evidencia a existência do “contrato existencial” como forma de garantir a intangibilidade da pessoa humana.

Além disso, ficou evidente que a jurisprudência analisada do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao destacar a situação em debate como “existencial”, qualificou-se dentro das propostas do presente trabalho.

Tal fato ficou evidente, uma vez que o conflito residia numa discussão sobre um contrato de plano de saúde, em que a essencialidade do serviço (aspecto objetivo) é indiscutível, e, além disso, tratando-se de um consumidor em situação de doença, em verdadeira posição de hipervulnerabilidade (aspecto subjetivo).

Dessa forma, pode-se concluir que, partindo da análise do problema, diante dos fatos narrados pelo Acórdão, foi correta a aplicação da distinção do contrato em “existencial”, como verdadeira medida de equidade, e em decorrência disso, cabível a possibilidade de intervenção judicial mais apurada, tornando efetiva, no caso concreto a proteção da pessoa humana.

Recebido em 24/07/2015

1º parecer em 02/08/2015

2º parecer em 03/08/2015