

UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE:
DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

AUGUSTO BRUNO MANDELLI

LIMITES DE COBERTURA ASSISTENCIAL NO CONTRATO DE PLANO DE
SAÚDE – UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA

SANTOS/SP

2022

AUGUSTO BRUNO MANDELLI

**LIMITES DE COBERTURA ASSISTENCIAL NO CONTRATO DE PLANO DE
SAÚDE – UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, sob orientação do Prof. Dr. Luciano Pereira de Souza.

SANTOS/SP

2022

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos.

368.382 Mandelli, Augusto Bruno.
M239L Limites de cobertura assistencial no contrato de plano de
saúde - uma análise principiológica / Augusto Bruno Mandelli.
-- 2022.
135f.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Pereira de Souza.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Santa Cecília,
Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, Santos,
SP, 2022.

1. Direito de saúde. 2. Contrato de plano de saúde. 3. Prin-
cípios contratuais. I. Souza, Luciano Pereira de Souza, orient.
II. Limites de cobertura assistencial no contrato de plano de
saúde - uma análise principiológica.

Elaborada pelo SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas - Unisanta

AUGUSTO BRUNO MANDELLI

***“LIMITES DE COBERTURA ASSISTENCIAL NO CONTRATO DE PLANO DE
SAÚDE – UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA”***

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília, como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas.

Aprovado com média _____

Santos, ____ de _____ 2022.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luciano Pereira de Souza (orientador)

Universidade Santa Cecília

Prof. Dr.

Universidade Santa Cecília

Prof. Dr.

(convidado)

Este trabalho é dedicado a Deus e à minha família, em especial, à minha esposa Lívia, aos meus pais, Else e Joel, e à minha irmã, Marta. Também não poderia esquecer do meu amigo e orientador Luciano Pereira de Souza, em nome de quem agradeço a todos os queridos professores e funcionários da Universidade Santa Cecília de Santos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que, mesmo nas épocas mais difíceis, nos ilumina e nos guia pelo caminho do Amor e da Verdade.

À minha amada esposa Lívia, que sempre esteve ao meu lado e nunca deixou de me apoiar com palavras e gestos doces e amáveis.

Aos meus pais, Else e Joel, e à minha irmã, Marta, pelo amor incondicional que demonstram por mim.

Ao amigo e orientador, Dr. Luciano Pereira de Souza, que engrandece esta instituição de ensino, pela confiança em mim depositada.

A todos os colegas e funcionários do Mestrado em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília - UNISANTA, sempre dispostos a ajudar nesta longa caminhada.

*“[...] No mar tanta tormenta, e tanto dano,
Tantas vezes a morte apercebida!
Na terra tanta guerra, tanto engano,
Tanta necessidade avorrecida!
Onde pode acolher-se um fraco humano?
Onde terá segura a curta vida?
Que não se arme, e se indigne o Céu sereno
Contra um bicho da terra tão pequeno? [...]”*
(Luís Vaz de Camões)

RESUMO

O objeto deste trabalho é identificar os limites de cobertura assistencial no contrato de plano de saúde, sem deixar de lado as normas e os princípios jurídicos inerentes ao tema. Para tanto, a metodologia a ser adotada será a dedutiva, mediante consulta de doutrinas consagradas do Direito Privado, pesquisa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo, bem como diversos documentos relevantes (especialmente leis e atos normativos infralegais). O resultado desta pesquisa demonstra que a conciliação entre os direitos em jogo com a consagrada Teoria Geral dos Contratos é perfeitamente possível.

Palavras-chave: Direito de saúde. Contrato de plano de saúde. Princípios contratuais.

ABSTRACT

The object of this work is to identify the limits of care coverage in the health plan contract without leaving aside the norms and legal principles inherent to the theme. To this end, the methodology predominantly to be adopted will be dialogical criticism, through consultation of established doctrines of private law, research of the jurisprudence of the Superior Court of Justice and the Court of Justice of São Paulo and several relevant documents (especially laws and infralegal normative acts); however, the hypothetical-deductive method will also be present, due to the relevant problems that will be presented with the consequent proposal to resolve the issue. The result that is sought to achieve is the reconciliation between the rights at stake with the consecrated General Theory of Contracts. Hence the interest in the development of this work.

Keywords: Health law. Health insurance contract. Contractual principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgInt	-	Agravo Interno no Recurso Especial
AgR-RE	-	Agravo Regimental no Recurso Especial
AMS	-	American Psychiatric Association
ANS	-	Agência Nacional de Saúde
ANVISA	-	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AREsp	-	Agravo em Recurso Especial
CC	-	Código Civil
CDC	-	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	-	Constituição Federal de 1988
CFM	-	Conselho Federal de Medicina
CNJ	-	Conselho Nacional de Justiça
CPC	-	Código de Processo Civil
DJe	-	Diário da Justiça Eletrônico
DLP	-	Doenças ou Lesões Preexistentes
EAREsp	-	Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial
EC	-	Emenda Constitucional
LINDB	-	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OMS	-	Organização Mundial de Saúde
ONU	-	Organização das Nações Unidas
ProAfR	-	Proposta de Afetação
RENAME	-	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
REsp	-	Recurso Especial
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
SUS	-	Sistema Único de Saúde
TJSP	-	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O DIREITO À SAÚDE: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	12
1.1 A SAÚDE E O DIREITO À SAÚDE: BREVE HISTÓRICO	12
1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
1.3 A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL	27
1.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA ÁREA DA SAÚDE: DO DIREITO SUBJETIVO AO JUSTO SUBJETIVO	29
2 DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE.....	38
2.1 CONTRATO. INTRODUÇÃO.	38
2.2 SÍNTESE DA LEI 9656 DE 1998	41
2.3 CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE	45
2.4 O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.....	51
2.5 INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E SEGURANÇA JURÍDICA	56
3 LIMITES PRINCIPIOLÓGICOS DE COBERTURA ASSISTENCIAL	64
3.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL	64
3.1.1 Autonomia da vontade. ARTIGO 13 DA LEI 9656/1998 E TEMAS 1047 E 1082 DO STJ	67
3.1.2 Obrigatoriedade dos contratos. TEMA 1069 DO STJ E CIRURGIA DE ALTERAÇÃO DE SEXO	72
3.1.3 Supremacia da ordem pública	80
3.1.4 Proibição e Boa-fé. Art. 11 da Lei 9656/1998 e Súmula 609 do STJ	89
3.1.5 Função social do contrato. Art. 14 da Lei 9656/1998 e Tema 1032 (coparticipação).....	94
3.2 HIPÓTESE DE REVISÃO DOS CONTRATOS PELO JUIZ. ARTIGO 15 E TEMAS 952 E 1016 DO STJ	102
3.3 DIRIGISMO CONTRATUAL. ARTIGO 16 DA LEI 9656/1998 E SÚMULAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO	108
CONCLUSÃO.....	116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	125

INTRODUÇÃO

Cuida-se de trabalho de conclusão de curso de pós-graduação *stricto sensu*, cujo objeto é a análise dos limites de cobertura assistencial no contrato de plano de saúde à luz dos princípios gerais do direito contratual, com o escopo de demonstrar a plena compatibilidade entre estes e a garantia da maior eficácia dos direitos fundamentais no campo específico do contrato de plano de saúde. Para tanto, a metodologia a ser adotada será a dedutiva, mediante consulta de doutrinas consagradas do Direito Privado, jurisprudências dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça de São Paulo, além de diversos atos normativos.

Assim, no capítulo 1 far-se-á breve registro histórico acerca do direito à saúde, bem como uma singela explicação a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana e das normas constitucionais atinentes à saúde. O capítulo 2 será dedicado à Teoria Geral dos Contratos, com tópico específico sobre a Lei 9656/98, que disciplina os contratos de plano de saúde. No mesmo capítulo serão feitas notas acerca da classificação dos contratos e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, finalizando com uma abordagem sobre o tema da interpretação do contrato de plano de saúde e segurança jurídica.

No capítulo seguinte, serão analisados os principais princípios do direito contratual, em especial os seguintes: autonomia da vontade; obrigatoriedade dos contratos; supremacia da ordem pública; probidade e boa-fé; função social do contrato; hipóteses de revisão dos contratos pelo juiz e, por fim, tratar-se-á de aspectos relevantes acerca do dirigismo contratual, seguindo-se a conclusão do trabalho.

Muito embora pareça se tratar de tema recorrente, desconhece-se obra que tenha enfrentado a temática utilizando-se da presente abordagem. Daí o interesse no desenvolvimento desta obra.

1 O DIREITO À SAÚDE: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De início, impõe-se uma breve introdução histórica do direito à saúde, a fim de bem situá-lo no universo jurídico, tendo em vista a relevância e protagonismo que exerce atualmente na doutrina e jurisprudência brasileiras.

1.1 A SAÚDE E O DIREITO À SAÚDE: BREVE HISTÓRICO

De modo geral, muito embora não haja consenso entre os historiadores, parece provável que a saúde, tal como concebida nos dias de hoje, tem suas origens na Idade Média.

É certo, porém, que desde o Egito antigo, passando pela Grécia antiga e Roma, já se pensavam e se estudavam questões relacionadas à saúde. O desenvolvimento da medicina, portanto, como cultura, antecede ao direito à saúde.

A respeito do Egito antigo, por exemplo, o consagrado historiador britânico Paul Johnson (2010, p. 50) destaca que:

A imagem de Imhotep transmitida a gerações posteriores foi a de um gênio universal, mas, principalmente, a de um médico fundador do sistema egípcio de medicina, considerado por muito tempo o mais importante do mundo antigo. Divinizaram-no como o próprio deus da cura – no tempo de Ptolomeu, os gregos o igualaram a Asclépio.

Para se ter uma ideia do período histórico, Imhotep viveu entre 2800 a.C. e 2700 a.C. Mais adiante, o mesmo historiador explica a influência egípcia na civilização grega:

[...] a medicina egípcia ensinou muito aos gregos; aqui, mais uma vez, foi o empirismo, e não a teoria, que teve consequências importantes. O sistema teórico medicinal egípcio foi, obviamente, religioso: dessa maneira, ele não se diferenciou muito dos babilônios e assírios, que igualavam a doença ao pecado, prescrevendo remédios encantatórios. Mas eles tiveram um sistema paralelo de medicina empírica frequentemente muito efetivo [...] A habilidade de observação permitiu aos egípcios se tornarem o primeiro povo a compilar uma útil farmacopeia. [...] Os egípcios utilizaram pela primeira vez algumas drogas bem conhecidas, que desde então permanecem em uso [...] O mundo recebeu o conhecimento médico egípcio de maneira indireta, pois, mesmo entre os gregos, apenas Pitágoras parece ter aprendido a ler na língua egípcia [...] Sabemos que médicos egípcios eram requeridos ao longo de todo o primeiro milênio antes de Cristo; Ciro e Dario, os imperadores persas, tinham médicos egípcios. Aos poucos, os gregos foram substituindo os egípcios como médicos internacionais, mas tanto na medicina quanto em muitas outras áreas seus conhecimentos e reputação foram fundados na tradição egípcia. (JOHNSON, 2010, pp. 202-203).

Logo, não se pode ignorar a contribuição egípcia nessa área do conhecimento, em especial os avanços conquistados nas áreas da oftalmologia e ginecologia.

Mas, por outro lado, a influência religiosa quase mística dos egípcios impediu maiores aprimoramentos e avanços técnicos.¹

Obviamente, o estudo da medicina prosseguiu durante o Império Romano, porém, o foco maior era a preservação da saúde dos soldados romanos, que passavam boa parte da vida em guerras com outros povos.²

Dessa forma, a saúde, tanto como objeto de estudo como a sua utilização para o bem da sociedade em geral, somente encontrou campo fértil na Cristandade³, muito em virtude dos valores cristãos e do ensinamento da Igreja Católica sobre a solidariedade e a caridade, bem como pelo fato de enxergar o homem como sendo a imagem e a semelhança de Deus.

O festejado historiador norte-americano Thomas E. Woods Jr. (2008, p. 166) ensina:

Parece dever-se à Igreja a fundação das primeiras instituições atendidas por médicos, onde se faziam diagnósticos, se prescreviam remédios e se contava com um corpo de enfermagem. No século IV, a Igreja começou a patrocinar a fundação de hospitais em larga escala, de tal modo que quase todas as principais cidades acabaram por ter o seu. Na sua origem, esses hospitais tinham por fim hospedar estrangeiros, mas depois passaram aos doentes, viúvas, órfãos e pobres em geral.

E assim prosseguiu a assistência médica durante toda a Idade Média, nos mosteiros ou na ordem dos hospitaleiros, chegando a caridade católica até os dias atuais.

¹ Nesse sentido, ver JOHNSON, Paul. **Egito antigo**, trad. Alberto Pucheu. Rio de Janeiro: Ediouro, 2010.

² “Discute-se se existiram na Grécia e em Roma instituições semelhantes aos nossos hospitais. Muitos historiadores põem-no em dúvida, enquanto outros apontam alguma rara exceção aqui e acolá, mas mais para cuidar dos soldados doentes ou feridos do que da população em geral. Parece dever-se à Igreja a fundação das primeiras instituições atendidas por médicos, onde se faziam diagnósticos, se prescreviam remédios e se contava com um corpo de enfermagem.” (WOODS Jr., 2008, p. 166).

³ Após mencionar que até mesmo Voltaire, um dos grandes críticos do catolicismo, reconheceu a grandeza da Igreja, arremata Thomas Woods Jr. dizendo que: “Basta dizer que a caridade católica não tem paralelo com nenhuma outra, em quantidade e variedade de boas obras, nem no alívio prestado ao sofrimento e miséria humanos. Podemos ir mais longe e dizer que foi a Igreja Católica que inventou a caridade tal como a conhecemos no Ocidente.” (WOODS Jr., 2008, p. 166).

Contudo, a progressiva e quase inevitável secularização do mundo ocidental e a adoção do modelo de bem-estar social fizeram com que o Estado incorporasse a prestação do serviço de saúde às suas funções típicas.

Aos poucos, então, o Estado, embora permitindo a prestação do serviço por empresas particulares em regime de livre concorrência, passou a prestar diretamente o serviço de saúde, criando toda uma imensa estrutura que, infelizmente, não se desvencilha de influências políticas e ideológicas que em muito prejudicam os mais necessitados.

Note-se bem: não se está aqui pretendendo condenar o Estado moderno por ter incorporado às suas funções a prestação do serviço de saúde. Longe disso: o fato de se poder contar com a estrutura e recursos estatais para a prestação do serviço de saúde é salutar.

A crítica é direcionada a outro ponto, qual seja, o de se transformar a saúde em um *direito* (social, no caso), o que não reflete com exatidão ao que se pretende. Objetivamente falando, não há que se falar em direito de ser ou de permanecer saudável. Exigir do Estado que garanta a saúde de seus administrados é advogar a possibilidade do impossível e impraticável. O que verdadeiramente há é o dever constitucional de o Estado prestar o *serviço* de saúde, mediante políticas públicas adequadas e eficientes, guardadas certas limitações de diversas ordens (orçamentárias, políticas, sociais etc.) que não podem ser ignoradas.

A natureza social do serviço público de saúde exige o reconhecimento de que o almejado bem comum depende seja substituída a noção do direito subjetivo à saúde pela doutrina que defende a ideia do justo subjetivo, conforme se analisará abaixo.

Assim,

[...] os direitos sociais do homem implicam também deveres sociais para o homem, visto que “a dignidade do eu não é independente da dignidade do tu: tal como o eu existe ‘irremediavelmente’ para o outro ‘e isto obriga-me, queira ou não, a contar com ele e com as suas intenções sobre mim, também a minha dignidade é função da dignidade que é reconhecida a todos os restantes seres humanos’”. Parafraseando Ortega Y Gasset, a dignidade do outro contém implícita uma remissão para a minha própria dignidade, fazendo dele um ser dotado de uma dignidade análoga à minha. (OTERO, 2017, p. 458).

É dizer: mesmo o Estado de bem-estar social que se pretende justo requer o reconhecimento não somente de direitos, mas também (e na mesma medida) de deveres.

Contudo, o fenômeno que se apresentou especialmente a partir da segunda metade do século XX deixou clara a intenção de ampliar o intervencionismo estatal na vida privada. Para os mais atentos, da mesma forma como surgiu o Estado de bem-estar social, em poucas décadas já se provou um equívoco em todos os sentidos.

O mesmo doutrinador português citado acima arremata o assunto da seguinte maneira: “A sociedade passa a viver para o estado e o homem para a máquina do governo: o Estado torna-se, utilizando as palavras de Ortega Y Gasset, o maior perigo para a civilização.” (OTERO, 2017, p. 463)

O Brasil não ficou imune a essa mudança de paradigma acerca da função do Estado na sociedade.

Pelo contrário. A Constituição Federal de 1988 representa, provavelmente, o auge da visão política de bem-estar.⁴

A saúde, a educação, a justiça, a moradia, a segurança etc. (ou o *direito* a esses serviços), que representam justamente o que há de mais caro para o cidadão, estão dentro desse contexto – e, não por acaso, todos eles apresentam falhas de toda ordem que somente podem ser corrigidas mediante uma mudança radical da cultura política a respeito do limite aceitável da intervenção estatal na vida privada.

Deve-se atentar que o modelo do Estado Democrático de Direito, como decorrência natural da ideologia liberal, não é compatível com o intervencionismo estatal desenfreado nas searas mais relevantes da vida humana.

Em verdade, o Estado, como produto de uma sociedade que busca preservar e fortalecer valores e virtudes que sobreviveram ao teste do tempo, deve atuar de modo a garantir que os indivíduos façam suas escolhas e arquem com as consequências, não cabendo a ele ser o protagonista de mudanças indesejadas e revolucionárias, como de costume ocorre.

⁴ A respeito disso, interessante apontar a visão de Roberto Campos (2018, p. 294) acerca da Constituição Federal de 1988: “Afonso Arinos nos ensinava que existem Constituição ‘suma’ e Constituições ‘instrumento’. A atual não é nem uma coisa nem outra. É uma Constituição ‘regulamento’ impregnada daquilo que Miguel Reale chamava de ‘totalitarismo normativo’. Ulysses Guimarães, em comovido discurso no encerramento da Constituinte, apelidou-a de ‘Constituição dos Miseráveis’. Errou apenas na preposição. Ao criar um desequilíbrio estrutural nas finanças públicas, proclamar direitos sem deveres e criar obstáculos à liberdade empresarial, não é uma Constituição ‘dos miseráveis’. É ‘contra’ os miseráveis.”

Então, após o reconhecimento de que o modelo de bem-estar não atendia de forma adequada às expectativas da sociedade (muito em virtude do aumento exponencial de impostos e da incapacidade do Estado em prestar serviço público eficiente e de qualidade), nova discussão acerca do modelo econômico ideal se impôs, dando origem a um debate que se tornou notório entre Keynes, que insistia no modelo de bem-estar, de um lado, e, de outro, Hayek, defensor do modelo liberal. Com algumas ressalvas, o austríaco saiu vitorioso da disputa, e boa parte dos países ocidentais passou a adotar – sobretudo após a década de 70 – o modelo que se convencionou chamar de neoliberal.

De acordo com Maximiliano Martin Vicente (2009, p. 5):

O novo liberalismo (neoliberalismo) preza o mercado livre global. Nele “as empresas, corporações e conglomerados transnacionais adquiriram preeminência sobre as economias nacionais” (IANNI, 1995, p.46). Dando sustentação ao processo, uma nova divisão internacional do trabalho e a flexibilização dos processos produtivos surgiram, entre outras manifestações do capitalismo, sempre em escala mundial.

Por conta do modelo econômico adotado, o mesmo autor destaca com precisão a crise visível de perda do poder popular para poderosos grupos econômicos que atuam em escala mundial:

Praticamente forçados a adotar as políticas sugeridas, os países em desenvolvimento acabam por abrir mão de parte de sua soberania, ficando expostos aos interesses do capital. Por esse e outros motivos, a globalização é vista como um sistema totalitário. Santos (2002, p.146) aponta tal característica: “Eu chamo a globalização de globalitarismo, porque estamos vivendo uma nova fase de totalitarismo. O sistema político utiliza os sistemas técnicos contemporâneos para produzir a atual globalização, conduzindo-nos para formas de relações econômicas implacáveis, que não aceitam discussão, que exigem obediência imediata. (VICENTE, 2009, p. 22)

Por tais motivos, não se está aqui defendendo o modelo liberal puro e simples, visto que também este modelo não é isento de severas e bem fundamentadas críticas, em especial quanto à intenção, por vezes não declarada, de substituir-se a vontade popular pela vontade de um pequeno (porém poderoso) grupo econômico, que não raras vezes deixa o interesse comum em segundo plano. Em outras situações, o modelo liberal vale-se da corrente utilitarista para responder a questões de grande importância para a vida humana, o que acarreta o rebaixamento do ser humano à condição de *coisa*.

Thomas E. Woods Jr., escrevendo sobre o estado assistencial (em particular o norte-americano) e a sua influência sobre a família e a sociedade civil, asseverou que

O assistencialismo estatal não só estimula comportamentos adversos e destrutivos como também leva a uma devoção idólatra ao Estado central, com sua promessa implícita de uma solução política simples e gratuita para todos os males sociais. Hilaire Belloc descreveu essa consequência como o “Estado servil”, no qual um aparato estatal cuida, do início ao fim da vida, de uma população apática que lhe dá apoio cego e irrestrito. Com relação a essas promessas falsas e contra elas, é preciso que nos voltemos uma vez mais às famílias, às igrejas e às instituições locais que deixamos que se atrofiassem sob o controle do governo central e que constituem aquilo que Edmund Burke denominou de os “pequenos pelotões” da civilização. (WOODS JR., 2009, pp. 220-221)

Além do mais, há defensores do liberalismo que advogam a tese anárquica segundo a qual o Estado deveria se abster de toda e qualquer intervenção na sociedade, o que, sem dúvida, parece inviável.

Dessa forma, dado que o modelo liberal puro não atende aos anseios da população e a alternativa socialista – hoje travestida no modelo de bem-estar social que conta com o apoio de fundações, organizações e empresas de alcance global – já se provou ainda pior, e que ambos acabam por concentrar excessivo poder nas mãos do governo central, a solução passa pela adoção de um modelo de Estado que, sem negar a necessidade de regulação estatal destinada exclusivamente à preservação do bem comum e subordinada ao direito natural, não torna os indivíduos reféns ou escravos de uma pequena elite política ou econômica.

Nessa linha, a Doutrina Social da Igreja está correta quando, sobre as obrigações e limites da intervenção estatal, ensina:

Ora, importa à salvação comum e particular que a ordem e a paz reinem por toda a parte; que toda a economia da vida doméstica seja regulada segundo os mandamentos de Deus e os princípios da lei natural; que a religião seja honrada e observada; que se vejam florescer os costumes públicos e particulares; que a justiça seja religiosamente graduada, e que nunca uma classe possa oprimir impunemente a outra; que cresçam robustas gerações, capazes de ser o sustentáculo, e, se necessário for, o baluarte da Pátria. É por isso que os operários, abandonando o trabalho ou suspendendo-o por greves, ameaçam a tranquilidade pública; que os laços naturais da família afrouxam entre os trabalhadores; que se calca aos pés a religião dos operários, não lhes facilitando o cumprimento dos seus deveres para com Deus; que a promiscuidade dos sexos e outras excitações ao vício constituem nas oficinas um perigo para a moralidade; que os patrões esmagam os trabalhadores sob o peso de exigências iníquas, ou desonram neles a pessoa humana por condições indignas e degradantes; que atentam contra a sua saúde por um trabalho excessivo e desproporcionado com a sua idade e sexo: em todos estes casos é absolutamente necessário aplicar em certos limites a força e autoridade das leis. Esses limites serão determinados pelo mesmo fim que reclama o socorro das leis, isto é, que

eles não devem avançar nem empreender nada além do que for necessário para reprimir os abusos e afastar os perigos. Os direitos, em que eles se encontram, devem ser religiosamente respeitados e o Estado deve assegurá-los a todos os cidadãos, prevenindo ou vingando a sua violação. Todavia, na protecção dos direitos particulares, deve preocupar-se, de maneira especial, dos fracos e dos indigentes. A classe rica faz das suas riquezas uma espécie de baluarte e tem menos necessidade da tutela pública. A classe indigente, ao contrário, sem riquezas que a ponham a coberto das injustiças, conta principalmente com a protecção do Estado. Que o Estado se faça, pois, sob um particularíssimo título, a providência dos trabalhadores, que em geral pertencem à classe pobre. (PAPA LEÃO XIII, 1891, m/d/).

O que está claro nas palavras acima é que para prosperar qualquer modelo econômico, impõe-se também que cada pessoa tenha consciência da importância de certos padrões éticos e morais, a fim de não se limitar a liberdade econômica a uma mera busca pelo lucro. Este, por si só, não é e nem pode ser condenado; mas o lucro pelo lucro, contudo, nenhum benefício traz ao bem comum.

Nessa linha, tem-se a seguinte lição:

A liberdade econômica em nada se contrapõe à existência de padrões morais, muito pelo contrário. Para que os homens possam produzir, comercializar e comprar livremente, é imprescindível que haja leis, regulamentos, fiscalizações e praxes comerciais, baseados em conceitos éticos. Essas normas, no entanto, devem ser vistas como balizas que facilitam o caminho e não como entraves à liberdade. Deve o Estado, ao promulgar leis, respeitar as liberdades fundamentais dos indivíduos, pois as sistemáticas limitações destas engendram, comumente, males maiores do que os que se pretende coibir. Mais ainda. A economia de mercado depende da vigência de uma moralidade generalizada no povo. Um povo muito corrompido moralmente não terá condições de habitualmente ter o esforço, o gosto da atividade sistematizada, a facilidade de poupança, o ânimo para a luta e a resignação com os fracassos, necessários para uma vida econômica próspera, útil para as pessoas em particular e para a nação em geral. Sem uma moral praticada de forma muito generalizada, a economia acabará mirrando e virá a decadência geral da sociedade. (LINDENBERG, 2017, p. 47)

Ademais, mesmo grandes expoentes do liberalismo do século XX defendem a conciliação do modelo liberal com a religião. Ludwig von Mises, inclusive, em sua obra clássica *Ação Humana*, assevera que:

Segundo o entendimento liberal, o objetivo da lei moral é forçar os indivíduos a ajustarem sua conduta às exigências da vida em sociedade, a se absterem de quaisquer atos contrários à preservação da cooperação social pacífica e ao aprimoramento das relações inter-humanas. Os liberais acolhem prazerosamente o apoio que ensinamentos religiosos possam dar a estes preceitos morais, que eles também aprovam, mas se opõem a todas aquelas que certamente haverão de provocar a desintegração social, qualquer que seja a fonte de onde provenham. (MISES, 2010, p. 197).

É, de fato, um ponto que merece reflexão.⁵

Acrescente-se que a formação de um estado totalitário e autoritário é outra grave consequência de um modelo econômico destituído de qualquer padrão de moralidade (algo que se pode verificar nos dias atuais). As pequenas e médias empresas ficam impossibilitadas de concorrerem com poderosos conglomerados, que passam, inclusive, a exercer forte influência política nos governos locais.

A mesma falta de um padrão ético e moral na economia e a busca unicamente pelo lucro e poder é também responsável por empresas se estabelecerem em países onde nenhum direito fundamental é respeitado, embora os custos da produção sejam consideravelmente reduzidos, o que indica que o modelo capitalista de mercado, entendido unicamente pela busca do lucro, pode ser tão nocivo ao bem comum quanto os modelos totalitários.

1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Impossível separar os direitos sociais do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 3º, inc. III, da Constituição Federal (CF/88).

Em geral, a doutrina concorda com a lição de Rizzatto Nunes (2002), que, em obra específica sobre o referido princípio, ensina que:

Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica. Com efeito, é reconhecido o papel do Direito como estimulador do desenvolvimento social e freio da bestialidade possível da ação humana. (NUNES, 2002, p. 46).

⁵ Thomas E. Woods Jr, em sua obra *A Igreja e o mercado: uma defesa católica da economia de livre mercado*, traça um excelente paralelo entre o liberalismo e a doutrina católica, com especial reforço nas lições de Santo Tomás de Aquino, concluindo que “[...] a economia não tem todas as respostas sobre a vida, nem diz tê-las. Todavia, ela mostra, de fato, como o desejo moralmente aceitável de lucro leva a uma cooperação social espontânea que impede a necessidade de um aparato estatal inchado para direcionar a produção. Portanto, a economia revela os mecanismos fascinantes, leva à prosperidade geral. Isso significa menos doenças, mais tempo livre para passar com a família e melhores oportunidades de desfrutar das coisas boas da civilização. Em termos mais simples, é por isso que podemos encontrar tantos católicos ortodoxos favoráveis à prosperidade privada, à moeda livre e ao livre mercado.” (WOODS Jr., 2019, p. 319). E José Guilherme Merquior (2014, p. 66) pontua que “A luta pelos direitos religiosos alimentou a ideia de direitos individuais gerais, uma das próprias fontes do liberalismo”. Por sua vez, ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2016, p. 61) que “O movimento reformista ganhou um forte apoio com a formulação da chamada doutrina social da Igreja a partir da encíclica *Rerum novarum*, editada em 1891 pelo Papa Leão XIII. Esta retoma de São Tomás de Aquino a tese do bem comum, da essência na ‘vida humana digna’, bem como a doutrina clássica do direito natural, ao mesmo tempo em que sublinha a dignidade do trabalho e do trabalhador. Chega assim à afirmação de direitos que exprimem as necessidades mínimas de uma vida consentânea com a dignidade do ser humano, criado à imagem e semelhança de Deus. Daí o direito ao trabalho, à subsistência, à educação etc.”.

Contudo, a visão exposta acima possui exagerada carga positivista, já que é difícil conceber a origem da dignidade da pessoa humana na razão jurídica ou mesmo reconhecer o papel do Direito como propulsor do desenvolvimento social e limite à maldade humana.

O século XX é a prova de que mesmo o Direito pode ser usado contra a humanidade, visto que boa parte das atrocidades cometidas contra o homem foram praticadas de acordo com o Direito (positivo). E o século XXI parece seguir a mesma direção.

Daí que, à luz da doutrina em voga, não se pode afirmar que a dignidade humana chega ao presente século como um valor supremo – salvo se adotar um conceito puramente formal, dogmático e abstrato para o princípio.

E não: a dignidade humana, em que pese a dificuldade conceitual que apresenta, não pode ser algo vago e irreconhecível aos indivíduos. Não é uma ideia, um objetivo a se atingir; ao contrário, a dignidade humana é real, e somente quando reconhecida concretamente pelos indivíduos é que se pode falar no valor supremo da dignidade humana.

Por isso, opta-se aqui pelo conceito formulado por Javier Hervada nos seguintes termos:

O que significa, então, a dignidade da pessoa humana? Em síntese, podemos dizer que a dignidade humana consiste na eminência ou excelência do ser humano, mediante uma intensa participação no mais alto grau do ser, que o constitui como um ser dotado de debitude e exigibilidade em relação a si mesmo e em relação aos demais homens. Em outras palavras, trata-se de um ente cuja ordem do ser compreende a ordem do dever-ser. (HERVADA, 2008, p. 311).

Quer isto dizer, em poucas palavras, que a dignidade humana é inata e inerente a todos, independentemente (ou apesar) do Direito positivo e, por isso mesmo, parece muito mais razoável estudá-la à luz do direito natural.

É a lei natural (a *recta ratio*), cuja origem está atrelada à natureza racional dos homens, que deve ser o fundamento e o norte da lei positiva, e, conseqüentemente, fazer com que se evite a bestialidade possível da ação humana.

E, longe de haver incompatibilidade, nota-se um necessário equilíbrio entre o direito positivo e o direito natural.

Nas palavras de José Pedro Galvão de Sousa:

É a lei que estabelece o que é justo e determina os direitos subjetivos. Mas as leis não podem ser elaboradas arbitrariamente pelo legislador. Há uma justiça anterior e superior à lei escrita, há direitos que precedem a feita

das normas estatuídas pelo poder social competente. Esta justiça e estes direitos, que não dependem das prescrições da ordem jurídica positiva, fundamentam-se na lei natural. (SOUSA, 1977, p. 5).

Jorge Miranda (2006, p. 60), embora com enfoque diverso, também enfatiza a relevância e compatibilidade da visão jusnaturalista com o conceito de direitos fundamentais:

Direitos fundamentais ou direitos do Homem, direitos naturais, direitos originários. Estas últimas expressões acusam uma visão jusnaturalista de enaltecer, mas têm o perigo de deslocar o problema do terreno jurídico para o metajurídico; preferência, por isso, pela expressão “direitos fundamentais”, introduzida, parece, pela Constituição Weimar. Os direitos fundamentais, como todos os direitos, provêm da ordem jurídica, o que, entretanto, não quer dizer que o Direito positivo possa postergar o direito natural, negando-os.

Como se nota, o direito natural, tal como aqui defendido, em muito se distancia das lições de Hobbes (1588-1679), Locke (1632-1704) e Rousseau (1712-1778). O primeiro por atribuir maior importância às leis positivas, impostas pelo soberano, do que às leis naturais, invertendo a lógica segundo a qual é o direito natural que confere fundamento de validade ao direito posto⁶; o segundo, por seguir linha exageradamente racionalista, desvinculando o conhecimento humano de aspectos teológicos; o último, por sua vez, porque sua teoria do contrato social deságua, de forma inevitável, no totalitarismo (algo talvez desejado, ainda que implicitamente, pelo filósofo)⁷. Em Hobbes e Rousseau verifica-se uma total

⁶ Sobre a doutrina de Hobbes, é valiosa a seguinte lição: “[...] se no estado civil os indivíduos são obrigados a obedecer às leis civis, isto significa que nele só existe um direito, imposto pelo soberano, ou seja, o direito positivo. Para que as leis naturais sejam respeitadas, é preciso obedecer ao poder civil. Essa obediência significa a observância dos seus comandos, isto é, o respeito não mais às leis naturais, porém às leis civis. Dir-se-á que as leis naturais valem pelo menos no que diz respeito ao soberano, que precisa respeitá-las com relação aos seus súditos, mas Hobbes concebe esse respeito do soberano pelas leis naturais de um modo estranho. Para começar, os soberanos têm o direito de interpretar as leis naturais, determinando o seu significado [...] Em algumas passagens, Hobbes afirma que, para os indivíduos, a única lei natural sobrevivente no estado civil é a que obriga a obedecer o soberano.” (BOBBIO, 1997, pp. 43-44)

⁷ “O Estado de Rousseau não é apenas autoritário: é também totalitário, uma vez que regula todos os aspectos da actividade humana, incluindo o pensamento. Sob o contrato social, o indivíduo era obrigado a <<alienar-se, com todos os seus direitos, à comunidade no seu todo>> (isto é, ao Estado). Rousseau considerava que havia um conflito irresolúvel entre o egoísmo natural do homem e os seus deveres sociais, entre o Homem e o Cidadão. E isso causava-lhe grande infelicidade. A função do contrato social, e do Estado a que deu origem, era fazer com que o homem voltasse a ser um todo: <<Fazei com que o homem seja um todo e proporcionar-lhes-eis a maior felicidade possível. Entregai-o todo ao Estado ou deixai-o completamente entregue a si próprio. Mas se lhe despedaçardes o coração, dividi-lo-eis em dois>>. Daí que seja obrigatório tratar os cidadãos como crianças e controlar-lhes a educação e o pensamento implantando-lhes <<a lei social do bem no fundo do coração>>. Passam assim a ser <<homens sociais por natureza e cidadãos por inclinação; serão um todo, serão bons, serão felizes e a sua felicidade será também a da República. Tal procedimento exige uma submissão completa.” (JOHNSON, 2009, p. 41) (grifos do autor).

submissão do indivíduo ao Estado, aspecto esse que já não se nota em Locke, que é bem claro ao expor os limites para a atuação do poder estatal.

Cabe mencionar também que aqui não se adota uma visão historicista do direito natural, cuja origem pode ser apontada em Descartes (1596–1650), passando por Giambattista Vico (1668-1744), Kant (1724-1804) e culminando em Marx (1818-1883). Essa corrente, ao substituir a afirmação da Escola Escolástica que afirmava ser o ente – o ser – a verdade (*verum est ens*) pela máxima *verum quia factum* (o fato é a verdade), acabou por concluir que somente é possível reconhecer a verdade naquilo que for feito pelo próprio homem, o que representou uma etapa necessária para que Marx substituísse o fato (*factum*) pela práxis (*faciendum*). Tal visão acaba por criar, no homem, a ilusão de ser o dono do presente e o faz ter os olhos voltados exclusivamente para o futuro, sendo a técnica (ou o assim chamado método científico) o instrumento dessa engrenagem, ignorando, contudo, que o campo de estudo da ciência é extremamente limitado, não abarcando aspectos integrais da realidade⁸.

Infelizmente – e este ponto merece destaque para o que será desenvolvido adiante –, tanto a legislação como a doutrina e a jurisprudência brasileiras, tal como ocorreu com os valores da democracia e do Estado Democrático de Direito, acabaram por banalizar o princípio da dignidade da pessoa humana, que passou a ser usado como uma espécie de coringa para justificar a edição de leis, estudos acadêmicos e jurisprudência com elevada carga ideológica e, não raro, sem qualquer significado.

Ao lado dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a dignidade da pessoa humana, hoje, presta-se a embasar qualquer argumento ou decisão – de natureza jurídica ou política –, tornando, não raras vezes, letra morta o texto constitucional, a legislação e os acordos firmados livremente entre particulares.

Luiz Henrique Martim Herrera e Thiago Azevedo Guilherme seguem a mesma linha de raciocínio:

Com efeito, frequentemente se vê nas decisões o uso de termos-pop-jurídicos como razoabilidade, proporcionalidade, ponderação e a dignidade da pessoa humana (todas de pouca transparência), como antídotos argumentativos para “justificar” verdadeiras preferências pessoais do magistrado; são “varas de condão” em detrimento dos fatos como se

⁸ Conceitos extraídos da obra: RATZINGER, Joseph. **Introdução ao Cristianismo** – Preleções sobre o Símbolo Apostólico Com um novo ensaio introdutório. Tradução de Alfred J. Keller. 8 ed. São Paulo: Editora Loyola, 2015.

mostram, do direito posto e da racionalidade argumentativa. (HERRERA; GUILHERME, 2011, p. 49).

Por sua vez, o psicólogo austríaco Viktor Frankl, escrevendo acerca da dignidade humana em sua obra *Em busca de sentido* (traduzida por Walter O. Schlupp) e fazendo interessante correlação com o niilismo, ensina:

Confundir a dignidade do ser humano com mera utilidade surge de uma confusão conceptual que, por sua vez, pode ser atribuída em suas origens ao niilismo contemporâneo transmitido em muitas universidades e tratamentos psicanalíticos. Mesmo no treinamento de psicoterapeutas pode ocorrer tal doutrinação. O niilismo não afirma que não existe nada, mas afirma que tudo é desprovido de sentido.(FRANKL, 2008, p. 173).

Portanto, do que se disse até aqui, deve-se frisar a relevância e a excelência do primado da dignidade da pessoa humana, oriundo do direito natural, que deve servir de fundamento e norte para a legislação positiva, a fim de conciliar a natureza humana com as normas postas.

Assim, a afirmação de que o princípio da dignidade da pessoa humana estaria entrelaçado com o direito à saúde, entendido este como o *direito* (subjetivo) do titular de exigir que outrem (o Estado ou os prestadores de serviços de saúde) lhe forneça o tratamento e os insumos necessários para a sua convalescença, comporta alguns comentários.

Já se delimitou acima, dentro dos limites do escopo deste trabalho, o que se entende por dignidade humana. Dizer que esse princípio implica ou fundamenta um *direito* (à saúde) do titular parece não ser totalmente exato.

Miguel Reale, em sua obra *Filosofia do direito*, afirma que:

[...] o conceito do Direito implica, outrossim, o elemento do *Poder* (donde dizemos que é uma realidade *ordenada*, ou, por outras palavras, uma *ordenação*) assim como o de sociedade: é o Direito vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores de convivência. Temos, assim, de maneira geral, a sociedade como condição do Direito, a Justiça como fim último, a bilateralidade atributiva como forma ordenatória específica, e o Poder como garantia de sua atualização. (REALE, 2002a, p. 668).

Atenção para a nota da bilateralidade-atributiva que, segundo o jurista, compõe o conceito de Direito. É esta bilateralidade-atributiva que confere ao titular de um direito a faculdade de exigir, ainda que coercitivamente, seu cumprimento. Nessa linha, o Direito seria a capacidade (ou o poder) de ser obedecido por outrem.

Ora, em que sentido se pode dizer que uma pessoa seja titular de um *direito* à saúde? Ou, em outros termos, pode uma pessoa exigir de outra que não adoença, a fim de poder usufruir de uma saúde digna?

Há que não confundir, portanto: direito à saúde e direito ao acesso aos serviços relacionados à saúde. Afirmar a existência de um direito à saúde parece não fazer sentido; por outro lado, o acesso aos serviços de saúde, nos termos e nos limites em que definidos na lei ou no contrato, parece coincidir melhor com a noção de *direito*.

Em outros termos: o assim chamado *direito à saúde* corresponderia ao poder que o seu titular possui de exigir que terceiros se abstenham de praticar contra ele qualquer ato lesivo à sua integridade física, moral ou psíquica. Já o *direito ao acesso aos serviços relacionados à saúde* é o que está previsto no art. 196 da Constituição Federal, segundo o qual:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção. (BRASIL, 1988, m/d).

O que este dispositivo determina não é que todos tenham direito ao recebimento de todo e qualquer tratamento e insumo, mas, sim, que o Estado deve garantir, por meio de políticas públicas adequadas e eficientes, a redução do risco de doenças e outros agravos, e o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para sua promoção, proteção e recuperação.

Como se vê, o núcleo do dispositivo é a realização de políticas públicas que permitam o acesso de todos ao sistema público de saúde – dentro de uma opção política a ser definida pelos Poderes competentes (Executivo e Legislativo, conforme o caso), respeitados os limites orçamentários correspondentes.

O tema é alvo de legislação ordinária própria (Lei 8080/1990), regulamentada pelo Decreto nº 7508/2011, que dispõe sobre a organização do Sistema Único de Saúde (SUS), o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa e dá outras providências. (BRASIL, 1990a; 2011).

Ou seja, o direito à saúde, aqui, não é, como se costuma dizer, um direito ilimitado aos mais variados tratamentos ou fornecimento de insumos; cuida-se, antes, do direito ao acesso às políticas públicas de saúde, nos termos da Lei e do Decreto.

E tanto isso é verdade que o referido Decreto, em seu art. 28, já fixou os requisitos necessários para o acesso universal e igualitário à assistência, sendo eles: I – estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; II – ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; III – estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e IV – ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS. (BRASIL, 2011).

Enfim: nenhum direito fundamental é ilimitado, inclusive o direito ao acesso às políticas públicas relacionadas à saúde.

No caso do sistema de saúde complementar, a mesma conclusão é de rigor: o direito à saúde do participante do plano não é ilimitado e nem determinado quando do surgimento da doença.

Não se tratando de contrato aleatório (salvo em casos excepcionais, como o Seguro Saúde Internacional, em que se fixa o limite financeiro de cobertura desde logo), os direitos e deveres das partes são fixados e delimitados no momento da celebração do contrato. Dito de outra forma: o contrato disciplinará se, em que circunstâncias e como se dará a cobertura e a prestação do serviço de saúde.

Logo, aqui o direito ao acesso a tratamentos e medicamentos está delimitado pelo próprio contrato e pela respectiva Lei, não havendo meios jurídicos que permitam ao aderente do plano usufruir de benefícios conscientemente excluídos de cobertura.

Neste ponto, cabe uma importante observação: a Agência Nacional de Saúde (ANS) admite a segmentação assistencial, ou seja, que o aderente contrate, juntamente com a operadora do plano de saúde, o tipo de cobertura assistencial que lhe interessa.

Assim, são admitidas as seguintes opções: Ambulatorial, Hospitalar sem Obstetrícia, Hospitalar com Obstetrícia, Exclusivamente Odontológico, Referência, Ambulatorial + Odontológico, Ambulatorial + Hospitalar sem Obstetrícia, Ambulatorial + Hospitalar com Obstetrícia, Hospitalar com Obstetrícia + Odontológico, Hospitalar sem Obstetrícia + Odontológico, Ambulatorial + Hospitalar sem Obstetrícia + Odontológico e, finalmente, Ambulatorial + Hospitalar com Obstetrícia +

Odontológico, sendo certo que para cada segmentação a própria ANS possui lista discriminando procedimentos com cobertura obrigatória.⁹

Por outro lado, em que pese seja aceita a negociação quanto ao tipo de cobertura (segmentação), a ANS – assim como a Lei 9656/98 – não admite a subsegmentação, ou seja, não cabe ao fornecedor do serviço negar cobertura a determinada moléstia, lesão ou doença que esteja inserida no tipo de cobertura contratado e prevista no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde¹⁰, pois isso equivaleria a rejeitar a integralidade da cobertura, que é uma característica essencial, estabelecida em lei, dos contratos de planos de saúde.

Dessa maneira, as operadoras de planos de saúde somente estão dispensadas de custear o tratamento relativo às doenças não previstas no rol de coberturas obrigatórias da Agência Nacional de Saúde; e, portanto, quando se afirma que o contrato de plano de saúde pode excluir determinada doença de cobertura, obviamente a referência é quanto às doenças não previstas no rol da ANS.¹¹

Não se nega – e isso é difícil e delicado de se admitir – que eventualmente possa uma pessoa ficar desamparada de determinada assistência, afinal, o Estado (por meio do sistema do Sistema Único de Saúde) não tem meios (físicos e financeiros) de custear todo e qualquer evento trágico ocorrido a uma determinada pessoa; por outro lado, as empresas que atuam no setor da saúde complementar não podem ser compelidas a prestar serviços não contratados, sob pena, inclusive, de se comprometer o próprio equilíbrio contratual.

Esse drama reflete bem a realidade vivida por um grande número de pessoas. Muitas vezes, compreender que o sofrimento, a dor e a morte são inerentes e indissociáveis da curta passagem do homem neste plano exige que se tenha plena consciência de que a própria transcendência para outro nível de existência também faz parte do caminho a ser percorrido por todo ser humano. Entender esta lógica

⁹ Conforme se pode verificar em listagem disponível em: <<https://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/segmentacao-assistencial>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

¹⁰ O Rol dos Procedimentos e Eventos em Saúde, elaborado pela ANS, atualizado até fevereiro de 2021, está disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

¹¹ A lista completa dos procedimentos obrigatórios pode ser encontrada no seguinte link: <<https://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/737-rol-de-procedimentos>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

equivale a buscar um sentido para a própria vida. Viktor E. Frankl (2008, pp. 101-102) que, preso em um campo concentração nazista chegou perto de perder a condição mesma de ser humano, afirma que:

Precisamos aprender e também ensinar às pessoas em desespero que a rigor nunca e jamais importa o que nós ainda temos a esperar da vida, mas sim exclusivamente o que a vida espera de nós [...] Em última análise, viver não significa outra coisa senão arcar com a responsabilidade de responder adequadamente às perguntas da vida, pelo cumprimento das tarefas colocadas pela vida a cada indivíduo, pelo cumprimento da exigência do momento [...] Quando um homem descobre que seu destino lhe reservou um sofrimento, tem que ver nesse sofrimento também uma tarefa sua, única e original. Mesmo diante do sofrimento, a pessoa precisa conquistar a consciência de que ela é única e exclusiva em todo o cosmo dentro deste destino sofrido.

E, para falar pelos juristas, cite-se a lição de um dos maiores:

Apesar de ser seu bem maior na Terra e o direito fundamental a ser respeitado, a visão do homem sobre a vida é a de que, nada obstante transitória, deve ser encarada como se fosse permanente. A transcendência, que a transitoriedade lhe empresta, o homem tem receio de enfrentar. A certeza da morte, que apenas ganha sentido a partir da percepção de sua transcendência, é temida pelo que traz de dor, de renúncia e de encerramento. E a dor, elemento presente na vida e na morte, é o elo que pode permitir ao ser humano crescer ou afundar. O homem que não se prepara para a dor, física ou moral, sofre duplamente, ou seja, a própria dor e o inconformismo em ter de suportá-la, o que, não poucas vezes, leva ao desespero. Aquele que se prepara, nitidamente, leva uma vantagem, sobre poder superar o problema pela perspectiva dessa realidade, que é preparatória da morte. E o homem que se prepara, busca e passa a ter um sentido de vida maior. (MARTINS, 2000, pp. 204-205).

Feitas essas considerações, daqui por diante o termo *direito à saúde* deve ser interpretado como *direito de acesso* a serviços assistenciais, às ações e prestações promovidas tanto pelo Estado, para a promoção, recuperação e preservação da saúde, como por empresas privadas que operam planos de assistência à saúde.

1.3 A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

O constituinte de 1988 optou por incluir a saúde no rol dos direitos sociais. Nessa linha, estipula o art. 6º da Constituição Federal que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, m/d).

Nota-se o viés centralizador e estatizante adotado pela Constituição Federal.¹²

A posição topográfica do mencionado dispositivo revela outro ponto digno de nota. Ele está inserido no Capítulo II do Título II da Constituição Federal, este denominado Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Consequência natural disso é que não se admite proposta de emenda constitucional tendente a abolir o direito à saúde, visto tratar-se de cláusula pétrea (artigo 60, §4º, Constituição Federal -CF/88).

De acordo com André Ramos Tavares (2017, p. 717):

Os direitos sociais, como direitos de segunda geração, convém lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado, prioritariamente na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais.

Por direitos prestacionais, conforme ensina a doutrina, entendem-se aqueles que exigem do Estado uma atitude, ação ou conduta ativa/positiva, uma obrigação de fazer, no sentido de implementar políticas que possam tornar eficaz a norma constitucional.

Sintetizando o que se disse acima, José Afonso da Silva (2012, pp. 309-310), em trecho que merece integral transcrição, leciona:

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, conforma anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: “uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas. Como se viu do enunciado do art. 196 e se confirmará com a leitura dos arts. 198 a 200, trata-se de um direito positivo “que exige prestações do Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas [...], de cujo cumprimento depende a própria realização do direito”, e do qual decorre um especial direito subjetivo de conteúdo duplo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a, e 103, §2º) e, por outro lado, o seu não atendimento, *in concreto*, por falta de regulamentação, pode abrir pressupostos para a impetração do mandado de injunção (art. 5º, LXXI), apesar de o STF continuar a entender que o mandado de injunção não tem a função de regulação concreta do direito reclamado (*infra*).

Assim, o direito ao acesso à saúde é tanto um direito prestacional como um direito programático, ou seja, embora tenha o Estado o dever de garantir o acesso a

¹² Afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1996, p. 314): “Ao contrário da Constituição anterior, cuja inspiração era neoliberal, embora na prática não o tenha sido, a Constituição vigente é nitidamente estatista no plano econômico.”

uma saúde digna a todos, deve fazê-lo de forma inteligente e responsável, sem que haja o comprometimento do orçamento público.

Parece evidente, pois, que sendo limitados os recursos públicos, difícil se faz o repasse ilimitado de verbas para a saúde pública.

Nessa linha, difícil negar que a teoria da reserva do possível seja elemento integrante e inseparável das políticas públicas tendentes a tornar eficazes os direitos sociais, salvo mediante elevado esforço argumentativo.

Em sentido contrário, leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 288):

[...] Não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Com todo respeito, os argumentos não convencem.

Ora, a reserva do possível, que diz somente o óbvio (ou seja, que o impossível é impraticável), é um elemento intrínseco de toda a realidade humana (na qual se insere o universo jurídico), e não se cogita da existência de direitos humanos fora da realidade humana.

Querer limitar e rebaixar a reserva do possível a uma vaga noção de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais é o mesmo (ou algo muito semelhante) que negar a lógica segundo a qual o impossível é, de fato, impossível.

E, portanto, a proporcionalidade e a garantia do mínimo existencial não estão a serviço da abstrata ideia da reserva do (im)possível na tarefa de garantir a eficácia dos direitos fundamentais; antes, estão condicionadas por ela.

Quanto ao argumento de que a reserva do possível se presta, em alguns casos, à garantia do núcleo essencial de outros direitos fundamentais em conflito, de duas, uma: (1) sendo impossível a garantia plena de um dos direitos fundamentais (seja por questões orçamentárias, tecnológicas etc.), não há que se falar em conflito; (2) sendo possível a garantia razoável de ambos, ao chefe do Poder Executivo (com base na experiência e adotando medidas e critérios eminentemente políticos, e não

jurídicos) competirá a escolha acerca da melhor opção a ser adotada, visto tratar-se de atribuição que a própria Constituição Federal lhe atribuiu.

De todo modo, claro está que a reserva do possível é tão inerente aos direitos fundamentais como estes o são da própria realidade humana.

Ademais, no mesmo sentido é o posicionamento adotado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10 de dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas (ONU) que, em seu art. XII, preceitua:

Todo homem, como membro da sociedade tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e **de acordo com a organização e recursos de cada Estado**, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (ONU, 1948, m/d) (grifos do autor)

Logo, a garantia dos direitos sociais, dentro dos quais está o direito à saúde, também encontra limites na possibilidade de o Estado prestá-lo.

1.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA ÁREA DA SAÚDE: DO DIREITO SUBJETIVO AO JUSTO SUBJETIVO

No Brasil, a doutrina do Estado de bem-estar culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988, que dedica toda uma seção ao tema da saúde. Trata-se da Seção II (Da Saúde), inserida no Capítulo II (Da Seguridade Social) do Título VII (Da Ordem Social).

Longe de questionar a relevância da proteção à saúde, ao menos é questionável a opção feita pelo Constituinte em fazer constar no corpo da Constituição Federal assunto que não guarda relação com o exercício do poder.

É fora de dúvida que as constituições escritas devem ser sucintas, breves e dedicadas apenas aos assuntos que guardem relação com a forma de Estado e de governo, bem com o modo de aquisição e exercício do poder. Em suma: a Constituição Federal de 1988 deveria preocupar-se tão apenas com normas materialmente constitucionais, entendidas como aquelas que:

[...] definem a forma e os limites de atuação do ente estatal, como observou Zimmermann: “Para Carl Schmitt, elas consubstanciariam as chamadas decisões políticas fundamentais, relacionando-se à questão da configuração do Estado.” (SANTOS, 2008, p. 162).

É por isso, pois, que se pode afirmar que as normas constitucionais a respeito dos direitos sociais são formalmente constitucionais, porque se encontram no corpo da Constituição Federal, mas não são materialmente constitucionais.

Mas a opção do constituinte originário em dedicar cinco artigos ao tema da saúde motivou a doutrina e a jurisprudência a considerarem o direito à saúde como um direito subjetivo público oponível contra o Estado.

E, de fato, o artigo 196 da CF/88 é claro ao mencionar que a saúde é um *direito de todos e dever do Estado, in verbis*:

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988, m/d).

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco explicam o referido artigo da seguinte forma:

(1) direito de todos: É possível identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde. Dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstanciase tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, relator do AgR-RE 271.286/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que *“a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”*, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que *“a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestação de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197)”*, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço. Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurando mediante políticas sociais e econômicas.

(2) dever do Estado: [...] para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no art. 196. Essa é uma atribuição comum dos entes da federação, consoante art. 23, II, da Constituição.

(3) garantido mediante políticas sociais e econômicas: A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas.

(4) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos: Tais políticas visam à redução de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. As ações preventivas da saúde foram, inclusive, indicadas como prioritárias pelo art. 198, II, da Constituição.

(5) políticas que visem ao acesso universal e igualitário: O constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, o que reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação,

garantindo, inclusive a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7º, IV, da Lei nº 8.080/90).

(6) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde: [...] o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). (MENDES; BRANCO, 2015, pp. 660-662).

Esse dispositivo constitucional serve como fundamento para a tese segundo a qual haveria um direito subjetivo de todos a tratamentos e medicamentos diversos, devendo o Estado arcar com o custo total.

Para tanto, invoca-se a doutrina do alemão Robert Alexy, que preceitua que, em caso de conflito entre princípios, deve prevalecer aquele que agride com menos intensidade o outro, mediante a utilização de uma técnica de ponderação. (MARTINES, 2016).

E, a respeito dos conflitos entre direitos fundamentais, citando a doutrina de Alexy, adverte J. J. Gomes Canotilho que eles:

[...] apontam para a necessidade de as regras do *direito constitucional de conflitos* deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na *prevalência* (ou relação de *prevalência*) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (D1 P D2), ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso. Note-se que este juízo de ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efectuar-se logo a nível legislativo (exemplo: o legislador exclui a ilicitude da interrupção da gravidez em caso de violação) como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto (exemplo: o juiz adia a discussão de julgamento perante as informações médicas da iminência de enfarte na pessoa do acusado). (CANOTILHO, 1996, pp. 646-647).

Daí, portanto, resulta haver um direito subjetivo público de todos ao acesso a tratamentos, medicamentos e insumos, cujos custos devem ser suportados pelo Estado.

Avançando, o mesmo dispositivo (art. 196) também afirma que a saúde deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Além do mais, o artigo 198 da CF é claro ao dizer que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento

integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade. (BRASIL, 1988).

Já o artigo 200 da CF disciplina as competências inerentes ao sistema único de saúde, que devem ser disciplinadas por lei ordinária. Dentre elas, destacam-se a de controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos (ins. I) e a de incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação (inc. V). (BRASIL, 1988).

Logo, resta a dúvida: o direito subjetivo seria: (1) o de ter acesso irrestrito e ilimitado, custeado pelos cofres públicos, a tratamentos e medicamentos diversos ou, por outro lado, (2) o de participar de toda uma rede pública de saúde, garantida por políticas sociais e econômicas, regulamentada por leis e atos normativos?

Paulo Nader, em obra já consagrada, a respeito da definição de direito subjetivo, diz o seguinte:

Além de se manifestar *objetivamente* como normas disciplinadoras do convívio social, o Direito se revela também em dimensão *subjetiva*: *poder de agir e de exigir, que o Jus Positum proporciona ao sujeito ativo de uma relação jurídica*. Esta face do Direito, identificada pelos romanos por *jus facultas agendi*, na falta de um *nomen iuris* específico, como se dá na Alemanha com o vocábulo *Berechtigung*, em nossa língua é denominada *direito subjetivo*. Este engloba duas esferas: a da *licitude* e da *pretensão*. A primeira se identifica com o campo da liberdade – *agerelicere* – definido pelo Direito objetivo, enquanto a segunda consiste no poder de se exigir do sujeito passivo da relação jurídica o cumprimento de seu dever. Consequentemente, podemos definir o direito subjetivo como a *possibilidade de agir e de exigir aquilo que as normas de Direito atribuem a alguém*. (NADER, 2015, p. 48).

Arnoldo Wald, em sua obra *Direito Civil: introdução e parte geral*, ensina que:

Em toda relação jurídica existe o vínculo entre o titular do direito, que denominamos sujeito ativo, e uma pessoa sobre a qual recai o dever jurídico, que denominados sujeito passivo. Numa relação jurídica podemos ter um ou vários sujeitos ativos e sujeitos passivos. Podemos dizer que o direito subjetivo é a concretização em favor de determinada pessoa de um direito objetivo contido na norma; é o direito de exigir que, sob pena de sanção, alguém cumpra seu dever jurídico [...] No direito subjetivo há sempre, correspondendo ao direito do sujeito ativo, um dever jurídico do sujeito passivo [...] No caso da faculdade, não existe uma correspondência entre a possibilidade de praticar ou deixar de praticar determinado ato e algum dever de terceiro. Existem assim, a faculdade de testar, a de contratar, ou seja, a possibilidade que a lei assegura a todos de fazer seu testamento ou de fazer um contrato e que não corresponde a nenhum dever de terceiro, consistindo apenas na possibilidade de praticar ou não determinado ato. (WALD, 2003, pp. 110-112).

Nota-se, portanto, que só há direito subjetivo dentro dos limites da lei (natural ou positiva), cabendo a esta fixar os limites do poder de agir e de exigir. O saudoso civilista San Tiago Dantas (1977, p. 150) explica os elementos necessários para se falar em direito subjetivo:

Direito Subjetivo: quando se tem direito subjetivo, pode-se identificá-lo logo por três elementos: *em 1º lugar, porque a esse direito corresponde um dever; em 2º, porque esse direito é violável*, o que quer dizer que a parte contrária pode violar esse direito, deixando de cumprir o dever; e, em 3º lugar, porque o titular do direito pode ter a iniciativa da coerção. Esse direito é coercível e o titular dele pode coagir a parte contrária a cumprir o seu dever. Se faltam esses três elementos, não se tem direito subjetivo, não se está diante de um caso de direito subjetivo.

Resumindo, para se falar em direito subjetivo há de estarem presentes (1) um direito ao qual corresponda um dever de prestação; (2) a violação do direito; e (3) a possibilidade de o titular do direito ofendido coagir o causador do dano para que sane ou repare a lesão.

Ainda que se admita a existência de um direito subjetivo do particular ao tratamento da doença ou moléstia (primeiro requisito), o segundo elemento não se faz presente. Ora, o Estado, por si, não é o causador de doenças e lesões; não é ele que, primeiramente, viola o direito à saúde.

Portanto, o problema não é de conflito de interesses (ou princípios), mas de reconhecer que não há como o particular, fora das hipóteses previstas na lei ou em atos normativos, exigir do Estado que custeie o tratamento de sua moléstia.

É por isso que se impõe a rejeição de soluções simplistas para problemas tão complexos, pois, no fundo, essas soluções deixam ao puro arbítrio do julgador optar pela saída que mais lhe pareça *justa* (justiça, aqui, utilizada no sentido de conveniente).¹³

É por isso que a melhor exegese do art. 196 da Constituição Federal é a de que o direito subjetivo do particular se refere ao direito de ter acesso ao sistema público de saúde, dentro das políticas públicas sociais e econômicas fornecidas pelos entes públicos, regidas por lei e disciplinadas por variados atos normativos.

¹³ A esse respeito, vale mencionar que o mesmo Alexy, em palestra proferida em São Paulo/SP, no dia 01 de julho de 2016, no Fórum Trabalhista da Barra Funda, ao exemplificar a sua teoria do conflito dos princípios no caso de aborto, concluiu: “A proibição completa do aborto seria uma interferência muito maior e agressiva no princípio de autodeterminação da mulher do que permitir o aborto até determinado período – na Alemanha é até a 12ª semana de gestação”. A teoria do jurista alemão serve bem ao propósito de fazer do direito instrumento de engenharia social, tornando a própria vida do ser humano algo descartável e entregue à sorte do intérprete. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-02/robert-alexey-explica-metodo-resolver-conflito-entre-principios>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

Nesse sentido é a posição de Gilmar Mendes e Paulo Branco (2015, p. 661):

Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretiza. Há um direito subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

Por não ser o objeto deste estudo, registre-se apenas que o moderno conceito de direito subjetivo, cuja origem está no voluntarismo de Guilherme de Ockham (1974) – a quem o individualismo egoísta e o capitalismo selvagem dos dias atuais devem elevados préstimos –, comporta uma necessária revisão para aquilo que Barzotto (2010) chama, com base na filosofia Tomista, de *justo subjetivo*.

Nesse sentido, mencionando exatamente o direito à saúde, diz este jurista que:

A interpretação do direito à saúde como poder subjetivo é extremamente popular em alguns países como o Brasil. Dizer que alguém tem direito à saúde é dizer que ele dispõe de uma ação para coagir o Estado a lhe fornecer tratamento ou remédio, ou seja, é garantir ao indivíduo um poder de disponibilidade sobre uma parcela do orçamento à saúde. O impacto que isso terá sobre a coletividade ou sobre o direito à saúde de outros membros da comunidade é indiferente desse ponto de vista. O direito subjetivo é um poder dado a um indivíduo autointeressado para realizar o seu bem. Ele é um átomo social cuja realização independente do bem dos outros membros da sociedade e usará seu direito para tomar à força o que os outros indivíduos autointeressados recusam a fornecer-lhe de bom grado. O direito à saúde é um direito de propriedade ou um poder subjetivo sobre uma parcela do orçamento da saúde. Ao contrário, conceber o direito subjetivo à saúde como um justo subjetivo é concebê-lo como algo ajustado a um ser social, que deve manter uma relação de *igualdade* com os demais membros da comunidade e cujo bem está ligado ao *bem comum*, não podendo alcançá-lo se destruir este último. Assim, não se trata de saber se algo é adequado ao indivíduo X receber 10 milhões porque sua doença exige essa quantia para um tratamento eficaz. A *saúde* de X é uma *qualidade individual* sua, a ser determinada por um médico. O *direito à saúde* não é uma qualidade individual, mas uma *relação de justiça* que X mantém com os outros membros da comunidade. A saúde, considerada em si mesma, é algo naturalmente adequado ao ser humano, uma qualidade necessária à sua autorrealização. Mas na sua manifestação histórica, como um direito, ela deve ser considerada nas suas consequências, isto é, como algo devido no interior de uma comunidade, o que relativiza um bem que em si mesmo, é absoluto. (BARZOTTO, 2010, pp. 69-70).

Esse é, de fato, o ponto crucial a ser debatido em uma proposta séria para resolução dos mais diversos problemas relacionados à saúde pública.

Afinal, ou se admite que cada indivíduo seja titular de direito de propriedade sobre uma parcela do orçamento (o que colocaria em xeque o princípio republicano e comprometeria orçamento público, obrigando a um aumento de impostos considerável), ou se passa a adotar a noção de justo subjetivo acima proposto, a fim

de que todos tenham acesso somente aos tratamentos e medicamentos os quais Estado tem condições de fornecer.

Parece, portanto, não haver dúvida de que a lição a respeito do justo subjetivo é a que melhor satisfaz os anseios constitucionais.

De forma complementar, autoriza a Constituição Federal que instituições privadas participem do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (BRASIL, 1988, art. 199, §1º).

O *caput* do art. 199 assevera que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, sendo vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros (§3º), restrição essa que não se justifica e revela bem a ideologia predominante da Carta Magna brasileira. (BRASIL, 1988).

De acordo com Marco Antonio Barbosa de Freitas (2018, p. 17), o sistema complementar de assistência à saúde significa:

[...] que o Estado, desde a promulgação da Carta de 1988, ao se dar conta de que não bem conseguiria se desvencilhar desse poder-dever, garantindo diretamente o direito à saúde a todos, paulatinamente passou, de forma sutil, a transferir à iniciativa privada essa responsabilidade, paradoxalmente exigindo dela a amplitude de serviços que, não raro, nem mesmo ele tem prestado. Destarte, a iniciativa privada atua no setor da saúde justamente porque o sistema público, “decadente e sem recursos, não tem como oferecer o que dele se espera”.

Por sua vez, André Ramos Tavares (2017, p. 738) explica que:

A Constituição diferenciou entre “ações e serviços públicos de saúde” (arts. 197 e 198 da CF) e a “assistência à saúde” (art. 199 da CF), sendo esta livre à iniciativa privada. Portanto, ainda que haja prestação de um serviço por parte do Poder Público, em caráter de obrigatoriedade (dever do Estado, diz a Constituição no art. 196), nem por isso resta afastada a iniciativa privada, que é, no tema, um princípio constitucional (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da CF). De qualquer forma, não resta dúvida de que também a iniciativa privada pode dedicar-se à atividade destinada à saúde.

Se, no sistema público de saúde, o grande foco de divergência é a discussão acerca do direito público subjetivo ao fornecimento amplo e ilimitado de medicamentos e insumos pelo Estado, no âmbito privado, de forma semelhante, a grande celeuma é quanto à obrigatoriedade (ou não) das prestadoras de serviços disponibilizarem tratamentos e/ou medicamentos que não constam do rol dos procedimentos obrigatórios, conforme disciplinados pela ANS, assunto que será abordado adiante.

Por ora, registre-se apenas que não se nega haver grande embasamento teórico na posição que invariavelmente privilegia a parte hipossuficiente; contudo, há casos em que a adesão cega a essa conclusão provoca um enorme distanciamento entre as normas jurídicas e a realidade.

Porém, a verdade é que há um relevante interesse coletivo para que a jurisprudência (e as leis de forma geral) reflita e concilie os ensinamentos da academia com a prática cotidiana, em uma mútua cooperação.

É a melhor opção para que o Direito não se aliene e se isole do corpo social a que serve e nem seja usado como instrumento de caos e revolução de qualquer espécie.

Sobre isto, Francesco Ferrara (1940, pp. 99-100) explica:

Teoria e prática não estão em antítese, não são inimigas ou estranhas que mutuamente se ignoram ou desprezam: pelo contrário, entre elas existe uma colaboração recíproca. Tendo objetos de atividade distintos, cada uma tem sempre que aprender da outra. A teoria, operando com conceitos abstractos, com a força lógica, é capaz de extrair os princípios gerais da lei e de lhes dar o máximo desenvolvimento de expansão. Êste trabalho, porém, fá-lo para a prática, para que surta mais completa e perfeita a aplicação do direito. A jurisprudência deve, pois, olhar à doutrina, ter em conta os resultados dos seus estudos, e pô-los à prova na aplicação. A prática, posta em face de hipóteses reais e das necessidades da vida, sente primeiro a solução jurídica, ao passo que a doutrina, trabalhando com hipóteses teóricas, não tem esta percepção pronta da realidade. É à jurisprudência, portanto, que a teoria deve ir colher a expressão das necessidades sociais que se fazem sentir e batem à porta dos Tribunais. Além disso, a variedade inexaurível das questões práticas frequentemente revela problemas novos, ou novos lados do problema jurídico e abre novos campos de estudo à dogmática [...] Entre a teoria e a prática deve existir um enlaçamento, um intercâmbio de produtos espirituais, um fluxo e refluxo de ideias.

O foco deste trabalho é exatamente o limite de cobertura assistencial nos contratos de plano de saúde nos moldes da Lei 9656/98. E, justamente por conta do regime jurídico a que se submetem os particulares envolvidos nesses contratos é que se fez necessária a presente digressão.

No capítulo seguinte será feita uma síntese a respeito da teoria geral dos contratos, da Lei 9656/98 e do Código de Defesa do Consumidor, bem como apontamentos a respeito da interpretação do contrato de plano de saúde.

2 DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

Feitas as considerações iniciais, a partir de agora serão tratados os aspectos gerais dos contratos, naquilo que interessa ao objeto deste trabalho, com atenção especial à Lei 9656/98, ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor e ao estudo dos métodos de interpretação dos contratos.

Uma breve observação faz-se aqui necessária. O que se disse acima acerca do princípio da dignidade da pessoa humana comporta aplicação também nas relações de direito privado. Ora, se é certo que a dignidade humana representa o limite da atuação estatal, da mesma forma não estão os contratantes plenamente livres para estipular qualquer espécie de obrigação. Pelo contrário, como abaixo será analisado, a lei lhes impõe certas restrições a fim de se preservar o núcleo essencial da dignidade humana. E tal ocorre por conta daquilo que a doutrina chama de eficácia horizontal dos direitos humanos, pois

O reconhecimento pelo direito civil – ou por qualquer outro – da ideia de pessoa ou de personalidade começa por ser, para além de um princípio normativo, a aceitação de uma estrutura lógica sem a qual a própria ideia de Direito não é possível. O Direito só pode ser concebido, tendo como destinatários os seres humanos em convivência. (PINTO, 2010, p. 98)

Tais aspectos mostram-se imprescindíveis e, logicamente, devem anteceder o estudo dos princípios gerais do direito contratual.

2.1 CONTRATO. INTRODUÇÃO.

O saudoso Orlando Gomes (1979, p. 4) ensina que: “[...] o contrato é uma espécie de *negócio jurídico* que se distingue, na *formação*, por exigir a presença pelo menos de duas *partes*. Contrato é, portanto, *negócio jurídico bilateral*, ou *plurilateral*.”

Acerca da classificação dos negócios jurídicos, assevera o jurista português Antunes Varela (1977, p. 119):

No tocante à sua estrutura, o contrato pressupõe o enlace de duas (ou mais) declarações de vontade contrapostas, como são as do vendedor e do comprador, as do locador e locatário, ou as dos nubentes no caso de casamento. Como negócio jurídico bilateral (ou plurilateral: caso da sociedade com vários sócios), o contrato distingue-se dos negócios unilaterais, nos quais há uma só declaração de vontade ou há mais de uma, mas concorrentes ou paralelas.

Acrescenta Serpa Lopes, comentando sobre a ausência de um conceito legal de contrato no Código Civil (CC) de 1916, em obra já consagrada (1963, pag. 15-16) que:

CLÓVIS BEVILÁQUA, ante esse silêncio, construiu a sua conceituação utilizando-se dos elementos ministrados pelo art. 81, em razão do que o definiu: “o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar ou extinguir direitos”. Em notas finais ao seu livro *Obrigações*, LACERDA DE ALMEIDA, porém, já antevendo o movimento socialista do direito, frisou a necessidade de ser substituído o individualismo abstrato e inorgânico por um individualismo embebido organicamente no destino social do Estado, em razão do que conclui afirmando que “o contrato não é mais o que ensinavam os compêndios – o simples resultado de duas vontades que se combinam, mas, no dizer de LABAND, nas suas observações ao então projeto do Código Civil, o acordo em que cada uma das partes deve prestar aquilo a que se obrigou, uma vez que não vá de encontro à proibição legal ou preceito imperativo da moral.”

Três são os elementos de existência de todo contrato: (1) a vontade humana (ou o acordo de vontades), que pode ser expressa ou tácita - ainda que eventualmente viciada; (2) a idoneidade do objeto e, por fim, (3) a finalidade negocial.

Já os elementos de validade são: (1) capacidade do agente, visto que qualquer pessoa pode contratar, salvo o incapaz, sob pena de nulidade ou anulabilidade do contrato; (2) objeto lícito (não contrário à lei, à moral, aos bons costumes e à ordem pública), possível (pois, se impossível, o contrato é nulo – *impossibilium nulla est obligatio*), determinado ou determinável (elemento este que deve estar previsto no próprio instrumento) e (3) forma prescrita ou não defesa em lei.

Por último, os requisitos de eficácia (ou elementos acidentais), quais sejam, a condição, o termo e o encargo.

Pois bem. De fato, os autores brasileiros acima citados publicaram suas obras à luz do Código Civil de 1916, época em que predominava, tanto na legislação como na doutrina, uma visão mais individualista do fenômeno contratual.

De algumas décadas para cá, contudo, a doutrina e a jurisprudência passaram a defender uma nova concepção do instituto, concebendo o contrato não apenas como um acordo de vontades tendente a produzir efeitos entre as partes, mas acrescentando a ele importante elemento social.

Segundo os adeptos desta visão, novas limitações à autonomia da vontade devem orientar os contratantes, tais como a função social do contrato, o

intervencionismo estatal, a boa-fé objetiva e o princípio da confiança, advindo desses postulados aquilo que modernamente se chama deveres anexos do contrato.

Por todos, conferir interessante trecho de obra de leitura obrigatória:

A relação contratual nada mais é do que um *contrato social*, um *contato na sociedade* que une, vincula pessoas, contato onde necessariamente não se pode esquecer ou desrespeitar os deveres gerais de conduta, os deveres de atuação conforme a boa-fé e conforme o direito. Estes deveres de conduta (*Verhaltenspflichten*) obrigam-nos a todos, todos os dias, nas relações extracontratuais e muito mais, nas relações contratuais. Liberar os contratantes de cumprir seus deveres gerais de conduta, significaria afirmar que na relação contratual os indivíduos estão autorizados a agir com má-fé, a desrespeitar os direitos do parceiro contratual, a não agir lealmente, a abusar no exercício de seus direitos contratuais, a abusar de sua posição contratual preponderante (*Machtposition*), autorizando a ‘vantagem excessiva’ ou a lesão do parceiro contratual somente porque as partes firmaram um contrato, escolhendo-se mutuamente de maneira livre no mercado. A relação contratual não libera os contraentes de seus deveres de agir conforme a boa-fé e os bons costumes, ao contrário, a vinculação contratual os impõe, os reforça! A lógica – e o Direito – impõem que nesses contatos sociais, nesses processos sociais, de inegável relevância jurídica, que são os contratos, os parceiros contratuais devam também observar seus deveres de conduta, devam também tratar o outro com lealdade e respeito, não danificar o patrimônio do próximo, não impedir que o outro cumpra com os seus deveres, em suma, cooperar na medida do possível e segundo a lei. (MARQUES, 2002, pp. 183-184).

Em que pese a relevância acadêmica e prática, a teoria da socialização dos contratos não atende aos anseios de seus defensores. Em primeiro lugar, a visão tradicional dos contratos nada tem que ver com uma visão egoística ou perversa do que seja o fenômeno contratual.

Em verdade, entendia-se o contrato como sendo o acordo livre de vontade manifestado por dois ou mais contratantes, prevalecendo, dessa forma, a máxima *solus consensus obligat* (só o consentimento obriga). Esta, inclusive, é a vertente da Escola do direito natural, segundo a qual se existem direitos e deveres naturais, há de existir, da mesma forma, relações naturais (muitas das quais, jurídicas).

Contudo, como bem alertou Serpa Lopes (1963) no trecho acima transcrito, a influência socialista também atingiu a disciplina contratual.

Antes mesmo das revoluções do século XX, a própria doutrina do liberalismo econômico, sob o argumento (correto) da igualdade formal de todos perante a lei, trouxe para o direito contratual a ideia (equivocada) segundo a qual era preciso conter a classe dominante (a dos grandes empresários) a fim de garantir a liberdade e a autonomia contratuais dos mais fracos.

O objetivo, segundo os seguidores dessa corrente, era assegurar a igualdade material de todos os contratantes, coibindo abusos do mais forte. Neste particular, a doutrina liberal bem serviu de apoio a doutrinas e culturas revolucionárias que, ainda nos dias atuais, exercem forte influência no universo jurídico.

Em segundo lugar – e não menos importante – é de se notar que os anseios e as preocupações dos dias atuais não representam novidade, senão uma evolução de conceitos já conhecidos e estudados desde o Império Romano.

Com Cícero já se discutia a boa-fé, a confiança, a função social e os deveres anexos dos contratos, de modo que se pode afirmar que as definições atuais de tais institutos representam, no fundo – e desde que não se deixem influenciar por abstrações e relativismos –, um aperfeiçoamento para os tempos modernos.

2.2 SÍNTESE DA LEI 9656 DE 1998

Como acima se disse, a Lei 9656/98 estabelece normas sobre planos e seguros privados de assistência à saúde, submetendo-se a ela as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade (art. 1º). (BRASIL, 1998).

Francisco Eduardo Loureiro, reconhecido civilista paulista, citando lição de Cláudia Lima Marques em obra coletiva específica sobre o tema, ensina que:

Definem-se os contratos de seguro-saúde, ou de planos de saúde ou de medicina pré-paga como aqueles que envolvem “a transferência onerosa e contratual de riscos futuros à saúde do consumidor e de seus dependentes, mediante a paga de um prêmio, que dá origem ao pagamento direto ou ao reembolso dos gastos e serviços médico-hospitalares”. (LOUREIRO, 2009, p. 315-316).

E prossegue, diferenciando as mais diversas figuras:

Existem, no entanto, distinções quanto ao modo de operar os diversos contratos que envolvem saúde complementar, que provocarão determinados efeitos jurídicos peculiares a cada tipo negocial. O seguro-saúde caracteriza-se pelo regime da livre escolha de médicos e hospitais e reembolso das despesas médico-hospitalares nos limites da apólice. As empresas de medicina de grupo, por seu turno, são pessoas jurídicas com o objetivo de assegurar assistência médico-hospitalar ou ambulatorial, mediante três maneiras de atuação: (a) exploração de recursos materiais e humanos próprios (médicos, hospitais e ambulatórios); (b) credenciamento de serviço de terceiros; (c) por um sistema misto, que abranja serviços próprios e rede credenciada. As cooperativas de serviço médico são entidades organizadas por médicos, com o fim de dar amparo econômico e social às suas atividades, prestando serviços médicos e hospitalares a

terceiros. Sujeitam-se ao regime jurídico da Lei n. 9.656, de 3-6-1998, as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo de legislação específica que rege a sua atividade (art. 1º). Tem o preceito redação larga, com o escopo de alcançar todas as pessoas jurídicas, qualquer que seja a forma de sua constituição, incluídas as cooperativas e as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, ela modalidade de autogestão ou administração (§2º do art. 1º). O critério determinante para o enquadramento da atividade empresarial às normas cogentes da Lei 9.656/98 é o da operação econômica, da natureza da atividade, que sempre consiste, com maior ou menos variação, em serviços remunerados de assistência à saúde, sendo irrelevante a questão da forma societária adotada, inclusive para efeito da incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. (LOUREIRO, 2009, p. 315-316).

A referida Lei também traz, no mesmo dispositivo, os conceitos de plano privado de assistência à saúde, entendido como a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde (inc. I); o de operadora de planos de assistência à saúde, como sendo a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de plano de assistência à saúde (inc. II); e, por fim, o conceito de carteira, sendo esta o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de plano de assistência à saúde (inc. III). (BRASIL, 1998).

O §1º do art. 1º ressalta que se encontra subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira. (BRASIL, 1998).

Maria Stella Gregori (2019, pp. 130-131) acrescenta algumas notas do contrato de plano de saúde:

A prestação de assistência à saúde firmada entre fornecedor e consumidor se dá por meio de um contrato, denominado contrato de plano ou seguro-saúde [...] Com efeito, uma vez que se trata de um contrato de consumo, verifica-se que a prestação de serviços de assistência à saúde é oferecida, no mercado, aos consumidores, por meio de um contrato de adesão, padronizado, em que todas as cláusulas são preestabelecidas pelo fornecedor. Essa contratação sinalagmática gera obrigações recíprocas, em que o consumidor assume o compromisso de pagar periodicamente as prestações pecuniárias correspondentes aos serviços oferecidos pelo fornecedor, ao que passo que a este cabe prestar o serviço de cobertura

dos procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos, quando o consumidor deles necessitar. O plano ou seguro-saúde é um contrato que vigora por tempo indeterminado e com execução continuada. Contratos dessa natureza são chamados de trato sucessivo, tendo em vista que envolvem um longo período de tempo de contratação e convívio reiterado entre as partes contratantes.

Nos capítulos seguintes serão abordados com mais detalhes diversos dispositivos legais e julgados acerca do contrato de plano de saúde; contudo, uma última observação introdutória merece ser pontuada.

O art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657 de 1942) afirma que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” (BRASIL, 1942, m/d).

Sem dúvida, trata-se de dispositivo dos mais relevantes em matéria de aplicação da lei, sobretudo em virtude das especificidades e da relevância social inerentes ao contrato de plano de saúde.

É de se notar que o texto legal não confere ao julgador ampla liberdade para decidir o caso concreto de acordo com as suas convicções pessoais ou ideológicas. Conforme ensina Paulo Nader (2018, pp. 138-139):

Tal dispositivo requer cuidadosa análise de interpretação, a fim de não se prestar a distorções de toda ordem. Pelos princípios enunciados o legislador pátrio não consagrou a interpretação *contra legem*, embora tenha lançado paradigmas para o raciocínio jurídico. Expressa, em primeiro lugar, uma rejeição ao princípio codicista da lei aos casos concretos. Reconhece a insuficiência dos códigos e das leis na disciplina dos fatos sociais, pois nem sempre as normas abstratas e gerais são fórmulas de justiça substancial para os casos concretos [...] Com o art. 5º em análise, o legislador brasileiro adotou o coletivismo mitigado, estabelecendo um contraste com a índole conservadora de nosso Códex. Ao dispor que “*na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum*” afastou-se do individualismo e pretendeu comprometer a ordem jurídica com os valores de proteção à família, aos grupos e à sociedade.

Note-se bem: embora afastando-se da vertente individualista, não quer o dispositivo significar que o fim do Direito é a sociedade e que esta deve sempre prevalecer contra o indivíduo em eventual conflito de interesses. Não é essa a leitura correta a se fazer do texto legal, sobretudo porque, “levada ao exagero a corrente” – coletivista – “desemboca em todas as formas possíveis de totalitarismo” (NADER, 2018, p. 138), com o que o Direito não se mostra compatível.

Ainda na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, merece rápida atenção o quanto disposto no seu art. 20, segundo o qual:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (BRASIL, 1942, m/d).

Este dispositivo é utilizado como argumento para a tese de que a teoria do consequencialismo jurídico encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Sem razão, contudo.

De acordo com essa vertente, toda decisão deve ser tomada considerando-se as suas consequências práticas, sendo vedadas decisões fundamentadas em valores ou princípios jurídicos abstratos.

Ora, fosse a intenção do legislador coibir subjetivismos do juiz a fim de garantir maior segurança jurídica, então o consequencialismo jurídico mostra-se incompatível com a norma,

[...] na medida em que apenas fica deslocado o ponto em que repousa a insegurança, migrando-se da tópica dos princípios jurídicos abstratos para a da seletividade das consequências e das ponderações de valores e bens. Não se nega a necessidade de superar a insegurança de um direito racionalista ou idealizado, capaz de variar ao sabor do interesse diuturno, sob a capa ou o revestimento de princípios gerais voláteis ou de valores jurídicos abstrato. Contudo, também não se olvide que um direito pragmático-consequencialista, à moda de Richard Posner (a que uma apressada leitura do art. 20 da LINDB talvez conduza), ou um direito principiológico-proporcionalista, à moda derivada da teoria de Robert Alexy (a que uma apressada leitura dos artigos 21, parágrafo único, 23 e 26, §1º, I, todos da LINDB, especialmente se c.c. o art. 8º do CPC/2015, talvez transporte), ou, quiçá, um confuso direito eclético de práxis teleologista, mesclando elementos pragmáticos e principiológicos, métodos de análise consequencial e de proporcionalidade, trazem, em si, o mesmo fermento da insegurança, por apego a critérios instáveis de opções comportamentais e decisórias variadas, ou pela técnica da preponderância de valores e bens, medidas e efeitos, num quadro relativista e cético, descolado de orientações fixas preestabelecidas e com total desprezo à verdade e à justiça nas coisas do direito. (AMADEI, 2019, pp. 73-74).

Daí que o realismo jurídico, fiel à tradição greco-romana-cristã, parece atender melhor tanto à vontade do legislador como aos interesses de todos os destinatários da lei.

Diante de sua inegável relevância e numerosas especificidades, necessário se faz que a aplicação da Lei 9656/98 esteja, tanto quanto possível, isenta de todo tipo de subjetivismo por parte do julgador.

Dessa forma, devem ser rejeitados tanto os argumentos excessivamente abstratos ou principiológicos, como também a concepção pessoal do juiz acerca das consequências sociais de suas decisões.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

De acordo com o dicionário virtual Michaelis, classificar significa *determinar, em um conjunto, as categorias a que pertencem os elementos que o constituem; ou distribuir em classes e nos grupos respectivos, de acordo com um método ou sistema de classificação*. (MICHAELIS, 2021, m/d).

A classificação mais conhecida é a que diferencia entre contratos típicos, atípicos e mistos; consensuais, reais e formais; onerosos e gratuitos; bilaterais e unilaterais; comutativos e aleatórios; de execução imediata, diferida e sucessiva; individuais e coletivos; e, por fim, por adesão.

Contratos típicos, atípicos e mistos. Típicos são os contratos que encontram disciplina nos Códigos ou nas leis; atípicos, ao contrário, são aqueles livremente celebrados e disciplinados pela vontade das partes, sem qualquer tipificação legal; e misto quando se misturam, dentro de um contrato típico, regras outras oriundas da vontade dos contratantes.

Sem sombra de dúvidas, o contrato de plano de saúde classifica-se como da primeira modalidade (típico), pois encontra sua disciplina na Lei 9656 de 1998.

É claro que as partes podem, livremente, modificar um ou outro aspecto do contrato a fim de se atingir o consenso, mas isso não lhe retira a nota da tipicidade.

Tal como afirma Caio Mário da Silva Pereira (1990, p. 41):

É certo que tais regras são de natureza supletiva, e não imperativa, mas nem por isto de aplicação menos frequente, já que as partes, por mais casuísticas que sejam no minudenciarem as cláusulas contratuais, nunca chegam ao ponto de desprezarem as regras legislativas da figura típica.

Contratos consensuais, reais e formais. São consensuais os contratos que se aperfeiçoam com o simples acordo de vontades, que basta para a produção de efeitos jurídicos; reais, aqueles que a lei impõe, além do consenso, a entrega física da coisa; formais (ou solenes) seriam aqueles que a legislação exige a observância de outros requisitos ou formalidades para sua formação.

Nesse sentido, o contrato de plano de saúde classifica-se como consensual, pois a legislação não requer providência outra que não a manifestação da vontade das partes para seu aperfeiçoamento – muito embora discipline com rigidez o conteúdo da avença.

Contratos onerosos e gratuitos. Onerosos são aqueles que geram direitos e obrigações recíprocos, ou seja, bônus e ônus para ambas as partes; gratuito

(também chamado de benéfico), de seu turno, é o contrato em que uma parte auferir vantagens e a outra, desvantagens (daí porque são chamados de contratos *intuitu personae* e exigem interpretação restritiva). Esta classificação, portanto, leva em conta o objeto a ser buscado pelos contratantes.

O contrato de plano de saúde classifica-se como oneroso, pois a Lei impõe direitos e deveres para as duas partes.

Contratos bilaterais e unilaterais. Já quanto aos efeitos dos contratos, são bilaterais os que criam obrigações para ambas as partes (daí também alguns mencionarem o caráter sinalagmático do contrato); ao contrário, unilaterais são os que apenas uma suporta o encargo.

Caio Mário (1990, p. 46) faz importante advertência:

É preciso não confundir a classificação dos contratos em bilaterais e unilaterais com os dos onerosos e gratuitos, embora haja coincidência de algumas espécies. Os contratos onerosos comumente são bilaterais, e os gratuitos da mesma forma unilaterais. Mas é apenas coincidência. O fundamento das classificações difere: uma tem em vista o conteúdo das obrigações, e outra, o objetivo colimado. Não há uma corresponsividade necessária, pois que existem contratos unilaterais que não são gratuitos (ex. *gr.*, o mútuo), e outros que são bilaterais e podem ser gratuitos (o mandato, por exemplo).

Relevante consequência do caráter bilateral de alguns contratos é a faculdade concedida a qualquer das partes de rescindir o pacto caso a outra descumpra com as suas obrigações. É a chamada exceção do contrato não cumprido (ou *exceptio non adimpleti contractus*).

Leciona Washington de Barros Monteiro (1988, p. 25) a respeito dos contratos bilaterais que:

É da essência desses contratos a reciprocidade das prestações; o compromisso assumido por uma das partes encontra sua exata correspondência no compromisso da outra; esses compromissos são correlativos e intimamente ligados entre si; cada um dos contratantes se obriga a executar, porque outro tanto lhe promete o segundo contratante; o sacrifício de um é contrabalançado pela vantagem advindo do outro. Consequentemente, aquele que não satisfaz a própria obrigação, não tem direito de reclamar implemento por parte do outro contratante. Se o tentar, poderá ser repellido através da exceção *non adimpleti contractus*, que se funda num evidente princípio de equidade.

No Código Civil a exceção de contrato não cumprido está prevista de maneira expressa nos artigos 476, pelo qual: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro” e 477:

Art. 477 Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la. (BRASIL, 2002, m/d)

Em que pese abrangida pela exceção de contrato não cumprido, que incide na hipótese de completa inexecução da prestação por uma das partes, a doutrina menciona também a *exceptio non rite adimpleti*, que é aplicada em caso de inexecução parcial da prestação.

O contrato de plano de saúde não foge à regra geral: além de oneroso quanto ao objeto, é bilateral quanto aos efeitos, porque gera obrigações recíprocas e independentes para cada uma das partes.

Porém, a Lei 9656/98 estipula regras próprias quanto à resolução do contrato, dentre as quais se destaca aquela prevista no art. 13:

Art. 13 Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único: os produtos de que trata o *caput*, contratados individualmente, terão vigência mínima de 1 (um) ano, sendo vedadas:

I – a recontagem de carências;

II – a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não, nos últimos 12 (doze) meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e

III – a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular. (BRASIL, 1998, m/d).

Salienta-se que o parágrafo único do referido artigo foi incluído pela Medida Provisória nº 2177-44, de 24 de agosto de 2001. É posição pacificada na jurisprudência que a alteração só se aplica aos contratos firmados após esta data.

Contratos comutativos e aleatórios. Define-se como comutativo o contrato em que as prestações são desde logo definidas e equivalentes, guardando proporção entre os direitos e deveres dos contratantes; aleatório, ao contrário, é aquele em que a prestação de um deles não é de antemão conhecida e nem guarda equivalência com a do outro.

É possível afirmar que o contrato de plano de saúde é comutativo, pois as obrigações de ambas as partes já estão previamente estipuladas no ato de formação do contrato.

Realmente, alguns poderiam alegar que se trata de comutativo para o consumidor (participante) porém aleatório para o fornecedor, que somente prestaria

o serviço em caso de necessidade do participante. Maria Stella Gregori (2019), citando outras doutrinas, segue este entendimento:

[...] os contratos de planos privados de assistência à saúde, como afirma José Reinaldo de Lima Lopes, são aleatórios. Nesse caso, a álea consiste na incerteza da prestação principal do consumidor, a qual depende da ocorrência de evento futuro e incerto. Trata-se de uma prestação de risco, ou seja, o fornecedor não precisará prestar o serviço se não acontecerem os eventos previstos, e o consumidor somente terá a cobertura se, porventura, ocorrerem as situações preestabelecidas no contrato [...] É também nesse mesmo sentido o entendimento de Claudia Lima Marques: “Trata-se, igualmente, de contratos aleatórios, cuja contraprestação principal do fornecedor fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto, que é a doença dos consumidores-clientes ou de seus dependentes [...]”. (GREGORI, 2019, p. 132).

Contudo, a Lei dos Planos de Saúde estipula, desde a celebração do contrato, diversas obrigações ao prestador, que vão desde a submissão e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde (art. 1º, §1º) até a vedação a que o consumidor, em razão da idade ou deficiência, seja impedido de participar de planos privados de assistência à saúde (art. 14); sendo certo também que está obrigado a entregar ao consumidor titular de plano individual ou familiar, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos contratados (art. 16, parágrafo único). (BRASIL, 1998).

Mais, a lesão (art. 157 do Código Civil), um dos defeitos do negócio jurídico, aplica-se somente aos contratos comutativos, de modo que, fosse aleatório o contrato de plano de saúde, o participante não poderia alegá-la – o que seria um contrassenso.

Some-se a isso o fato de que a aleatoriedade, no contrato de plano de saúde, não é tão evidente como nos demais contratos securitários. A nota da imprevisibilidade do evento lide é também peculiar. O aderente do plano está constantemente fazendo uso dos serviços contratados, seja realizando exames preventivos, seja passando por consultas médicas periódicas. Isso faz com que a operadora esteja habitualmente disponibilizando os recursos financeiros necessários para viabilizar o atendimento. Dessa forma, o fato de possuir estrutura técnica e financeira que muito se aproxima das seguradoras em geral, as operadoras de plano de saúde submetem-se a um regime jurídico que mais se aproxima de um típico contrato comutativo.

Contratos de execução imediata, diferida e sucessiva. Contrato de execução imediata (ou instantânea) é aquele que se resolve (se extingue) em prestação única

e imediata; contrato de execução diferida (ou retardada) é aquele que a prestação de uma das partes não se dá de plano, mas a termo, condicionando assim a extinção do contrato a evento futuro; execução sucessiva (ou de trato sucessivo), em que há diversas prestações, com soluções periódicas para o contrato, que, contudo, remanesce (por prazo determinado ou não) até que sobrevenha a sua resolução definitiva (é o caso do contrato de locação, por exemplo).

Silvio Rodrigues aponta a relevância desta classificação (1979, p. 39):

- a) Nos sistemas que admitem a revisão dos contratos pelo juiz, por acolherem a teoria da imprevisão, esta só incide sobre os contratos de execução diferida no futuro, e não sobre os de execução instantânea. Aliás, já a velha cláusula rebus sic stantibus formulava a questão dentro desses termos: “*Contractus qui habent tractu sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantius intelliguntur*”.
- b) Somente nos contratos instantâneos podem as partes exigir o cumprimento simultâneo das prestações, portanto, não se faculta ao contratante que deva produzir em primeiro lugar sua prestação, em contrato de execução diferida no futuro, defender-se pela *exceptio nun adimpleti contractus*, recusando-se a cumprir sua obrigação, sob a alegação de que a outra parte não cumpriu a dela.

O contrato de plano de saúde encaixa-se como contrato de execução sucessiva, pois o pagamento das prestações, pelo participante, não extingue o contrato, mas tão apenas o período (mensal, em regra) correspondente, prosseguindo o contrato até que sobrevenha alguma outra causa resolutive.

Contratos individuais e coletivos, por sua vez, assim se distinguem:

Contrato individual é o que se forma pelo consentimento de pessoas, cujas vontades são individualmente consideradas. Não é a singularidade de parte que o identifica. Pode uma pessoa contratar com várias outras ou um grupo de pessoas com um grupo, e o contrato ser individual, uma vez que, na sua constituição, a emissão de vontade de cada uma entra na etiologia da sua celebração. O contrato é coletivo quando, na sua perfeição, a declaração volitiva provém de um agrupamento de indivíduos, organicamente considerado. A vontade do agrupamento é dirigida à criação do *iuris vinculum*, como o querer coletivo dele [...]. (PEREIRA, 1990, p. 49).

A importância dessa classificação tem que ver com o reflexo de seus efeitos, uma vez que, no contrato individual, cada um dos contratantes assume direitos e deveres; no coletivo (tal como ocorre nos acordos coletivos de trabalho), as proposições podem se expandir, inclusive para terceiros que se encontram na mesma categoria profissional (tenham estes manifestado ou não sua vontade).

Quanto ao contrato de plano de saúde, é importante notar que a Resolução Normativa 195 de 2009, da Agência Nacional da Saúde (ANS), em seu art. 2º,

classifica os contratos privados de assistência à saúde em individual ou familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão. (ANS, 2009).

Prossegue definindo cada grupo nos seguintes termos: (1) individual ou familiar é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar (art. 3º); (2) coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária (art. 5º); e, por fim, (3) plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as determinadas pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, previstas na própria Resolução (art. 9º). (BRASIL, 2009).

Contrato por adesão. Nelson Rosenvald (2013, p. 478) descreve o contrato de adesão da seguinte forma:

Os contratos de adesão traduzem um modelo de sociedade marcado pela massificação das relações econômicas. Não se trata de uma espécie de contrato, como a compra e venda ou a doação, mas de um instrumento contemporâneo de contratação na qual a manifestação de vontade não se exterioriza pelo consentimento tradicional, mas pela forma de adesão. O contrato por adesão convive com o tradicional contrato paritário, marcado pela existência de uma etapa de negociação de cláusulas. A contratação por adesão possui uma grande característica: elimina a fase das conversações preliminares, pois uma das partes estabelece unilateralmente as condições gerais do contrato, sendo que o consentimento do outro contratante será a própria adesão em bloco – *take it or leave it*.

A origem do contrato de adesão, como lembra Serpa Lopes (1963, p. 223), está no século XIX, após a revolução por que sofreu o mundo dos negócios no período subsequente à codificação napoleônica.

Na doutrina portuguesa, o Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Carlos Alberto da Mota Pinto (2010) define, com clareza e objetividade, os contratos de adesão como aqueles que,

[...] via de regra, são celebrados através da aceitação (= *adesão*) das denominadas <<*condições gerais*>> da empresa (ou <<*cláusulas contratuais gerais*>>, na designação da lei portuguesa), *prévia e unilateralmente* formuladas, com *generalidade e indeterminação* [...]. (PINTO, 2010, p. 654).

Dessa forma, o contrato de plano de saúde se insere na categoria dos contratos de adesão, visto que as cláusulas gerais são fixadas previamente e de maneira unilateral pelo prestador do serviço, cabendo ao consumidor apenas (e somente se assim desejar) aderir a ele. Nada impede, contudo, que cláusulas sejam

acrescentadas ou retiradas do instrumento contratual mediante o livre acordo de vontades das partes envolvidas, a fim de melhor satisfazer seus interesses.

Em síntese, dentro da classificação geral dos contratos, o contrato de plano de saúde é típico, consensual, oneroso, bilateral, comutativo, de trato sucessivo, individual ou coletivo (Resolução Normativa – ANS nº 195 de 2009) e de adesão.

2.4 O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Preceitua o art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (BRASIL, 1988).

Sem embargo de não se tratar, evidentemente, de norma materialmente constitucional, o fato é que a proteção do consumidor se consubstancia como um direito fundamental (logo, cláusula pétrea) que não pode ser objeto de deliberação legislativa tendente a aboli-lo (art. 60, §4º, CF).

Mas a Constituição Federal foi além e elencou a defesa do consumidor também como princípio da ordem econômica (art. 170, inc. V), ao lado da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para empresas de pequeno porte. (BRASIL, 1988).

Por aí se nota a preocupação do constituinte originário com os contratos firmados entre consumidor e fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990) afirma, logo em seu art. 1º, que:

O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 49 de suas Disposições Transitórias. (BRASIL, 1990b, m/d).

Houve, é certo, grande debate no mundo jurídico acerca do impacto da nova Lei no universo dos contratos. Não há como negar que, diante da realidade dos contratos de massa e da multiplicação dos contratos de adesão, o microssistema do Código de Defesa do Consumidor tomou proporções talvez inimagináveis.

Sem dúvidas, o contrato se presta para o fim de fazer circular riqueza, satisfazendo assim o interesse dos contratantes; e, nesse sentido, a única função do Direito é a de prever regras que garantam a necessária segurança jurídica aos contratantes.

Mas, como já estudado, o Estado Social se instalou, dividindo os estudiosos em dois grupos principais: de um lado, aqueles que defendem a visão clássica e tradicional dos contratos; e, de outro, os que pugnam pela “morte” e superação total ou parcial de seus princípios basilares, que deveriam ser substituídos por outros mais próximos às doutrinas coletivistas.

É bem verdade que ambas as correntes podem estar incorretas, já que a prudência, quase sempre, prefere o meio aos extremos. A primeira porque ignora que talvez a realidade do século XXI não seja idêntica àquela que antecedeu ao século XIX – e é certo que o contrato não existe para agradar ideólogos acadêmicos, mas sim para ser um eficaz e seguro método de negociação entre as partes interessadas.

Nem mesmo renomados economistas negam que a mão invisível do mercado, de que falava Adam Smith, não responde a todas as perguntas, mas colocam as críticas a ela em seu devido lugar, como fez Milton Friedman, em seu clássico *Livre para escolher: um depoimento pessoal* (2016, p. 278):

Essas críticas à mão invisível são válidas, como observamos no capítulo 1. A questão é se os dispositivos que foram recomendados ou adotados para atendê-las, para complementar o mercado, são bem-concebidos para tal finalidade ou se, como ocorre com frequência, a cura seria ainda pior que a doença.

Assim, importa bem compreender os princípios clássicos a fim de melhor aplicá-los na dinâmica social.

A segunda (doutrina coletivista), por sua vez, incorre em equívoco ainda maior, pois, se retirarmos (ou mitigarmos) os princípios da autonomia da vontade, da relatividade e da força obrigatória dos contratos, o que sobra é apenas um instrumento sem força social para a produção de efeitos. Sobraria apenas a coerção estatal prevalecendo sobre a liberdade individual.

Portanto, impõe-se um equilíbrio entre as visões, sem exageros de parte a parte, como a única forma de assegurar a eficácia e previsibilidade do contrato, a fim de não o tornar instrumento de poder na mão de alguns. É dentro desta perspectiva que se deve entender e interpretar o Código de Defesa do Consumidor. Não há, juridicamente, argumento para se utilizar das normas consumeristas para favorecer o consumidor que livremente concordou com cláusulas e firmou um contrato. Não: a Lei 8078/1990 não serve para isso, mas apenas para evitar, coibir e punir abusos (de ambas as partes).

Se é certo que há fornecedores desleais, também há consumidores que se agarram em interpretações equivocadas da Lei. Para estes, o Código de Defesa do Consumidor não deve socorrer; muito ao contrário: deve punir.

Ora, não faz sentido buscar amparo legal para beneficiar quem faz pouco caso da boa-fé alheia visando enriquecer sem causa legítima. Ademais – e não custa lembrar – o enriquecimento ilícito constitui óbvia violação do direito de propriedade, também protegido pelo art. 5º da Constituição Federal (inc. XXII). (BRASIL, 1988).

Em poucas palavras, o Código de Defesa do Consumidor deve ser invocado a favor do bom consumidor, que age de boa-fé, que sofreu lesão decorrente de ato ilícito ou abusivo praticado pelo fornecedor.

Está correta, portanto, a observação feita por Humberto Theodoro Júnior:

Isto quer dizer que a **obrigatoriedade** dos pactos, a **autonomia da vontade** dos contratantes e a **relatividade** dos contratos, definidos pela teoria clássica do direito contratual, subsistem em relação aos contratos de consumo, apenas flexibilizadas e melhor adaptadas pela valorização dos aspectos éticos da boa-fé objetiva e da tutela especial à parte vulnerável das negociações de massa. O reconhecimento da menor força negocial por parte do consumidor exige, sem dúvida, intervenção do legislador para tutelá-lo nos contratos de massa, impedindo que o fornecedor poderoso se prevaleça de sua fragilidade para obter vantagens excessivas e impor onerosidades exorbitantes. Isso, contudo, não representa nenhuma mudança qualitativa na essência da teoria geral do contrato. Apenas se combatem praxes ou comportamentos desleais e desonestos. Por isso, correta é a observação de EROS ROBERTO GRAU de que “não existe e não deve ser perseguido um ‘novo paradigma de contrato’. O contrato segue e sempre seguirá viabilizando a fluência das relações de mercado e somente enquanto atender a essa função (e apenas nessa justa medida) a proteção do consumidor (ou do hipossuficiente) encontrará abrigo no sistema jurídico. Os limites são claros e inegáveis, embora devamos lastimá-los.” (THEODORO JR, 2014, pp. 16-17).

Note-se que o jurista menciona com todas as letras que não se deve buscar uma nova Teoria Geral dos Contratos; mais, diz também que a intenção do legislador, ao editar o Código de Defesa do Consumidor, foi a de proteger a parte hipossuficiente dos abusos praticados por parte de certos fornecedores. Essa é a interpretação que mais se coaduna, inclusive, com o art. 170, V, da Constituição Federal.

É com esse espírito que se deve entender o Código de Defesa do Consumidor: como uma legislação que visa a proteger o bom consumidor do mau fornecedor e vice-versa, sob pena de inegável subversão da sistemática dos contratos. E o art. 1º acima transcrito corrobora este entendimento.

Não se nega a existência de relevante doutrina que advoga que o art. 1.º implica na prevalência da lei sobre a vontade das partes. Nesse sentido é a posição de Luiz Antonio Rizzatto Nunes que, em sua obra *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º ao 54)*, defende:

Na medida em que a Lei n. 8.078/90 se instaura também com o princípio da ordem pública e interesse social, suas normas se impõe contra a vontade dos partícipes da relação de consumo, dentro de seus comandos imperativos e nos limites por ela delineados, podendo o magistrado, no caso levado a juízo, aplicar-lhe as regras *ex officio*, isto é, independentemente do requerimento ou protesto das partes. (2000, p. 76).

Não se deve ir tão longe na interpretação do referido artigo.

Ao mencionar que as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e de interesse social, a intenção da Lei foi reforçar a proteção à parte hipossuficiente lesada com a deslealdade e abuso da outra, conferindo-lhe algumas faculdades e direitos para compensar ou reparar o dano sofrido.

O propósito das normas consumeristas não é o de rever toda a teoria contratual e seus princípios, e nem o de promover a justiça nos contratos particulares, mas, sim, o de proteger o consumidor frente às recentes alterações na dinâmica dos contratos e possibilitar operações econômicas livres e seguras.

Nesse sentido, não se encontra na Lei 8078/90 dispositivo legal que mitigue ou afaste a aplicação, na relação entre consumidor e fornecedor, dos princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos e da relatividade dos efeitos da avença.

Logo, não se mostra correta a ideia de que as normas consumeristas se sobrepõem à vontade das partes, e nem que o juiz possa rever cláusulas do contrato de ofício, independentemente de provocação, pois, em que pese opiniões divergentes, aplica-se aqui, por analogia, o teor da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Por analogia, o mesmo fundamento utilizado nos contratos bancários tem cabimento nos contratos de plano de saúde (e em todos os demais contratos por adesão). (BRASIL, 2008, m/d).

Ora, o conceito de abusividade é fluido, de modo que o julgador não possui o poder de presumir a abusividade sem que a parte a tenha alegado.

Em verdade, a limitação legal deve ser quanto ao objeto do contrato, que deve ser lícito, possível e determinado – tal como consta do Código Civil. A lei

consumerista não pode exigir mais dos contratantes, tendo em vista a cláusula pétrea da autonomia da vontade.

Cumprido o requisito da licitude do objeto, a parte lesada deve apontar e provar nos autos a lesão suportada (valendo-se para tanto das normas processuais que lhe favorecem) a fim de o juiz poder aplicar ao caso as regras pertinentes.

Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 54-55) segue o mesmo entendimento:

O Código de Defesa do Consumidor, ao tutelar a parte mais fraca do contrato, concedeu-lhe a faculdade de rever o contrato em juízo para eliminar a lesão congênita estabelecida entre as prestações não equitativas; conferiu-lhe, também, o direito de obter, por sentença judicial, a anulação de cláusulas abusivas; e ainda a contemplou com os favores da teoria da imprevisão, a fim de rever e adaptar o contrato ao princípio da boa-fé objetiva, quando alterações imprevistas venham, no curso da execução, torná-lo excessivamente oneroso para o consumidor e injustificadamente benéfico para o fornecedor. Esses favores legais não foram nem mesmo criados pelo CDC, visto que a doutrina e a jurisprudência já os reconheciam presentes, de forma implícita ou explícita, no próprio regime do Código Civil de 1916 (o novo Código os adota em dispositivos expressos, arts. 157, 187, 421, 422 e 478). O que se fez foi apenas ressaltá-los nas relações de consumo, onde o desnível econômico é muito maior e a prática dos contratos de adesão deixa o consumidor em situação de maior vulnerabilidade do que nos contratos livremente negociados sob a égide das leis civis comuns. De maneira alguma, teve o CDC propósito de subverter a teoria do contrato, e muito menos de eliminar sua força obrigatória, para deixar o consumidor dotado de superpoder de unilateralmente romper o vínculo obrigacional, segundo suas próprias conveniências. Semelhante postura entraria em atrito com a ideologia do regime constitucional vigente, cuja base, na ordem econômica, se assenta na defesa da propriedade privada, da livre iniciativa, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, e, em todos os níveis, proclama a segurança jurídica como uma das grandes metas do Estado Democrático de Direito. Essa estrutura fundamental, a toda evidência, não pode conviver com a liberdade do consumidor de não cumprir os contratos legitimamente constituídos, a simples pretexto de arrependimento ou de dificuldades pessoais para dar execução às obrigações contraídas. O devedor inadimplente, salvo os casos específicos de ruptura do contrato ou de sua revisão judicial, expressa ou minuciosamente enumerados pelo CDC, não pode se furtar à força obrigatória do negócio contratual, porque essa atitude unilateral debilitaria o principal remédio jurídico de promoção da circulação de riquezas na sociedade capitalista.

Em síntese, tudo o que acima se disse pode ser resumido em duas afirmações: a primeira é que o Código de Defesa do Consumidor não revogou e nem mitigou os princípios do direito contratual; a segunda é que nem poderia fazê-lo, pois estes mesmos princípios constituem a base primordial de toda ordem econômica (art. 170, CF) e são inerentes ao Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF).

Não há discussão quanto à incidência do CDC nos contratos particulares de plano de saúde (Súmula 608 do STJ), visto que na relação entre o participante (e

seus dependentes) e a prestadora do serviço de saúde estão bem caracterizadas as figuras do consumidor e do fornecedor.

Além do mais, o art. 35-G da Lei 9656/98 é claro ao dispor que “aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei 8078, de 1990.” (BRASIL, 1998, m/d).

Finalizando, Maria Stella Gregori (2019, p. 121) destaca que:

Remarque-se que o Código de Defesa do Consumidor é lei principiológica, e, portanto, toda a legislação especial que vier regular um segmento específico deverá respeitá-lo. Já se disse que, para o setor de saúde suplementar, foi necessário criar uma lei especial para dar conta das peculiaridades que envolvem essa relação de consumo, o que culminou na edição da Lei 9.656/1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde. Sendo certa a submissão daqueles que atuam nesse setor aos primados da defesa do consumidor, deve-se também ter presente que, nas relações de consumo no âmbito da saúde, há um diferencial que deve ser considerado, na medida em que, nesse caso, se está tratando de um bem indisponível: a vida.

Feitas tais considerações, avança-se agora no estudo sobre a interpretação do contrato de plano de saúde.

2.5 INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E SEGURANÇA JURÍDICA

Interpretar é determinar e limitar o sentido e o alcance de algo. Chama-se hermenêutica a ciência que estuda e fornece os meios para o trabalho de interpretação.

É já consagrada a lição de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (1990, p. 1) que, diferenciando interpretação de hermenêutica, explica:

A Interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados. Foi orientada por princípios e regras que se desenvolveu e aperfeiçoou à medida que envolveu a sociedade e desabrocharam as doutrinas jurídicas. A arte ficou subordinada, em seu desenvolvimento progressivo, a uma ciência geral, o Direito, obediente, por sua vez, aos postulados da Sociologia; e a outra, especial, a Hermenêutica. Esta se aproveita das conclusões da Filosofia Jurídica; com o auxílio delas fixa novos processos de interpretação; enfeixa-se num sistema, e, assim, areja com um sopro de saudável modernismo a arte, rejuvenescendo-a, aperfeiçoando-a, de modo que se conserve à altura do seu século, como elemento de progresso, propulsor da cultura profissional, auxiliar prestimosa dos pioneiros da civilização. Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, - Interpretação. Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.

Quando se pretende interpretar um negócio jurídico, o objetivo é identificar seus elementos básicos (partes, objeto e forma), a fim de se saber, com a maior precisão possível, quais os direitos e obrigações das partes, qual a prestação que cabe a cada uma e se a forma legal (se houver) foi obedecida.

É certo que, na maioria das vezes, o trabalho do intérprete é facilitado pela clareza e objetividade das cláusulas contratuais – o que em muito favorece, inclusive, aos próprios contratantes.

Porém, quando isto não ocorre, o intérprete se vê obrigado a levar em conta diversos fatores a fim de extrair, com a maior exatidão, a verdadeira vontade das partes.

Não se trata de atribuir liberdade irrestrita àquele que irá proceder à interpretação. Longe disso: como o objetivo é extrair o sentido e o alcance do que foi contratado, ao intérprete não é permitido se utilizar de pontos de vista subjetivos, artifícios ou princípios vagos travestidos de juridicidade com o fim de promover a justiça contratual ou a igualdade entre os contratantes.

A doutrina fornece métodos de interpretação, a fim de auxiliar o intérprete a atingir o escopo de seu trabalho, sendo certo que, como adverte Maria Helena Diniz (2007, p. 71):

A interpretação do contrato é indiscutivelmente similar à da lei, podendo-se até afirmar que há certa coincidência entre as duas. Aplicam-se, por isso, à hermenêutica do contrato princípios concernentes à interpretação da lei, embora a tarefa do intérprete do contrato encontre certas dificuldades que o hermenêuta da lei não terá de enfrentar, pois, enquanto a hermenêutica assume feição objetiva por ter de eliminar dúvidas e ambiguidades que afetam a lei, a interpretação exerce, concomitantemente, função objetiva e subjetiva, já que, além de analisar o contrato e suas cláusulas, deverá examinar a intenção comum das partes contratantes. A atividade interpretativa do contrato é uma operação difícil, que requer saber e prudência, devendo o intérprete guiar-se pelo sentimento jurídico, que o impedirá de cair em interpretações alheias à vida jurídica.

Quanto ao processo, consolidaram-se cinco formas complementares de interpretação, quais sejam, a gramatical (ou literal), a lógica (ou racional), a sistemática, a histórica e a sociológica.

A primeira (gramatical) é a mais simples, porque se inicia e se esgota com a leitura atenta do instrumento contratual. Embora exija pouca atividade intelectual, como diz Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (1990, p. 108):

As dificuldades não são pequenas: há o dizer peculiar aos habitantes de certas regiões, a variação de significado conforme a época em que foi o texto redigido, a linguagem própria do indivíduo, o emprego do mesmo

vocábulo, ora no sentido vulgar, ora no técnico-jurídico. De tudo isso resultam vacilações do hermeneuta, controvérsia na prática [...] Há línguas opulentas e outras pobres, isto é, analíticas as primeiras, sintéticas as últimas.

A essas dificuldades deve ser acrescida outra: muitos contratos se utilizam de palavras e expressões técnicas, por vezes desconhecidas de quem não é da área. Portanto, requer-se cuidado nesta fase – e a consulta a dicionários e manuais específicos de outras ciências pode facilitar o trabalho.

A segunda (interpretação lógica ou racional) é aquela que, no dizer de Arnaldo Wald (2003, p. 80):

[...] atende ao espírito da lei, extraindo as várias interpretações possíveis, e eliminando as que possam parecer absurdas; descobrindo as finalidades, os fundamentos da lei, o espírito e a razão de ser das leis, a *ratio* ou *mens legis* e, finalmente, estudando as circunstâncias históricas da sua elaboração, a ocasião em que a lei foi elaborada, *occasio legis*, que, muitas vezes, permite uma interpretação mais clara, quando se vê, por exemplo, os motivos que fizeram com que o legislador aprovasse a redação atual da norma.

Ou seja, é pela interpretação lógica que se busca compreender o que está por trás das palavras, o sentido mesmo destas, a fim de (no caso dos contratos) melhor identificar qual a real intenção manifestada pelos contratantes.

Quanto à interpretação sistemática, a lição de Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2015, p. 244) mostra-se pertinente:

[...] quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, falemos em interpretação sistemática (*stricto sensu*). A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento. Há aqui um paralelo entre a teoria das fontes e a teoria da interpretação. Correspondentemente à organização hierárquica das fontes, emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a Constituição [...] A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se preserve a coerência do todo.

É dizer: a interpretação sistemática visa conferir unidade e coerência ao documento (seja ele uma lei, outro ato normativo ou um negócio jurídico particular), compatibilizando-o e organizando-o de acordo com o objetivo a ser atingido.

Avançando, a interpretação histórica é aquela que busca a origem dos institutos em épocas passadas para melhor compreender a sua evolução.

Por último, tem-se a interpretação sociológica, segundo a qual o intérprete não pode ignorar a realidade em que vive, de modo que tem o dever de, ao realizar

o seu mister, levar em conta as necessidades (sociais, políticas, econômicas) que o cercam.

Essa interpretação é da máxima relevância, pois, como anota Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (1990, p. 157):

Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas se não alteram à proporção que envolve a coletividade, consciente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, um fator do processo de desenvolvimento geral; por isso a Hermenêutica se não pode furtar à influência do *meio* no sentido estrito e na acepção lata; atende às *consequências* de determinada exegese: quanto possível a evita, se vai causar dano, econômico ou moral, à comunidade. O intuito de imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta do que o tradicional apego às palavras, o sistema silogístico de exegese.

Mas há que se pontuar que a utilização de fatores sociais, se no âmbito da interpretação da lei está em buscar o verdadeiro sentido da norma, no âmbito dos contratos está delimitado no escopo de se buscar a vontade dos contratantes, não se permitindo ao intérprete que, a pretexto de invocar fatores sociais, desvirtue-se desse intento.

Pois bem. O Código Civil prevê regras gerais de interpretação dos negócios jurídicos. Na Parte Geral do Código, destacam-se os artigos 112 a 114, *in verbis*:

Art. 112. nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos de sua celebração.

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente. (BRASIL, 2002, m/d).

Mais adiante, no Título V, que trata dos contratos em geral, de suma importância são os artigos 423 e 424, que preceituam:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. (BRASIL, 2002, m/d).

No Código de Defesa do Consumidor também há normas específicas sobre interpretação dos contratos, como é o caso do art. 47, segundo o qual “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” (BRASIL, 1990b, m/d).

Para os objetivos deste trabalho não há necessidade de se analisar cada uma dessas normas; basta traçar, de forma geral, os principais aspectos de cada uma.

Como se sabe, é no Código Civil que se encontram as principais regras e princípios que regem as relações entre particulares.

Quanto aos artigos 112 e 113, é importante reforçar os dois princípios neles contidos. O primeiro é o da boa-fé, segundo o qual, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 42):

[...] deve o intérprete presumir que os contratantes procedem com lealdade e que tanto a proposta como a aceitação foram formuladas dentro do que podiam e deviam eles entender razoavelmente, segundo a regra da boa-fé (CC, 422) [...] Como pauta de interpretação, a boa-fé exerce valioso papel para a exata compreensão das cláusulas dos contratos e das normas legais incidentes.

O segundo princípio é o da conservação (ou aproveitamento) do contrato que, ainda de acordo com o mesmo doutrinador (2007, p. 43):

[...] se uma cláusula permitir duas interpretações diferentes, prevalecerá a que possa produzir algum efeito, pois não se deve supor que os contratantes tenham celebrado um contrato carecedor de qualquer utilidade.

Os artigos 423 e 424 trazem normas que protegem o aderente nos contratos de adesão. Tal se faz mesmo necessário, visto que, em tais contratos, não há fase preliminar de negociação, de modo que todas as cláusulas são definidas unilateralmente pela outra parte.

Vale aqui transcrever a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, pp. 176-177):

O art. 423 assegura aquilo que se convencionou chamar de interpretação *contra stipulatorem* ou *contra proferentem*. Trata-se de regra que visa a resguardar a posição do aderente, em relação a cláusulas ambíguas ou contraditórias, adotando-se a interpretação que mais o beneficie, justamente porque o ofertante está em situação mais vantajosa [...] Já a regra do art. 424 é, a toda evidência, decorrente das limitações lembradas no subtópico anterior, quais sejam, os princípios da função social do contrato, probidade e boa-fé. Visa, pois, impedir que a renúncia antecipada de direito prejudique a parte aderente.

Desta feita, segundo as normas do Código Civil, ao intérprete compete, seguindo os métodos de interpretação das cláusulas contratuais, buscar a real intenção dos contratantes, servindo-se, para tanto, dos princípios da boa-fé e da conservação dos contratos. Cuidando-se de contrato de adesão, o intérprete, em caso de dúvida, deverá proceder com a interpretação mais favorável ao aderente.

Já o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor vai mais além ao prever que as cláusulas de todos os contratos (não somente os por adesão) serão interpretadas de forma mais favorável ao consumidor. (BRASIL, 1990b).

Cláudia Lima Marques (2002, p. 76), a respeito deste artigo, leciona:

A norma do art. 47 do CDC deve ser destacada, pois é mais ampla do que as citadas normas brasileiras, atuais e futuras, uma vez que de forma especial e no sistema de proteção dos consumidores beneficia sempre este agente mais fraco, mesmo que a cláusula tenha sido por ele (real ou fictamente) redigida. Da mesma forma, a interpretação a favor do consumidor ocorrerá em qualquer caso de contraposição ou conflito de cláusulas escritas ou orais (entre a apólice e o contrato, entre a informação da publicidade e o contrato, entre a placa na garagem e o contrato escrito e assinado, entre o recibo e o contrato impresso) não importando no sistema protetivo dos consumidores, se a cláusula é ambígua ou clara, se a contradição é aparente ou oculta, com os impressos, com a publicidade ou com as cláusulas batidas à máquina (art. 30, 34, 46, 47 e 48 do CDC).

Há que se registrar que, respeitado o entendimento acima, sendo clara e inequívoca a cláusula contratual, ainda que se trate de contrato consumerista, não há que se falar em interpretação favorável ao consumidor.

O pressuposto lógico do artigo em comento é justamente a existência de ambiguidade, contradição ou dúvida quanto ao conteúdo da cláusula que, se ausentes, vincula tanto o consumidor como o fornecedor ao seu cumprimento integral.

Não faz sentido conferir proteção a uma das partes quando a outra (no caso, o ofertante), de forma diligente, correta e leal, redigiu adequadamente as cláusulas contratuais, não pairando qualquer dúvida quanto ao alcance e limite dos direitos e obrigações recíprocos.

Logo, sendo clara e bem redigida a cláusula contratual, deve o intérprete buscar não a interpretação que favoreça ou torne mais cômoda a situação do consumidor, mas sim a real intenção de ambos os contratantes, utilizando-se, para tanto, dos métodos de interpretação acima explicados.

Não sendo assim, a prevalecer que toda e qualquer cláusula contratual permita revisão em favor do consumidor, equivale a tornar letra morta todo o conteúdo dos princípios regentes do direito dos contratos, contribuindo para a insegurança jurídica em benefício de consumidores que agem de má-fé.

É oportuno ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor, em verdade, apenas incorporou em seu texto o que a doutrina e a jurisprudência há muito já defendiam e aplicavam.

De fato, os princípios norteadores do CDC (que é um código predominantemente principiológico) estão, expressa ou implicitamente, contidos no Código Civil/2002, de forma que ainda que não existisse a Lei 8078/90, a parte hipossuficiente do contrato encontraria respaldo e proteção contra abusos praticados pelos fornecedores.

Nesta linha é a posição de Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 68-69):

O Código de Defesa do Consumidor, ao tutelar a parte mais fraca do contrato, concedeu-lhe a faculdade de rever o contrato em juízo para eliminar a lesão congênita estabelecida entre prestações não equitativas; conferiu-lhe, também, o direito de obter, por sentença judicial, a anulação de cláusulas abusivas; e ainda a contemplou com os favores da teoria da imprevisão, a fim de rever e adaptar o contrato ao princípio da boa-fé objetiva, quando alterações imprevistas venham, no curso da execução, torná-lo excessivamente oneroso para o consumidor e injustificadamente benéfico para o fornecedor. Esses favores legais não foram nem mesmo criados pelo CDC, visto que a doutrina e a jurisprudência já os reconheciam presentes, de forma implícita ou explícita, no próprio regime do Código Civil de 1916 (o novo Código os adota em dispositivos expressos, arts. 157, 187, 421, 422 e 478). O que se fez foi apenas ressaltá-los nas relações de consumo, em que o desnível econômico é muito maior, e a prática dos contratos de adesão deixa o consumidor em situação de maior vulnerabilidade do que nos contratos livremente negociados sob a égide das leis civis comuns. Semelhante postura entraria em atrito com a ideologia do regime constitucional vigente, cuja base, na ordem econômica, assenta-se na defesa da propriedade privada, da livre iniciativa, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, e, em todos os níveis, proclama a segurança jurídica como uma das grandes metas do Estado Democrático de Direito. Essa estrutura fundamental, a toda evidência, não pode conviver com a liberdade do consumidor de não cumprir os contratos legitimamente constituídos, a simples pretexto de arrependimento ou de dificuldades pessoais para dar execução às obrigações contraídas. O devedor inadimplente, salvo os casos específicos de ruptura do contrato ou de sua revisão judicial, expressa e minuciosamente enumerados pelo CDC, não se pode furtar à força obrigatória do negócio contratual, porque essa atitude unilateral debilitaria o principal remédio jurídico de promoção da circulação de riquezas na sociedade capitalista. Embora submissa ao princípio da boa-fé objetiva, a moderna concepção do contrato não pode divorciar-se da estrutura socioeconômica que se conferiu, constitucionalmente, ao Estado moderno nas democracias sociais.

Desta importante lição, ressalte-se algo muitas vezes esquecido: a relação intrínseca da defesa da propriedade privada, da livre iniciativa, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido com a formação e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Outro aspecto relevante é o destaque dado à segurança jurídica que deve nortear o mundo dos contratos, a fim de incentivar os indivíduos a promoverem a saudável circulação de riquezas.

Aliás, a segurança jurídica representa algo muito maior para o Direito. Não se trata apenas de preservar estabilidade e previsibilidade das situações jurídicas, econômicas, políticas e sociais.

Mais que isso, a segurança jurídica que se busca é também aquela que impede transformações abruptas, repentinas e desordenadas da ordem jurídica, como bem adverte Sílvio de Salvo Venosa (2014, p. 221):

O mundo contemporâneo, principalmente após os atentados terroristas que abalaram toda a sociedade, está a exigir séria revisão de conceitos. Poder aferir, a par de todos os conceitos filosóficos e sociológicos que são utilizados, que o mundo de hoje se vê perplexo diante de duas novas ordens de problemas que afetam os conceitos de Direito e de Justiça. De um lado, há o conceito de mercado internacional, representado por empresas mais poderosas que os próprios Estados. Essas empresas supranacionais ditam muitos dos costumes e das condutas particulares. Esses megagrupos influenciam e criam costumes e condutas sociais, difundidos que são pela facilidade das comunicações [...] De outro lado, enfrentamos na atualidade uma universalização do terror, dos ataques suicidas, das mortes em massa, ocasionadas maiormente, mas não exclusivamente, pelas facções extremistas do mundo islâmico, que não aceitam a estrutura social e o progresso tecnológico do mundo ocidental e não escondem um ódio cego contra o mundo não islâmico, questão cujas raízes históricas são profundas e seculares, merecendo um estudo à parte [...].

Nessa toada, faz-se imperioso que o Direito – assumindo o contrato especial papel - não seja utilizado como instrumento revolucionário ou de engenharia social, que rebaixa os indivíduos à condição de meros objetos (como se verifica na ideologia ou cultura comunista/socialista), mas, sim, como um mecanismo de defesa da justiça, da moral e da ordem frente a movimentos revolucionários que contrariam a vontade e os anseios do povo.

Até porque, como ensina Ricardo Henry Marques Dip (2019, p. 44):

Se a segurança jurídica se resumisse à regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico, ou, em outras palavras, se fosse apenas a estabilidade da ordem jurídica e da certeza do direito, a segurança jurídica equivaleria a uma forma – ou, talvez, a uma fórmula -, alheia do inquérito de seu conteúdo. Tratar-se-ia, exclusivamente, de uma sobrevivência formal, sem comprometimento com a substância do sobrevivente; ao ponto de que, nessa linha, se admitiria uma segurança jurídica também na estabilidade do injurídico. Bem se vê a contradição de termos: todo o acento da segurança jurídica estaria posto na estabilidade, na conservação, na segurança de não importa o quê, até mesmo na segurança que preservasse a injustiça, de sorte que se permitiria a existência de uma segurança “jurídica” do injurídico, de um direito ao não direito. Bem já observara, porém, Jurgen Baumann que uma comunidade cujas normas contrariem a lei moral não é uma comunidade jurídica, mas uma quadrilha de ladrões, de sorte que uma ordem social e moralmente reprovável não é verdadeira ordem, é desordem. Não diversamente, na encíclica *Deus Caritas Est*, o Papa Bento XVI, invocando uma passagem agostiniana, afirma: “*civitas quae non regitur*

iustitia, in magnam latronum manum redigitur...” – um Estado que não se regesse segundo a justiça, reduzir-se-ia a ser um grande bando de ladrões.

É com a junção das lições acima que se deve estudar o fenômeno dos contratos, tendo sempre em mente os princípios norteadores dos negócios jurídicos e a sua finalidade negocial intrínseca de fazer circular riquezas.

O respeito a estas premissas, no fim das contas, tem menos relação com o interesse privado dos contratantes do que com postulados de maior envergadura (e de alcance coletivo), tais como o direito de propriedade e a liberdade individual, culminando na grande meta da formação e aperfeiçoamento constante do Estado Democrático de Direito.

3 LIMITES PRINCIPIOLÓGICOS DE COBERTURA ASSISTENCIAL

Traçados os aspectos iniciais, necessários para a continuidade do trabalho, avança-se agora ao estudo do tópico principal, qual seja, o dos princípios contratuais.

De saída, e com o fito de fixar-se uma premissa, pode-se dizer que:

[...] os princípios do direito natural inspiram, ou devem inspirar, os sistemas jurídicos positivos, aperfeiçoando-os e conduzindo-os ao reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à natureza do homem; mas estes princípios não esgotam nem alcançam o inteiro conteúdo do direito normativo aplicável a uma variedade sempre crescente de relações, muitas e muitas das quais ou são indiferentes ou relacionadas por modo excessivamente remoto aos postulados básicos do direito natural. (RAO, 1997, p. 66)

Tal premissa é salutar para a continuidade deste estudo, visto que a aplicação dos princípios gerais no direito à saúde é considerável, manifestada tanto na doutrina como jurisprudência, que não devem, portanto, prescindirem-se do direito natural.

3.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL

No Direito Privado, tema da maior relevância é o estudo dos princípios que regem os contratos. Porém, não sendo este o objeto deste trabalho, limitar-se-á aqui somente a indicar os parâmetros essenciais dos principais princípios contratuais.

Contudo, importa tão apenas mencionar uma esquecida e relevante divergência acerca dos princípios gerais dentro da Teoria Geral do Direito.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior, em obra supracitada (2015, pp. 203-204), ensina que:

[...] os princípios gerais de direito constituem reminiscência do direito natural como fonte. Há autores que os identificam com este, outros que os fazem repousar na equidade, enquanto sentimento do justo no caso concreto. Sua formulação é indefinida. Há quem os reduza, em última análise, aos famosos preceitos romanos: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. De qualquer modo, ainda que se entenda que possam ser aplicados diretamente na solução de conflitos, trata-se não de normas, mas de *princípios*. Ou seja, não são elementos do *repertório* do sistema, mas fazem parte de suas regras estruturais, dizem respeito à relação entre as normas no sistema, ao qual conferem coesão [...] Ora, as regras estruturais são, nesse sentido global, responsáveis pela imperatividade total do sistema. Nesses termos, mesmo sem admitirmos a existência do direito natural, é possível dizer que nos princípios gerais, enquanto designativos do conjunto de todas as regras estruturais do sistema, repousa a obrigatoriedade jurídica de todo o repertório normativo. Eles não são fonte

do direito no mesmo sentido da legislação ou do costume ou das normas jurisprudenciais, pois são metalinguagem em relação àquelas fontes.

Em outras palavras, segundo a lição acima, os princípios gerais não são fontes do Direito tal como a lei, os costumes e a jurisprudência, mas regras estruturais que conferem coerência ao sistema normativo. Cuida-se de uma visão notadamente positivista, que confere à lei importância ímpar no que se refere ao tema das fontes.

Contudo, mostra-se relevante mencionar a posição daqueles que, reconhecendo embora a importância da lei escrita, contestam (ou pelo menos questionam) essa exclusiva e inquestionável supremacia conferida ao Direito Positivo.

Conforme escólio de José Pedro Galvão de Sousa (1977, pp. 95-96):

Não se negue a importância da lei escrita, entre as fontes do direito, e o seu valor como produto deliberado - no que se distingue da espontaneidade do direito costumeiro -, traço este que dela faz um instrumento apto a estabelecer com precisão de termos as suas determinações, consequência de grande alcance em benefício da segurança nas relações jurídicas. Entretanto, cumpre não atribuir à lei um poder mágico criador e transformador das coisas, nem tampouco fazê-la derivar de um apriorismo ou abstracionismo dominante na mente do legislador e cavando um abismo entre o direito formalmente elaborado e a vivência social, ou seja, entre as fontes do direito no sentido técnico-jurídico e as fontes reais ou materiais.

Acrescenta, ao final, que:

Sem o reconhecimento da lei natural e a subordinação a um critério objetivo de justiça, o direito positivo torna-se mera expressão da vontade do poder, isto é, da força social dominante. É o domínio do voluntarismo incontestável, que, nas condições atuais das sociedades políticas, dá origem à última e mais refinada forma de poder absoluto: o Estado totalitário. (SOUSA, 1977, p. 97).

Montoro também faz interessante adendo acerca do tema, afirmando que

Para as doutrinas de inspiração positivista, 'princípios gerais do direito' são aqueles princípios historicamente contingentes e variáveis, que inspiraram a formação de cada legislação concretamente considerada. Para as concepções racionalistas, pelo contrário, a expressão 'princípios gerais do direito', refere-se, não a valores historicamente contingentes e variáveis, mas a princípios universais, absolutos e eternos, correspondentes aos princípios do direito natural. Cada uma dessas concepções, excluídos seus radicalismos e excessos, traz sua contribuição positiva para a solução do problema. Uma visão compreensiva e objetiva da matéria nos leva a concluir que, entre os princípios gerais do direito, devem ser incluídos valores contingentes e variáveis, a que se refere a concepção positivista, e os princípios universais referidos pelas doutrinas de inspiração racionalista, desde que, uns e outros, estejam devidamente fundamentados. No Brasil, por exemplo, são 'princípios gerais' os valores correspondentes ao sistema republicano, federativo, municipalista, a nossa formação histórica, latina, cristã, etc. E, ao mesmo tempo, os princípios absolutos e permanentes de 'dar a cada um o que é seu', 'respeitar a dignidade pessoal do homem',

‘manter a vida social’, ‘contribuição de todos para o bem comum’, e os demais princípios, materiais e formais, decorrentes do conceito de justiça. (MONTORO, 1983, pp. 136-137)

Nota-se, aqui, notável valoração ao conteúdo intrínseco dos princípios gerais do direito, que não devem limitar-se a um excessivo rigor normativo e formal, como pretendem aqueles que enxergam os princípios como meras regras estruturais do direito posto.

Nesse particular, Paulo Nader (2015), citando Recaséns Siches, aponta críticas dirigidas à teoria da argumentação, do alemão Robert Alexy, muito em voga nos dias que correm:

O excessivo rigor formal aplicado ao Direito foi condenado, também, por Recaséns Siches que, para o seu lugar, preconizou a *Lógica de lo razonable*. A Lógica do tipo matemático seria adequada ao campo da Física, não ao Direito, que pressupõe flexibilidade na aplicação das normas. Justifica o eminente justilósofo guatemalteco: *‘No tratamiento e na solución dos problemas humanos e, entre eles, dos problemas jurídicos, não se pode conseguir nunca uma exatidão nem uma evidência inequívoca.’* Daí a *Lógica do razoável*, diferente da concepção silogística da aplicação das normas, pois opera com a equidade, intuição, com pautas maleáveis. Entre as críticas dirigidas à teoria da argumentação de Robert Alexy destacam-se: a) a supervalorização da capacidade do discurso, bem como a do consenso resultante para se chegar à verdade; b) a atitude acrítica perante as formas jurídicas já assentadas ou tradicionais de argumentação. Ou seja, em seu discurso Alexy assume uma posição otimista em relação a justiça a ser alcançada seguindo-se os cânones da argumentação jurídica. Quanto ao pensamento de Alexy sobre os direitos fundamentais, as críticas se dirigem à sua tese de que eles possuem a natureza de princípios e são mandamentos de otimização. Os direitos fundamentais perderiam força com a tese do modelo de princípios estruturado na otimização. (NADER, 2015, p. 301)

Interessante ainda a posição adotada por Limongi França (1988) quanto à forma de expressão no que concerne à natureza da coercibilidade das formas jurídicas. Ressaltando a importância dos princípios gerais de direito e afastando-os também da categoria de normas jurídicas (cuja coercibilidade decorre diretamente do ordenamento jurídico), os classifica como *conclusões da ciência jurídica*, pois:

[...] se de um lado as leis injustas não são propriamente leis, mas meros atos discricionários de poder, que não obrigam em consciência, de outro, para se alcançar a lei justa é preciso auscultar com exatidão os reclamos das necessidades sociais, sob a égide da justiça, trabalho esse que só aos especialistas da ciência do direito é dado realizar com a indispensável segurança. No direito científico incluímos os princípios gerais de direito e os brocardos jurídicos, porque é a ciência jurídica que define tais princípios; princípios esses que, por sua vez, se vêem expressos não raro mediante parênteses ou brocardos. (FRANÇA, 1988, pp. 109-110)

Merece menção que o que foi dito a respeito dos princípios gerais do Direito aplica-se também aos princípios dos contratos; e o destaque para a influência do

direito natural, nos contratos de plano de saúde, é de suma relevância, visto que se relaciona direta e imediatamente com o maior bem do homem: a vida.

3.1.1 Autonomia da vontade. ARTIGO 13 DA LEI 9656/1998 E TEMAS 1047 E 1082 DO STJ

Como ninguém é obrigado fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, segue que ninguém é obrigado a contratar. Logo, a autonomia da vontade significa exatamente que aos indivíduos é permitido contratar se e quando quiserem, bem como é livre a estipulação do conteúdo da avença.

A autonomia da vontade é, por assim dizer, expressão da liberdade individual, e, por conseguinte, um direito inato do ser humano, consubstanciado em cláusula pétrea.

O consenso entre os contratantes é elemento essencial do contrato, e a sua falta compromete a existência do negócio.

É assente que o acordo de vontades, salvo nos contratos reais, deve se sobrepor ao formalismo e ao simbolismo, que não raras vezes prejudicam sobremaneira a circulação de riquezas. A isso convencionou-se chamar de *princípio do consensualismo*.

Mas a autonomia da vontade, como não poderia deixar de ser, não é e nunca foi plena e ilimitada, pois nem sempre se pode afirmar que os contratantes se encontram livres e em igual condição para discutir as cláusulas contratuais.

Daí que o princípio da autonomia privada deve encontrar limites na lei, nos princípios e cláusulas gerais do Direito, na ordem pública e nos bons costumes.

Além disso, conforme acima se ponderou, não se pode ignorar que o dirigismo estatal também se presta como forte limitador da autonomia da vontade.

Nesse sentido, ensina Caio Mário (1990, pp. 16-17):

Este princípio não é absoluto, nem reflete a realidade social na sua plenitude. Por isso, dois aspectos de sua incidência devem ser encarados seriamente: um diz respeito às restrições trazidas pela sobrelevância da *ordem pública*, e outro vai dar no *dirigismo contratual*, que é a intervenção do Estado na economia do contrato [...] O que são ordem pública e o que são bons costumes não há critério rígido para precisar. As revés, ocupam umas e outras zona de delimitação flutuante que os juristas a custo conseguem definir.

No particular, é pertinente apresentar a visão de Maria Helena Diniz (2007, pp. 23-26), segundo a qual:

É preciso não olvidar que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo [...] O contrato deve ter alguma utilidade social, de modo que os interesses dos contratantes venham a amoldar-se ao interesse da coletividade [...] A autonomia da vontade privada como auto-regulamentação de interesses só se justificaria se o contrato corresponder a uma função considerada socialmente útil pelo ordenamento [...] O princípio da autonomia da vontade sofre, portanto restrições trazidas pelo dirigismo contratual, que é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual, por entender-se que, se deixasse o contratante estipular livremente o contrato, ajustando qualquer cláusula sem que o magistrado pudesse interferir, mesmo quando uma das partes ficasse em completa ruína, a ordem jurídica não estaria assegurando a igualdade econômica.

Ora, não há como subordinar a vontade dos contratantes, que devem celebrar o negócio visando seus próprios interesses, à vontade de um ente abstrato chamado *coletividade*.

A utilidade social do contrato não é a equivalência dos interesses dos contratantes com os interesses de um grupo indeterminado e indeterminável de pessoas: a função dos contratos é fazer circular riqueza e, com isso – de forma secundária –, incrementar a economia, gerar empregos e renda a um número considerável de pessoas.

A subordinação da vontade dos contratantes ao interesse coletivo, ou ao que o ordenamento jurídico considere útil, acaba por violar frontalmente os princípios constitucionais da liberdade individual e da livre iniciativa, bem como do próprio direito de propriedade.

Por tais motivos, inclusive, não compete ao Estado interferir na avença sob o pretexto de promover ou assegurar a igualdade econômica dos contratantes, sob pena de subversão do regime jurídico contratual.

Em resumo, a autonomia da vontade significa a faculdade de contratar ou não contratar, com quem contratar e o que contratar, após o que o pacto passa a vincular as partes, respeitando-se a lei, a supremacia da ordem pública e os bons costumes.

Questão relevante acerca do tema é a decorrente do art. 13 da Lei 9656/1998, que menciona que os contratos de assistência à saúde têm renovação

automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. (BRASIL, 1998).

O texto é claro e não deixa margem para questionamentos. O que importa salientar é que o inverso também se aplica, ou seja, caso o consumidor queira cancelar o contrato, deverá notificar a operadora de forma inequívoca, não podendo simplesmente deixar de pagar o valor da mensalidade.

É dizer: a rescisão do contrato não se presume, exigindo-se declaração expressa do interessado, como decorrência do dever de informação, imposto a ambas as partes. Nesse sentido é o Recurso Especial nº 1.595.897/SP. (BRASIL, 2020).

Destaque-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) está alinhado com esse entendimento, conforme Súmula 94, que dispõe que a falta de pagamento da mensalidade não opera, per si, a pronta rescisão unilateral do contrato de plano ou seguro de saúde, exigindo-se a prévia notificação do devedor com prazo mínimo de dez dias para purga da mora. (SÃO PAULO, 2012). Não há razão para que a mesma conduta (notificação prévia) não seja exigida também do participante do plano de saúde.

Questão relevante – ainda sem conclusão – é saber se é válida cláusula contratual que admite a rescisão unilateral, por parte da operadora, independente de motivação idônea, do plano de saúde coletivo empresarial com *menos de 30 (trinta) beneficiários*.

Tal matéria, objeto do Tema 1047¹⁴ do Superior Tribunal de Justiça (STJ), encontra-se afetada desde 26 de março de 2020, porém sem determinação de suspensão nacional dos processos em que se discute o assunto.

Como a Lei 9656/98 veda que a operadora do plano de saúde venha a rescindir unilateralmente o contrato individual e o familiar (exemplo claro de limitação legal à autonomia da vontade), melhor que o mesmo raciocínio seja imposto aos contratos de plano de saúde coletivo empresarial, mesmo porque a Lei 9656/98, neste aspecto, não faz distinção entre os tipos de contrato. (BRASIL, 1998).

Ora, é indiscutível que a natureza e o regime jurídico do contrato de plano de saúde são manifestamente incompatíveis com a possibilidade de o contratante vir a

¹⁴ Conforme se pode verificar em sítio: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1047&cod_tema_final=1047>. Acesso em: 30 nov. 2021.

ser surpreendido com a rescisão unilateral sem qualquer aviso prévio. Tal conduta, para muito além de ofender a boa-fé objetiva, comprometeria também a necessária segurança jurídica que deve nortear as relações contratuais.

Obviamente, a impossibilidade geral de a operadora do plano de saúde vir a rescindir unilateralmente a avença deve ser afastada em hipóteses excepcionais, desde que haja cláusula contratual expressa permitindo a rescisão (por qualquer das partes) e venha a operadora a apresentar motivação idônea. Além disso, exige-se o decurso mínimo de 12 (doze) meses de vigência do contrato e prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias.

Tratando-se de plano assistencial coletivo com *mais de 30 (trinta) beneficiários*, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento semelhante, afastando apenas a necessidade de motivação idônea das razões que levaram a operadora a rescindir o contrato.

Em um caso ou outro, todavia, a fim de preservar as justas expectativas do consumidor, deverá a operadora do plano de saúde permitir aos empregados ou ex-empregados migrarem para planos individuais ou familiares, sem o cumprimento de carência, desde que sejam tais modalidades disponibilizadas por ela.

É o que se extrai do Recurso Especial 1.846.502/DF (Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 20 de abril de 2021 e DJe em 26/04/2021), assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. OPERADORA. RESILIÇÃO UNILATERAL. LEGALIDADE. INCONFORMISMO. USUÁRIO. PLANO INDIVIDUAL. MIGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MODALIDADE. NÃO COMERCIALIZAÇÃO. PORTABILIDADE DE CARÊNCIAS. ADMISSIBILIDADE. BENEFICIÁRIO. TRATAMENTO MÉDICO. FINALIZAÇÃO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. NORMAS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. As questões controvertidas nestes autos são: a) se ocorreu negativa de prestação jurisdicional pela Corte de origem no julgamento dos embargos de declaração; b) se, em plano de saúde coletivo extinto, a operadora deve continuar a custear os tratamentos ainda não concluídos de beneficiários e c) se a operadora que rescindiu unilateralmente plano de saúde coletivo empresarial possui a obrigação de fornecer aos usuários, em substituição, planos na modalidade individual, mesmo na hipótese de não os comercializar. 3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 4. **Quando houver o cancelamento do plano privado coletivo de assistência à saúde, deve ser permitido aos empregados ou ex-empregados migrarem para**

planos individuais ou familiares, sem o cumprimento de carência, desde que a operadora comercialize tais modalidades de plano (arts. 1º e 3º da Res.-CONSU nº 19/1999). 5. A operadora não pode ser obrigada a oferecer plano individual a usuário de plano coletivo extinto se ela não disponibiliza no mercado tal modalidade contratual (arts. 1º e 3º da Res.-CONSU nº 19/1999). **Inaplicabilidade, por analogia, da regra do art. 30 da Lei nº 9.656/1998.** 6. A exploração da assistência à saúde pela iniciativa privada também possui raiz constitucional (arts. 197 e 199, caput e § 1º, da CF), merecendo proteção não só o consumidor (Súmula nº 469/STJ), mas também a livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica (arts. 1º, IV, 170, IV e parágrafo único, e 174 da CF). 7. A concatenação de normas não significa hierarquização ou supremacia da legislação consumerista sobre a Lei de Planos de Saúde, até porque, em casos de incompatibilidade de dispositivos legais de igual nível, devem ser observados os critérios de superação de antinomias referentes à especialidade e à cronologia. Observância do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. 8. A portabilidade de carências nos planos de saúde poderá ser exercida, entre outras hipóteses, em decorrência da extinção do vínculo de beneficiário - como nas rescisões de contrato coletivo (empresarial ou por adesão) -, devendo haver comunicação desse direito, que poderá ser exercido sem cobrança de tarifas e sem o preenchimento de formulário de Declaração de Saúde (DS), afastando-se objeções quanto a Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP). Incidência dos arts. 8º, IV e § 1º, 11 e 21 da RN nº 438/2018 da ANS. 9. A portabilidade de carências, por ser um instrumento regulatório, destina-se a incentivar tanto a concorrência no setor de saúde suplementar quanto a maior mobilidade do beneficiário no mercado, fomentando suas possibilidades de escolha, já que o isenta da necessidade de cumprimento de novo período de carência. 10. Nas situações de denúncia unilateral do contrato de plano de saúde coletivo empresarial, é recomendável ao empregador promover a pactuação de nova avença com outra operadora, evitando-se prejuízos aos seus empregados, que não precisarão se socorrer da portabilidade ou da migração a planos individuais, de custos mais elevados. 11. A operadora de plano de saúde, apesar de poder promover a rescisão unilateral do plano de saúde coletivo, não poderá deixar ao desamparo os usuários que se encontram sob tratamento médico. Interpretação sistemática e teleológica dos arts. 8º, § 3º, "b", e 35-C da Lei nº 9.656/1998 e 18 da RN nº 428/2017 da ANS, conjugada com os princípios da boa-fé, da função social do contrato, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. Precedentes. **12. É possível a rescisão unilateral e imotivada do plano de saúde coletivo, com base em cláusula prevista contratualmente, desde que cumprido o prazo de 12 (doze) meses de vigência da avença e feita a notificação prévia do contratante com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias, bem como respeitada a continuidade do vínculo contratual para os beneficiários que estiverem internados ou em tratamento médico, até a respectiva alta, salvo a ocorrência de portabilidade de carências ou se contratado novo plano coletivo pelo empregador, situações que afastarão o desamparo desses usuários.** 13. Recurso especial parcialmente provido. (Grifos do autor). (RECURSO ESPECIAL .846.502/DF Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, 20/04/2021, DJe 26/04/2021). (BRASIL, 2021c, m/d).

Ainda quanto às limitações para a rescisão contratual, discute-se a possibilidade ou não de cancelamento unilateral – por iniciativa da operadora – de contrato de plano de saúde coletivo enquanto pendente tratamento médico de beneficiário acometido de doença grave (Tema 1082). A matéria encontra-se afetada

desde março de 2021, sem determinação de suspensão dos processos em andamento.¹⁵

Pode-se argumentar que o regime jurídico do plano de saúde coletivo, em certos pontos, não se confunde com o individual ou familiar, de modo que a possibilidade de rescisão contratual também seja tratada de maneira diferente.

Ora, se é possível defender que a operadora de plano de saúde não necessita justificar a rescisão de um contrato de plano de saúde coletivo, também é verdadeiro que tal rescisão não prescinde do respeito integral aos termos do contrato até então em vigor e, mais que isso, dos princípios inerentes ao pacto firmado.

Nesse sentido, tem-se que a rescisão é possível, desde que se garanta as justas expectativas do participante acometido de doença grave, inclusive porque compete à operadora garantir a integral cobertura dos eventos danosos ocorridos durante a vigência do contrato.

Logo, ela poderá rescindir o contrato coletivo de plano de saúde (mesmo sem a devida justificativa), mas deverá, por outro lado, garantir e custear integralmente o atendimento daqueles que por qualquer motivo estejam acometidos por doença grave.

E assim deve ser em virtude do regime jurídico contratual, que prestigia a continuidade da relação e a concretização das justas expectativas de ambos os contratantes.

3.1.2 Obrigatoriedade dos contratos. TEMA 1069 DO STJ E CIRURGIA DE ALTERAÇÃO DE SEXO

Celebrado o acordo de vontades, os contratantes vinculam-se aos termos do contrato (*pacta sunt servanda*). Silvio Rodrigues, professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, leciona:

O princípio da força vinculante das convenções consagra a idéia de que o contrato, uma vez obedecidos os requisitos legais, se torna obrigatório entre as partes, que dele não se podem desligar senão por outra avença, em tal sentido. Isto é, o contrato vai constituir uma espécie de lei privada entre as

¹⁵ Conforme se pode verificar em sítio: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1082&cod_tema_final=1082>. Acesso em: 30 nov. 2021.

partes, adquirindo força vinculante igual à do preceito legislativo, pois vem munido de uma sanção que decorre da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor. *Pacta sunt servanda!* (RODRIGUES, 1979, p. 19).

A força obrigatória dos contratos é medida imprescindível para a boa e saudável circulação de riquezas, visto que garante a segurança jurídica e a imutabilidade do contrato.

É interessante, a respeito da necessária previsibilidade que deve nortear os contratos, a observação de Arnaldo Wald (2006, p. 203):

Num mundo em que nada mais é absoluto, o contrato, para subsistir, aderiu ao relativismo, que se tornou condição *sine qua non* da sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia e da imprevisão institucionalizada. A indeterminação das prestações contratuais, que era inconcebível no passado, também está vinculada à inflação e às rápidas mudanças tecnológicas, fazendo com que as partes adotem determinados critérios para definir os seus direitos, aceitando prestações indeterminadas no momento da celebração do contrato, mas determináveis no momento de sua execução.

A imprevisibilidade, o relativismo e as incertezas do mundo moderno atingiram também o universo dos contratos – o que certamente não contribui para a evolução dos negócios.

Como consequência da obrigatoriedade dos contratos, tem-se a impossibilidade de arrependimento (salvo a hipótese prevista no art. 49 do CDC) ou alteração unilateral do pacto, ressalvado os casos de rescisão unilateral previstos no art. 473 do Código Civil e caso fortuito ou força maior, bem como a vinculação das cláusulas tão somente às partes contratantes, não beneficiando nem prejudicando terceiros (princípio da relatividade dos contratos), ressalvados os contratos reais.

Vale ressaltar que também este princípio sofre limitação quanto às cláusulas gerais e à ordem pública, que protegem os interesses da.

Relacionado à matéria, tem-se a discussão acerca da obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica (Tema 1069 do STJ).

A matéria está afetada desde setembro de 2020, com determinação de suspensão dos processos em andamento, salvo quanto à apreciação de tutelas urgentes.¹⁶

¹⁶ Conforme se pode verificar em sítio: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?p=true&novaConsulta=true&quantidadeResultadosPorPagina=10&i=1&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1069&cod_tema_final=1069&ordenacaoCritério=1&ordenacaoDecrescente=1>. Acesso em: 30 nov. 2021.

É sabido que os prestadores de serviços assistências de planos de saúde não podem negar a integral e plena cobertura dos eventos danosos à saúde do participante.

Nesse sentido, é coerente defender a tese de que, tratando-se de cirurgia plástica inerente e inevitável à cirurgia pós-bariátrica, devem as operadoras arcar com os custos também daquele procedimento.

Porém, para que se possa impor essa obrigação à operadora, necessário se faz demonstrar o nexo causal entre a cirurgia bariátrica e a deformação no corpo do paciente, a fim de se atestar que não se trata de cirurgia meramente estética.

Assim, a cirurgia plástica teria nítido caráter reformador e funcional, não se confundindo com mera questão de preferência, gosto ou vaidade do paciente. Conferir, a esse respeito, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE.NEGATIVA DE COBERTURA. CIRURGIA REPARADORA. PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA. CIRURGIAS PLÁSTICAS. NECESSIDADE. CARÁTER FUNCIONAL E REPARADOR. RECUSA INJUSTA. DANO MORAL. CABIMENTO. REVISÃO. SÚMULAS NºS5 E 7/STJ.1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs2 e 3/STJ).2. É pacífico o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS é meramente exemplificativo, reputando-se abusiva a negativa de cobertura pelo plano de saúde de tratamento considerado adequado para resguardar a saúde e a vida do paciente.3. A jurisprudência desta Corte Superior possui entendimento de ser cabível indenização por danos morais advindos da injusta recusa de manutenção de cobertura de plano de saúde, visto que o fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado. Precedentes.4. No caso, rever a conclusão do tribunal de origem para acolher a pretensão recursal demandaria a análise e a interpretação de cláusulas contratuais e o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providências vedadas pelas Súmulas nºs5 e 7/STJ.5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1828487/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2021, DJe 30/09/2021) (BRASIL, 2021b, m/d)

Note-se bem: deve haver, nos autos, prova suficiente de que o procedimento cirúrgico tenha nítido caráter reformador ou funcional para só assim ser possível obrigar o plano de saúde a custeá-lo. Não se pode afastar, então, eventual necessidade de prova pericial, ressaltando-se também que o ônus dessa prova é do fornecedor, e não do paciente, que não possui conhecimento técnico suficiente para dirimir a dúvida.

Este, inclusive, é o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

SEGURO SAÚDE. Cirurgia bariátrica. Provas constantes dos autos que demonstram a existência de relação jurídica entre as partes e a autorização do procedimento pelo plano de saúde. Cobertura devida. Ausência de documentos aptos a contestar a versão suscitada na exordial. Ré que não se desincumbiu de seu ônus probatório (art. 373, II, CPC). Abusividade de eventual negativa lastreada no contrato. Inteligência do art. 51, IV, e §1º, II, do CDC. Atenuação do "pacta sunt servanda" em prol de valores que permeiam a dignidade da pessoa humana. Indenização por danos morais. Dano "*in re ipsa*". Conduta da requerida que inseriu o requerente em estado de aflição que extrapola o mero aborrecimento, inclusive, levando à negativação de seu nome devido ao débito em aberto. Arbitramento na Instância de piso no importe de R\$10.000,00, que atende à natureza dúplice - compensatória e punitiva - desta espécie de reparação. Impossibilidade de majoração da reparação, sob pena de enriquecimento sem causa do beneficiário, expressamente vedado pela legislação. Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS. (TJSP; Apelação Cível 1005860-97.2019.8.26.0066; Relator(a): Beretta da Silveira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barretos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/10/2021; Data de Registro: 01/10/2021). (SÃO PAULO, 2021, m/d).

Logo, o ponto crucial é distinguir procedimento funcional ou reparador de procedimento estético. E, considerando que há determinação legal para que as operadoras de planos de saúde custeiem o tratamento integral da doença ou moléstia do beneficiário, na dúvida sobre a natureza do procedimento, deve-se prestigiar a boa-fé do aderente.

Outra questão digna de nota, relacionada ao princípio em comento, tem que ver com a cirurgia de alteração de sexo.

É certo que uma ínfima quantidade de pessoas é portadora de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio, conforme Resolução nº 1955, de 12 de agosto de 2010, do Conselho Federal de Medicina. (CFM, 2010).

Não cabe aqui discutir aspectos clínicos ou científicos da doença de disforia de sexo, mas examinar, à luz do ordenamento jurídico, seus reflexos no contrato de plano de saúde.

Deve-se alertar para o fato de que, caso não se entenda o transexualismo como doença, nenhuma providência ou contrapartida poderá ser exigida do plano de saúde. Este ponto é digno de nota, pois há um movimento ideológico que pretende incluir o distúrbio sexual como um simples transtorno de identidade de gênero.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que o procedimento cirúrgico em nenhuma hipótese deve ser realizado com crianças ou adolescentes, mas apenas em pessoas maiores de idade.

É que estudos comprovam que o distúrbio da disforia de sexo se resolve de forma espontânea em aproximadamente 97,8% dos meninos e 88% das meninas, conforme Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, que sintetiza extensa pesquisa feita pela American Psychiatric Association (AMP). (AMP, 2014).

O mesmo estudo concluiu que, mesmo após a redesignação do sexo, a adaptação pode variar e o risco de suicídio persistir, de modo que não se recomenda a realização do procedimento a uma criança ou adolescente – e, nesse particular, sequer aos pais mostra-se lícito que autorizem o procedimento cirúrgico em seus filhos, pois chance de cura natural destes é extremamente alta; além disso, não há evidência científica alguma de que após a cirurgia o menor passe a se aceitar. Logo, a decisão sobre o procedimento deve ser tomada pela própria pessoa interessada após completada a maioridade.

No âmbito da saúde suplementar, cabe a pergunta: estão as operadoras de planos de saúde obrigadas a realizar a cirurgia de disforia de sexo?

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em recente decisão, seguiu o entendimento de que a operadora, a despeito de não haver contratação e estar o procedimento contrário às Diretrizes de Utilização da ANS, deve custear a cirurgia:

APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. TUTELA ANTECIPADA. Plano de saúde. Procedimento cirúrgico denominado “mastectomia bilateral” destinada à extirpação das mamas após cirurgia de redução de estômago em razão de obesidade mórbida e da patologia acometida ao autor. Sentença de parcial procedência. Inconformismo somente da requerida. Alegação de que o procedimento encontra-se em desconformidade com as Diretrizes de Utilização da ANS, inexistindo o *periculum in mora*. Rejeição. Súmula 102 do TJSP. Recusa injustificada de custeio do procedimento indicado pelo médico credenciado. Súmula 96 do TJSP. Cirurgia não tinha fins só estéticos, mas também caráter complementar ao procedimento de redução de estômago. Paciente, em processo de redesignação sexual, diagnosticado como homem transexual (CID F 64.0), já tendo alterado seu prenome e gênero em todos os documentos. Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP, Apelação nº 1031359-92.2017.8.26.0506; Relatora Des. Silvia Maria Facchina Espósito Martinez; 10ª Câmara de Direito Privado; j. 17/12/2019, DJe 18/12/2019). (SÃO PAULO, 2019a, m/d).

No caso, o transexual já apresentava outras comorbidades, aproveitando-se destas para realizar o procedimento destinado a tratar sua disforia de sexual.

Também pode ser citado o seguinte julgado do mesmo Tribunal:

AGRAVO INTERNO – AGRAVO DE INSTRUMENTO EFEITO ATIVO - PLANO DE SAÚDE – CIRURGIA DE MASTECTOMIA BILATERAL E RECONSTRUÇÃO CUTÂNEA - TRANSEXUALIDADE - TUTELA DE URGÊNCIA. Decisão do relator que concede a tutela recursal e determina à ré a cobertura do procedimento cirúrgico e a retificação de seu cadastro para constar o prenome masculino do autor. Inconformismo. Alegação de que o procedimento está em desconformidade com as Diretrizes de

Utilização da ANS e que ausente o *periculum in mora*. Rejeição. Súmula 102 do TJSP. Paciente, em processo de redesignação sexual, diagnosticado como homem transexual (CID F 64.0), já tendo alterado seu prenome e gênero em todos os documentos. Perigo de dano em se aguardar o regular trâmite da ação. Autor que se encontra alistado militarmente e na espera do agendamento da perícia da Junta Militar. Prejuízo da demora ao cumprimento da obrigação de apresentação do autor para inspeção médica junto ao Exército Brasileiro - Presença dos requisitos do artigo 300 do CPC. Decisão do relator mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (TJSP; Agravo Interno Cível 2137866-55.2019.8.26.0000; Relator(a): Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 20/01/2014; Data de Registro: 16/09/2019). (SÃO PAULO, 2019b, m/d).

Ainda:

Plano de saúde. Paciente diagnosticado transexualismo (CID F64.0). Transtorno permanente de identidade sexual. espécie de transtorno da identidade sexual. Prescrição médica positiva à realização de cirurgia para adequação do corpo físico à identidade de gênero (mastectomia subcutânea lateral e histerectomia). Negativa de cobertura. Ausência de previsão do tratamento no rol de agência reguladora (ANS). Irrelevância. Abusividade manifesta (Súmula nº 102 desta C. Corte de Justiça). Conduta que implica na concreta inutilidade do negócio jurídico. Desequilíbrio contratual no exercício abusivo do direito que se evidencia na desigualdade material de poder. Interpretação que fere a boa-fé objetiva e contrapõe-se à função social do contrato (arts. 421 e 422 do Cód. Civil). Conduta que a doutrina moderna caracteriza como ilícito lucrativo. Incidência dos arts. 4º, "caput", 7º, 46, 47 e 51, IV, do CDC. Cobertura devida. Sentença mantida. Danos morais. Recusa à cobertura de procedimento cirúrgico prescrito. Lesão ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), vértice básico do dano moral. Indenização devida. Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 5.000,00. Pleito de majoração. Acolhimento. Quantum indenizatório elevado para R\$ 10.000,00. Montante proporcional e compatível com a extensão do dano (art. 944 do Cód. Civil). Sentença parcialmente reformada. Recurso adesivo provido. Recurso da ré desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1000140-34.2018.8.26.0536; Relator (a): Rômulo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/12/2019; Data de Registro: 13/12/2019). (SÃO PAULO, 2019c, m/d).

A respeito deste último julgado, vale transcrever trechos do voto do relator, porque bem fundamentado:

Restou comprovado, conforme relatório médico encartado que os procedimentos cirúrgicos prescritos visam à restauração do corpo humano e adequação da identidade de gênero do paciente à sua condição física, o que exclui sua caracterização como tratamento meramente estético. Com efeito, a aludida cirurgia não está dotada de caráter meramente estético, caracterizando-se como funcional, porquanto se presta à adequação de gênero, tendo havido a indicação psiquiátrica, endocrinológica e psicológica. [...] Nessa linha, revelam-se abusivas as cláusulas limitativas de cobertura em relação ao tratamento em questão, não só pelo fato de o procedimento ter sido prescrito por profissional habilitado, mas também porque a exclusão da cobertura deixa o consumidor-paciente em situação de real desvantagem em face da operadora de saúde. Vale lembrar que as cláusulas limitativas ou obstativas das obrigações assumidas pelas operadoras de plano de saúde, mormente aquelas às quais os consumidores aderem por força da

própria natureza adesiva do contrato, devem ser interpretadas à luz dos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé (art. 4º, inciso III) e da equidade (art. 7º), e na forma do que dispõe o artigo 47, todos do CDC. [...] Noutro ponto, em igualdade, não há lastro legal para a legitimidade de exclusão contratual do procedimento. Trata-se de exclusão que tem o condão de amputar a própria garantia que é inerente da avença. Caracteriza-se, tanto por tanto, cláusula manifestamente abusiva, a qual fere o princípio da hipervulnerabilidade do consumidor (art. 4º, caput e inciso I, do CDC). (SÃO PAULO, 2019c, m/d).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça o entendimento é o mesmo, conforme consta do Agravo em Recurso Especial nº 1.056.521-PE (Relatora Min. Maria Isabel Gallotti):

DECISÃO. Trata-se de agravo manifestado por AMIL Assistência Médica Internacional S.A., contra decisão que negou seguimento a recurso especial, interposto pelo artigo 105, III, a, da Constituição Federal, no qual se alegou violação do artigo 1.022, I, do Código de Processo Civil, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, com a seguinte ementa: Ação civil pública. Necessidade de cobertura pelo plano de saúde demandado de procedimentos cirúrgicos autorizados pelo conselho federal de medicina para tratamento do transexualismo. Direito individual indisponível. Legitimidade ativa do ministério público na defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos. Cobertura de cirurgia para mastectomia bilateral. Precedente do STJ. Presença dos requisitos do art. 273 do CPC. Recurso provido por unanimidade. Agravo Regimental prejudicado. I - "O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada" (STJ - AgRg no REsp: 1328270 MG 2012/0120574-5, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 28/08/2012, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/09/2012). II - De acordo com o art. 273 do CPC, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. III - O transexualismo consiste num transtorno permanente de identidade sexual previsto na Classificação Internacional de Doenças publicada pela Organização Mundial de Saúde, sob o registro CID 10 F 64.0 e o contrato estabelecido entre as partes prevê a cobertura para todos os transtornos psiquiátricos codificados pelo CID - 10. IV - No caso, foi demonstrada a condição de segurado do paciente frente à seguradora desde 1990 e foram ainda juntados relatórios médicos diagnosticando-o como portador de transexualismo CID 10 F 64.0 e recomendando, para seu tratamento, a realização da cirurgia de mastectomia bilateral. V - O próprio Ministério da Saúde reconhece que a identidade de gênero e a orientação sexual são determinantes e condicionantes da condição de saúde, notadamente por expor a população LGBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a processos discriminatórios e excludentes que ferem seus direitos humanos. VI - O artigo 47 do CDC prevê a necessidade de interpretação das cláusulas contratuais da maneira mais favorável ao consumidor. VII - O contrato de seguro saúde limitar as doenças a serem cobertas, mas não o tipo de tratamento necessário para a cura de cada uma delas. Precedentes do STJ. VIII - Constatada a presença do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, dado o histórico de prática de automutilação e de ideais suicidas já sofridos pelo segurado. IX - Agravo de instrumento provido por unanimidade. X - Em decorrência do julgamento definitivo do agravo de instrumento resta prejudicado o julgamento do agravo regimental interposto pela Amil Assistência Médica Internacional

S/A. Afirmou que havia contradição no acórdão estadual, haja vista que, nas notas taquigráficas, constou que o provimento do recurso foi apenas parcial e que, na verdade, houve provimento total do agravo de instrumento. Assim delimitada a controvérsia, passo a decidir. As alegações da recorrente são, todavia, incompreensíveis. Diz-se isso porque, no exame dos embargos de declaração, a Corte dedicou-se pontualmente à sobredita contradição, esclarecendo a questão, afirmando que o provimento do agravo de instrumento era integral. Veja-se, com o necessário destaque: "Reconheço de início o engano havido quando da proclamação do resultado. Esclareço, entretanto, que as aparentes divergências são apenas produto da dinâmica de um julgamento envolvendo tão delicada questão. A concordância por parte deste relator quanto à indagação feita pelo Des. Bartolomeu Bueno referia-se ao núcleo da questão, qual seja, a interpretação da cláusula contratual e não ao provimento integral ou parcial do recurso. A manifestação do Des. Bartolomeu Bueno no sentido de acolher o voto do relator, voto esse proclamando o provimento do recurso, espanta qualquer dúvida a respeito. Assim, esclarecido o equívoco da proclamação do resultado, deve ser mantido na íntegra o acórdão prolatado por esta relatoria, no sentido de dar provimento integral ao agravo de instrumento, por unanimidade" (e-STJ, fl. 594). Se os embargos de declaração foram, portanto, acolhidos para, no ponto, sanar a contradição, não pode haver dúvida que a mácula do julgado embargado foi extirpada, de modo que se tem por inafastáveis as disposições do verbete n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Diante do exposto, nego provimento ao agravo. Intimem-se. Brasília (DF), 27 de junho de 2017. MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI Relatora (Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, 01/08/2017). (BRASIL, 2018f, m/d).

Como se nota, de um lado há os que defendem a obrigatoriedade de o plano custear o tratamento, sendo suficiente que haja prescrição médica. Para tanto, invocam o princípio da dignidade humana (e seus consectários), o entendimento (majoritário) de que não compete ao plano de saúde, mas ao médico do paciente escolher o tratamento adequado, bem como a abusividade da cláusula de não cobertura da moléstia.

De outro, estão os que entendem que o plano de saúde não deve custear cirurgia que não conste do contrato e nem no rol dos tratamentos obrigatórios da Agência Nacional de Saúde. Alegam a força obrigatória dos contratos (e os princípios daí decorrentes) e a vedação legal ao custeio de tratamento não previsto como obrigatório na lista da ANS. Eis o ponto que importa para o presente trabalho.

Não se ignora a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, cuida-se de fundamento inerente e indissociável de todos os demais direitos do homem, sem o qual nenhum outro faria sentido.

Contudo, há de se lembrar que a própria liberdade de contratar é decorrência lógica da dignidade da pessoa humana, de modo que não se justifica invocar a dignidade humana como argumento de autoridade para resolver a questão. Apesar da tentativa de tornar a dignidade humana uma espécie de coringa para a solução

de todos os problemas jurídicos, fato é que, muitas vezes – e talvez nas melhores intenções –, o efeito prático da aplicação do princípio acaba por solapar seu próprio significado.

E, no âmbito contratual, a cláusula aberta da dignidade da pessoa humana encontra sua concretude na liberdade de as partes contratarem, aceitando os direitos e deveres decorrentes de sua escolha.

Ainda, o entendimento segundo o qual basta a prescrição médica para obrigar o plano de saúde a custear o procedimento não encontra respaldo na lei, nos atos normativos infralegais ou nos princípios gerais dos contratos.

Por fim, respeitado o quanto previsto no art. 10 da Lei 9656/98 (que determina a cobertura obrigatória para as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde - OMS), ou seja, que veda a subsegmentação, fato é que o procedimento para a redefinição de sexo não consta da Resolução Normativa - ANS nº 465, ou seja, não se trata de procedimento de cobertura obrigatória. (ANS, 2021b). Dessa forma, não se nota abusividade alguma na exclusão de cobertura desse procedimento.

3.1.3 Supremacia da ordem pública

Como visto acima, a supremacia da ordem pública limita o exercício da autonomia privada e serve também, em certas ocasiões, como obstáculo intransponível à força obrigatória dos contratos.

É que, de fato, o Direito não pode admitir que a vontade dos contratantes se sobreponha ao interesse público (o que não se confunde com a afirmação de que a vontade dos contratantes deva ser subordinada ao interesse coletivo), pois a função própria do Direito é servir ao bem comum com justiça.

Neste ponto, é pertinente lembrar a lição de Miguel Reale que, em sua obra clássica *Lições preliminares de direito*, escreveu:

[...] pondo em realce a idéia de justiça, temos apresentado, em complemento às duas noções supra da natureza lógico-descritiva, esta outra de caráter mais ético: Direito é a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores. (REALE, 2002b, p. 67).

Porém, é bom enfatizar que a supremacia da ordem pública somente mitiga a autonomia da vontade dos contratantes quando, direta e inequivocamente, o

contrato celebrado venha a prejudicar, de forma real e concreta, o interesse de terceiros. Sim, pois cada indivíduo é parte da sociedade, e, ao passo que o interesse comum há de ser buscado, exige-se da coletividade o respeito à pessoa singularmente considerada. Interesse público e interesse dos contratantes não são, portanto, ideias antagônicas; pelo contrário, ambos se completam e se conciliam sempre que os contratantes agem de forma leal, com transparência e conscientes de seu espaço na sociedade.

Assim, o pacto apenas será irregular por ofensa à ordem pública quando firmado em descompasso com a boa-fé e com a finalidade negocial, que pode ocorrer nos casos em que o contrato celebrado desvaloriza grande quantidade de imóveis de um determinado local ou quando acaba por criar ônus ou prejudicar terceiros.

Como se vê, a supremacia da ordem pública presta-se como mecanismo de controle dos contratos somente em casos excepcionais, condicionando-se à demonstração cabal da ocorrência do dano coletivo.

A supremacia do interesse público tem especial importância nos contratos de plano de saúde em virtude do número de participantes e do escopo desse tipo de contrato.

Relacionado ao assunto, registre-se que o fornecimento de todo e qualquer medicamento, em regra, deva estar registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Trata-se, inequivocamente, de preceito que confirma a supremacia do interesse público. Porém, é sabido que o trâmite administrativo interno para a aprovação de medicamento pelo órgão demanda tempo e estudo detalhado do fármaco que se pretende comercializar.¹⁷

O procedimento inicia-se com a solicitação de concessão de registro para posterior avaliação da Anvisa, por parte de empresa devidamente autorizada e que preencha os requisitos da Lei 6360/76 (que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências). (ANVISA, 2021).

¹⁷ Procedimento esse que pode ser encontrado no sítio: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/registro-de-novos-medicamentos-saiba-o-que-e-preciso/219201>. Acesso em: 27 abr. 2020.

Em seguida, segue-se criteriosa análise para se atestar a qualidade, eficácia e segurança do medicamento.

Não sendo desde já interrompido o pedido de registro, passa-se, antes ainda de testes em seres humanos, à fase não clínica, em que se investigará a ação e a segurança da molécula em laboratório, mediante ensaios em células e em animais. Cuida-se de fase destinada a conhecer o mecanismo de ação de uma determinada molécula, determinar sua segurança e as doses seguras para o início dos testes em seres humanos.

Após, investiga-se a qualidade do produto para que seja escolhida a forma farmacêutica e a formulação mais conveniente para os pacientes e para que sejam definidos critérios de qualidade que garantam que o produto seja sempre comercializado com segurança. É a fase de desenvolvimento do medicamento.

Antes ainda do registro propriamente dito, passa-se à fase clínica. Os ensaios clínicos são os estudos que têm por objetivo investigar o funcionamento e a segurança do medicamento nos seres humanos. Tais ensaios são divididos em fases que podem durar anos. Os resultados obtidos irão compor a bula, onde deverão ser descritos os dados específicos e concretos do medicamento, tais como a forma ideal de utilizá-lo e os cuidados gerais a serem tomados pelos consumidores.

Antes de se iniciar a fase clínica a pesquisa passa, obrigatoriamente, por aprovação de instâncias éticas e técnicas, para averiguar-se e mais uma vez certificar-se de que os estudos foram realizados de forma segura e correta.

Superadas estas fases com sucesso, segue-se o registro pela Anvisa, que se presta como condicionante à posterior comercialização do medicamento. Assim, para fins comerciais, a empresa requerente precisa apresentar documentação administrativa, de comprovação de qualidade e de segurança e eficácia do medicamento objeto do registro, bem como certificações de cumprimento dos princípios de boas práticas de fabricação e controle do local em que o medicamento será fabricado, sem prejuízo das respectivas autorizações sanitárias para o funcionamento da empresa, seguindo sempre o que dispõe a legislação específica acerca do assunto.

Já na fase pós-mercado, compete à farmacovigilância identificar, avaliar e monitorar a ocorrência de eventos adversos relacionados ao uso do medicamento,

com o objetivo de garantir que seus benefícios sejam maiores que os riscos por ele causados. Cuida-se, sem dúvida, de mecanismo valioso de controle e monitoramento acerca da eficácia e segurança do medicamento.

Nessa linha, a Anvisa esclarece os cinco motivos para um medicamento não estar disponível no mercado brasileiro: (1) a empresa solicitante do registro não comprovar a qualidade, a eficácia e a segurança do produto; (2) nenhum pedido de registro ter sido apresentado à Anvisa; (3) a substância fazer parte de uma lista de produtos banidos por falta de segurança ou proibição legal; (4) o medicamento ainda estar em análise na Anvisa; e, por último, (5) o medicamento ter sido registrado/aprovado pela Anvisa, mas a empresa detentora do registro não o comercializar. (ANVISA, 2018).

A própria Lei 6360/76 trata da questão do prazo para a decisão final nos processos de registro e de alteração pós-registro em seu art. 17-A, mencionando que se deve levar em conta a complexidade técnica e os benefícios clínicos, econômicos e sociais da utilização do medicamento objeto do requerimento, sendo certo que, por ato da própria Anvisa, poderá o pedido de registro ser enquadrado em duas categorias: prioritária ou ordinária. (BRASIL, 1976).

Tratando-se registros prioritários, o prazo máximo para a decisão final de registro e de alteração pós-registro de medicamento será, respectivamente, de 120 e 60 dias; cuidando-se da categoria ordinária, 360 e 180 dias, em ambos os casos contados a partir da data do respectivo protocolo.

Esses prazos podem ser prorrogados por até um terço do prazo original, uma única vez, mediante decisão fundamentada da Anvisa expedida em, no mínimo, quinze dias úteis antes do término do prazo original, e o descumprimento injustificado dos prazos implica apuração de responsabilidade funcional do servidor ou dos servidores que lhe derem causa.

Nota-se que o procedimento de registro de medicamento junto à Anvisa é complexo e reúne aspectos técnicos de grande relevância – não por acaso, muitas vezes os prazos fixados na lei são insuficientes para a concessão do registro.

Porém, não se pode negar que em determinadas situações a espera pela comercialização do medicamento pode ir de encontro ao interesse público.

Daí se coloca a dúvida: é possível exigir da operadora do plano de saúde o fornecimento de medicamento sem registro na Anvisa? Se sim, em que medida e sob qual o critério?

No âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Supremo Tribunal Federal (STF) já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema quando do julgamento do RE 657.718/MG (Relator Min. Marco Aurélio, Plenário 25/05/2019), com repercussão geral reconhecida, fixando-se a seguinte tese:

- 1 – O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
- 2 – A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
- 3 – É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
- 4 – as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. 9b (BRASIL, 2019a, m/d).

É relevante notar que a decisão em comento levou em consideração o elevado custo aos cofres públicos do fornecimento de medicamentos sem registro no órgão competente.

E, de fato, a preocupação é justificável, visto que cifras milionárias são gastas no interesse de poucos quando poderiam ser utilizadas em políticas públicas de saúde que beneficiariam toda a sociedade.

Não se trata, obviamente – e como já se disse acima –, de se interpretar o caso concreto mediante a teoria do conflito dos bens jurídicos em jogo (vida *versus* finanças públicas) para se determinar qual deve prevalecer, mas de se aplicar a teoria do justo subjetivo – também já comentada –, evitando-se que um determinado indivíduo se torne proprietário de considerável parcela do orçamento público.

As exceções previstas no referido julgado mostram-se, de certo modo, razoáveis. Note-se que não basta a comprovação da mora na análise do pedido de registro. Requer-se que essa seja irrazoável, ou seja, que o transcurso do prazo legal ultrapasse os limites do aceitável, mediante desídia, descaso ou inércia do órgão (ônus esse que compete ao interessado demonstrar).

Mais ainda: mesmo que se tenha a mora irrazoável, a decisão impõe outras três condicionantes, quais sejam, existência de pedido de registro (salvo medicamentos órfãos para doenças raras ou ultrarraras), registro do medicamento em renomadas agências do exterior (não é suficiente a existência de registro em qualquer agência no exterior; esta deve ser renomada, quer dizer, gozar de alto grau de respeitabilidade no meio técnico-científico) e, por fim, inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

São, portanto, razoáveis as exceções. Daí que a vedação imposta pelo STF – ao menos em regra – do fornecimento de medicamento sem registro na Anvisa justifica-se sob qualquer ângulo que se analise a questão.

Resta a dúvida: e no âmbito da saúde complementar? Estariam as operadoras obrigadas a fornecer medicamentos sem registro na Anvisa?

Aqueles que advogam a tese de que a operadora do plano de saúde deve fornecer o medicamento sem o competente registro da Anvisa lembram que a vida é o bem maior do indivíduo, de modo que a restrição não se mostra justificável. Fundamentam com base em princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, tais como a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Ainda, ressaltam o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, que disciplina as chamadas cláusulas abusivas dos contratos regidos pelas normas consumeristas, e, em especial o seu §1º, segundo o qual

Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio do contratual;
III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor. (BRASIL, 1990b, m/d/).

Em contrapartida, os adversários dessa corrente argumentam que não há ofensa a qualquer princípio constitucional, visto que o contrato de plano de saúde, como todo contrato, submete-se a um conjunto de princípios próprios, diversos daqueles inerentes ao SUS, e, portanto, não se pode constranger as operadoras de planos de saúde, que se submetem a um regime contratual, a custearem tratamento que nem o Estado o é.

Além disso, o cálculo formulado pelo fornecedor do serviço estaria comprometido caso se permitisse ao consumidor constrangê-lo judicialmente a fornecer medicamento sem registro na Anvisa.

Pode-se até entender que há bons argumentos de um lado e de outro. Porém, juridicamente falando, a razão está com aqueles que entendem que as operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento que não possua registro junto à Anvisa. Ora, obrigar a operadora de plano de saúde a custear todo e qualquer medicamento, com base unicamente em prescrição médica, equivaleria a aplicar, no campo do direito contratual, o regime jurídico típico do Sistema Único de Saúde, o que de forma alguma se justifica.

Nessa linha, inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp nº 1.726.563/SP e 1.712.163/SP, em sede de recurso repetitivo (Relator Min. Moura Ribeiro, DJe 26/11/2018), em acórdão assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. PLANO DE SAÚDE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA. 1. Para efeitos do art. 1.040 do NCPC: **1.1. As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.** 2. Aplicação ao caso concreto: 2.1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem enfrenta todas as questões postas, não havendo no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade. **2.2. É legítima a recusa da operadora de plano de saúde em custear medicamento importado, não nacionalizado, sem o devido registro pela ANVISA, em atenção ao disposto no art. 10, V, da Lei nº 9.656/98, sob pena de afronta aos arts. 66 da Lei nº 6.360/76 e 10, V, da Lei nº 6.437/76.** Incidência da Recomendação nº 31/2010 do CNJ e dos Enunciados nº 6 e 26, ambos da I Jornada de Direito da Saúde, respectivamente, *A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; e, É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental.* **2.3. Porém, após o registro pela ANVISA, a operadora de plano de saúde não pode recusar o custeio do tratamento com o fármaco indicado pelo médico responsável pelo beneficiário.** 2.4. Em virtude da parcial reforma do acórdão recorrido, com a redistribuição dos ônus da sucumbência, está prejudicado o recurso especial manejado por ONDINA. 3. Recurso especial interposto pela AMIL parcialmente provido. Recurso especial manejado por ONDINA prejudicado. Acórdão sujeito ao regime do art. 1.040 do NCPC. (BRASIL, 2017b, m/d/) (grifos do autor).

Denota-se, pois, que a tese firmada desobriga as operadoras do plano de saúde de fornecer medicamento (importado ou nacional) não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça consta o seguinte:

Em julgamento de dois recursos especiais sob o rito dos recursos repetitivos relatados pelo ministro Moura Ribeiro, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu que as operadoras de plano de saúde não são obrigadas a fornecer medicamentos nacionais não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

De acordo com o ministro relator, o entendimento firmado abrange tanto medicamentos nacionais quanto importados, visto que a lei de controle sanitário (Lei 6.360/76) exige de todo fármaco, nacionalizado ou não, o seu efetivo registro.

O julgamento do tema, cadastrado sob o número 990 no sistema dos repetitivos, fixou a seguinte tese: “As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela Anvisa”.

Esse entendimento já consta da jurisprudência do tribunal, mas passa agora à condição de precedente qualificado, com ampla repercussão em toda a Justiça. De acordo com o artigo 927 do Código de Processo Civil, a definição da tese pelo STJ vai servir de orientação às instâncias ordinárias, inclusive aos juizados especiais, para a solução de casos fundados na mesma questão jurídica [...]. (BRASIL, 2018b, m/d).

Sob o aspecto normativo, a tese firmada é irretocável.

Não há como superar o fato de que a conjugação das Leis 9656/98 (art. 10, V)¹⁸, 6360/76 (arts. 12, 16, inc. II, e 66)¹⁹ e 6437/77 (art. 10, V)²⁰ vai de encontro com a tese que advoga o dever de as operadoras de planos de saúde fornecerem medicamento não registrado na Anvisa. Adotando este raciocínio, o Min. Relator acolheu o entendimento segundo o qual:

[...] a exceção prevista no art. 10, V, da Lei nº 9.656/98, que exclui da cobertura mínima o fornecimento de medicamentos importados, não registrados pela ANVISA, vai ao encontro do que estabelecem os arts. 12, 16, II, e 66, todos da Lei nº 6.360/1976 (que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos) e 10, V, da Lei nº 6.437/1976 (que configura infrações à legislação sanitária federal). (BRASIL, 2017B, m/d).

¹⁸ “Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados.” (sem destaques no original). (BRASIL, 1998, m/d).

¹⁹ “Art. 12. Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde (sem destaques no original). [...] Art. 66. A inobservância dos preceitos desta Lei, de seu regulamento e normas complementares configura infração de natureza sanitária, ficando sujeito o infrator ao processo e às penalidades previstos no Decreto-Lei nº 785, de 25 de agosto de 1969, sem prejuízo das demais cominações civis e penais cabíveis. Parágrafo Único. O processo a que se refere este artigo poderá ser instaurado e julgado pelo Ministério da Saúde ou pelas autoridades sanitárias dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, como couber.” (BRASIL, 1976, m/d).

²⁰ “Art. 10. São infrações sanitárias: IV - extrair, produzir, fabricar, transformar, preparar, manipular, purificar, fracionar, embalar ou reembalar, importar, exportar, armazenar, expedir, transportar, comprar, vender, ceder ou usar alimentos, produtos alimentícios, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos dietéticos, de higiene, cosméticos, correlatos, embalagens, saneantes, utensílios e aparelhos que interessem à saúde pública ou individual, sem registro, licença, ou autorizações do órgão sanitário competente ou contrariando o disposto na legislação sanitária pertinente: pena - advertência, apreensão e inutilização, interdição, cancelamento do registro, e/ou multa (sem destaques no original).” (BRASIL, 1977, m/d).

O Relator fez constar também a conclusão da I Jornada do Direito à Saúde, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, em que foram editados dois enunciados:

Nº 6: A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

Nº 26: É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental. (BRASIL, 2017b, m/d/).

Porém, no acórdão ora em análise pouco ou nada se falou sobre os princípios contratuais aplicáveis à espécie, que muito poderiam contribuir para a decisão final. Portanto, algumas considerações mostram-se pertinentes.

Quanto aos princípios tradicionais, não há dúvida de que a conclusão da Corte vai ao encontro do significado de cada um deles. A autonomia da vontade é preservada na medida em que a liberdade do participante em contratar o plano de saúde (ainda que se trate de típico contrato de adesão) é preservada em todos os seus aspectos (notadamente quanto ao *tipo* de cobertura). A obrigatoriedade dos contratos, por sua vez, impõe aos contratantes o dever de cumprir estritamente o pactuado, de modo a se respeitar os direitos e obrigações recíprocos – no que beneficia tanto os contratantes como, indiretamente, todos os demais participantes do plano. Por fim, o princípio da relatividade dos contratos, segundo o qual o contrato somente pode produzir efeitos entre os contratantes, também corrobora a decisão do STJ, notadamente por não onerar a operadora com a aquisição de fármacos que não constam da lista do SUS, o que poderia comprometer o equilíbrio contratual com reflexo financeiro para todos os participantes.

A questão também guarda relação com outros princípios contratuais, quais sejam, o da supremacia da ordem pública, da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Pode-se dizer que há ofensa à supremacia da ordem pública quando os contratantes agem sem a observância da finalidade negocial inerente ao contrato, prejudicando os interesses da coletividade. Rápido se percebe que esse princípio não justifica o fornecimento de medicamentos, pela operadora do plano de saúde, sem registro na Anvisa, já que é justamente o registro que garante a segurança e a eficácia do fármaco. O mesmo raciocínio se aplica quanto à função social do contrato, acrescentando-se que esse princípio se preocupa diretamente com a segurança das relações jurídicas, o que também corrobora a conclusão da Corte.

Por fim, com relação à boa-fé, a vedação quanto ao fornecimento de fármacos sem registro oficial decorre da própria legislação, de modo que não se pode exigir da operadora que contrarie as leis e os atos normativos para beneficiar um determinado participante.

Nesta linha, a título argumentativo, vale mencionar a hipótese em que o contrato firmado entre as partes prevê o tratamento da doença, mas o plano se recusa a custeá-lo com a utilização de medicamento sem registro, apesar da prescrição médica.

Ora, o fato de haver prescrição médica não resulta (e nem poderia resultar) em alteração da conclusão a que chegou o julgamento dos REsp nº 1.726.563/SP e 1.712.163/SP. Em primeiro lugar, porque o trâmite administrativo para a aprovação de um medicamento é o que garante a segurança e a eficácia do produto, o que por si só justificaria a recusa por parte da operadora.

Mas deve-se destacar outro ponto. Não se nega competir ao médico dar a última palavra quanto ao medicamento e/ou tratamento a ser adotado. Porém, o que aqui se defende é apenas que o fármaco tenha ultrapassado as etapas de aprovação junto ao órgão competente (Anvisa), sendo essa aprovação condição necessária para o fornecimento dele por parte da operadora.

Logo, o fato de haver indicação médica em nada altera a conclusão do julgamento.

Em síntese, não há como se exigir das operadoras do plano de saúde que forneçam medicamentos sem registro da Anvisa. Sendo o caso urgente, deverá o interessado ajuizar ação contra o ente federativo competente, demonstrando de plano o preenchimento dos requisitos elencados no RE 657.718/MG, a fim de ver satisfeita sua pretensão pelo SUS, comprovando estarem presentes os requisitos elencados no RE 657.718/MG (Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário 25/05/2019).

Recentemente, inclusive, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no ERESP 1.886.929/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, reforçou o entendimento acerca do tema, definindo a seguinte tese²¹:

1. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar é, em regra, taxativo;

²¹ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08062022-Rol-da-ANS-e-taxativo-com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx>. Acesso em: 30 jun. 2022.

2. A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol;
3. É possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra rol;
4. Não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva *ad causam* da ANS.

Situação diversa é quanto ao uso de medicamento (registrado na Anvisa) para o tratamento de doença diversa daquela prevista na bula. É o chamado tratamento *off label*.

O entendimento dos tribunais sobre o uso *off label* de medicamentos difere daquele dispensado aos medicamentos importados sem registro na Anvisa.

De acordo com notícia vinculada no site do Superior Tribunal de Justiça, no Resp 1.721.705/SP, ficou decidido que:

[...] a operadora de plano de saúde não pode negar cobertura a tratamento prescrito por médico, sob o fundamento de que o medicamento a ser utilizado está fora das indicações descritas em bula registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Ao negar provimento a um recurso especial da Amil, o colegiado manteve a obrigação de que a operadora forneça o medicamento Temodal, destinado a tratamento de câncer [...] Segundo a relatora do recurso, ministra Nancy Andrighi, a autoridade responsável por decidir sobre a adequação entre a enfermidade do paciente e as indicações da bula é o médico, e não a operadora do plano de saúde. (BRASIL, 2018c, m/d).

Cuida-se de entendimento que sem dúvida prestigia o direito do médico de prescrever o tratamento que melhor atende aos interesses de seu paciente, no que impõe seja reconhecida a invalidade da Resolução Normativa nº 338/2013 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que veda o uso de tratamento experimental (ainda que se trate de medicamento aprovado na Anvisa). (ANS, 2013)

E vale ressaltar que o entendimento jurisprudencial está em plena consonância com os princípios gerais dos contratos, não havendo motivo para que a operadora do plano de saúde não seja obrigada a custear medicamento aprovado pela Agência competente para a cura de moléstia diversa daquela prevista na bula.

Em tempos de perseguição a médicos e a operadoras de plano de saúde que prescrevem tratamento *off label* visando o melhor interesse do paciente, com base em evidência, é de suma importância ressaltar que o Direito lhes garante tal prerrogativa.

3.1.4 Probidade e Boa-fé. Art. 11 da Lei 9656/1.998 e Súmula 609 do STJ

O princípio da boa-fé pode ser entendido tanto como uma norma de conduta (boa-fé subjetiva) como norma de comportamento (boa-fé objetiva).

Como norma de conduta, leva em conta a intenção íntima (a convicção) do contratante; daí também ser denominada de boa-fé ignorância ou desconhecimento.

Explica Arnaldo Wald (2006, p. 191) que:

Na boa-fé subjetiva, analisa-se o conhecimento ou a ignorância de determinada situação, levando em conta os deveres de diligência que se espera de um homem mediano. Relaciona-se com fatores do sujeito e com os cuidados que deve ter nas suas relações com terceiros [...] O conceito ético da boa-fé subjetiva, entretanto, não se limita à ignorância, de modo que, agindo com culpa ou falta de cuidado grave, a pessoa age mal, não podendo alegar boa-fé. Em vários casos, os tribunais consideram a boa-fé como importante, mas não para eximir alguém dos cuidados necessários, se deve fazê-lo.

Já a boa-fé objetiva, de seu turno, mais relevante para esse estudo, é a que exige das partes que, desde as negociações preliminares e mesmo após a conclusão do negócio, respeitem certos deveres – como o dever de informar, de agir com honestidade e lealdade e assim por diante. É, por isso, chamada de boa-fé confiança.

Ainda com Arnaldo Wald (2006, pp. 191-192):

Já na boa-fé objetiva busca-se a proteção da confiança, exigindo-se que as partes atuem de acordo com os padrões usuais. Representa, por um lado, o dever de lealdade, e, por outro, a correlativa proteção da expectativa que nasce em uma pessoa [...] A partir da regra da boa-fé nascem deveres acessórios de proteção (informação e lealdade), que não derivam da vontade das partes contratantes [...] Dessa forma, além dos direitos e das obrigações principais estabelecidos nos contratos, existem deveres secundários (*Nebenpflicht*) para ambos os contratantes que decorrem da regra geral da boa-fé, denominada na doutrina italiana dever de *correttezza* e na alemã *Treuund Glauben*. Exige-se que a atuação de uma parte não cause danos à esfera jurídica da outra, e a intensidade desses deveres secundários é verificada de acordo com o fim do negócio jurídico.

A doutrina aponta três funções do princípio da boa-fé objetiva. A primeira é a função limitativa, que visa impedir ou sancionar o abuso de direito. Encontra-se

prevista no art. 187 do Código Civil, segundo o qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé, ou pelos bons costumes”. (BRASIL, 2002, m/d).

Essa função apresenta variações, segundo a conhecida classificação de Menezes Cordeiro (2017), que são tratadas como *tratamento típico de exercícios inadmissíveis* da seguinte forma (conceitos retirados da obra *Da boa-fé no Direito Civil*):

- (1) *exceptio doli*: “diz-se exceção, em Direito substantivo, a situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efectivação da pretensão correspondente” (p. 719).
- (2) *venire contra factum proprium*: “traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse comportamento é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível” (p. 742).
- (3) inalegabilidade de nulidades formais: “o exercício de um direito que implique a alegação de nulidade formal pode ser abusivo por contrariar a boa fé. O titular exercente, em abuso, incorre em previsões de indenização ou outras, consoante os efeitos práticos a ponderar” (p. 795).
- (4) *suppressio*: “diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contraria a boa fé” (p. 797).
- (5) *surrectio*: é o surgimento de “um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efectividade social, era tido como presente” (p. 816).
- (6) *tu quoque*: “a fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído” (p. 837).
- (7) o desequilíbrio no exercício jurídico: “a idéia de desequilíbrio no exercício traduz um tipo extenso de actuações inadmissíveis de direitos. Abrigam-se, a ela, subtipos variados de conjunturas abusivas, próximas por, em todas, haver despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados. Fala-se, por isso, em desequilíbrio. Integram a categoria do exercício desequilibrado de direitos três sub-hipóteses de comportamentos inadmissíveis: o exercício inútil danoso, a conjunção de situações implicada no brocardo *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* e a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem” (2017, p. 853).

A segunda função da boa-fé objetiva é a integrativa, pela qual é dever dos contratantes agir de forma proba, leal e honesta. Trata-se, pois, de cláusula implícita (e cogente) de todo contrato.

No Código Civil há previsão da função integrativa da boa-fé no artigo 422, segundo o qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL, 2002, m/d).

Acerca desse dispositivo, Nelson Rosendal, em obra coletiva, se posiciona:

Parece-nos que o art. 422 não se olvidou da responsabilidade pré-contratual, tampouco da responsabilidade *post pactum finitum*. Resta implícito no dispositivo que os deveres de conduta relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplicam às negociações preliminares (tratativas) e sobre aquilo que se passa depois do contrato. Não se pode olvidar de que estamos diante de norma de textura aberta, que induz os operadores à sua colmatação com base em argumentações já desenvolvidas na doutrina (2013, p. 477).

A derradeira função da boa-fé apontada pela doutrina é a função interpretativa, estampada no artigo 113 do Código Civil, pelo qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. (BRASIL, 2002, m/d).

Quer isso dizer que o contrato deve ser interpretado de forma a buscar ao máximo a real intenção dos contratantes, levando-se em conta tanto as circunstâncias fáticas como também a capacidade de compreensão e entendimento de ambos.

O princípio da boa-fé não é criação moderna, pois remonta ao Direito Romano, passando pelo Direito Canônico e pelo Código Napoleão até chegar ao tempo presente com pequenos (mas não irrelevantes) acréscimos.

É, sem dúvida, princípio da maior importância, muito embora não prescindir do apoio dos demais e principalmente do teor do instrumento contratual para ser aplicado com justiça, tendo como principal escopo o de buscar a justa expectativa que o contrato gera para as partes (princípio da confiança).

Na jurisprudência é fácil encontrar a aplicação do referido princípio. Destaque-se, por exemplo, o art. 11 da Lei 9656/1998, que veda a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data da contratação após decorridos 24 meses de vigência do contrato, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário. (BRASIL, 1998).

De acordo com a ANS²², doenças ou lesões preexistentes (DLP) são aquelas que o beneficiário ou seu representante legal sabia ser portador no momento da contratação ou adesão ao plano de saúde.

²² Definição encontrada em página da ANS, disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/index.php?option=com_centraldeatendimento&view=pergunta&resposta=125&historico=29851600>. Acesso em: 28 nov. 2021.

Merece destaque o fato de nem sempre exigir a operadora do plano de saúde a realização de exame prévio à contratação, diligência simples que muito lhe poderia ser útil.

É costume enviar um pequeno questionário a ser preenchido pelo participante, muitas vezes insuficiente para dirimir dúvidas acerca da preexistência de determinada moléstia, devendo-se aqui esclarecer que perguntas genéricas não devem acarretar prejuízo ao aderente que, para todos os efeitos (e até prova em contrário), age de boa-fé.

Na falta de exames clínicos prévios ou de outras provas deve-se presumir a boa-fé do participante, que não raras vezes ignora ser portador de alguma doença. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEGURO PRESTAMISTA. DOENÇA PRÉ-EXISTENTE NÃO INFORMADA PELO SEGURADO. Ocorrência do sinistro. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ DO SEGURADO. DISTINÇÃO ENTRE TRATAMENTO MÉDICO E ACOMPANHAMENTO MÉDICO. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE DO ÓBITO NO CURSO DO CONTRATO DE MÚTUO. ILICITUDE DA RECUSA DE COBERTURA PELA SEGURADORA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO DA SÚMULA 609/STJ. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. 1. Controvérsia acerca da recusa de cobertura de seguro prestamista na hipótese em que o segurado faleceu três meses após a contratação, tendo sido apontada como 'causa mortis' doença preexistente (miocardiopatia dilatada) não informada na declaração de saúde. 2. Caso concreto em que o quesito da declaração de saúde indagava acerca da submissão a tratamento médico nos três anos anteriores à contratação, tendo sido respondido negativamente pelo segurado. 3. Ausência de comprovação de inveracidade da informação prestada pelo segurado, pois o quesito indagava acerca de doença em tratamento nos últimos três anos, não sobre toda e qualquer doença preexistente. 4. Ausência também de prova de que o segurado estivesse em tratamento no momento da contratação, sendo necessário distinguir tratamento médico e acompanhamento médico. 5. Ausência, outrossim, de evidência de má-fé do segurado, pois as condições de saúde deste não apontavam para a ocorrência do óbito no curso da contratação acessória, cuja finalidade era garantir o pagamento do saldo devedor do contrato principal de mútuo. 6. Aplicação ao caso da Súmula 609/STJ, segundo a qual: "a recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado". 7. Ilícitude da recusa de cobertura no caso concreto. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (RECURSO ESPECIAL Nº 1753222 – RS, RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO). (BRASIL, 2021a, m/d).

Nota-se, inclusive, que a matéria se encontra pacificada na Súmula 609 do STJ, *in verbis*: “a recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado.” (BRASIL, 2018a, m/d). Não

deve haver dúvidas de que é a operadora do plano de saúde que deve custear tais exames prévios, se assim desejar. É nítido, aqui, como o princípio da boa-fé leva a uma conclusão justa e equânime para a solução da divergência.

3.1.5 Função social do contrato. Art. 14 da Lei 9656/1998 e Tema 1032 (coparticipação)

Já se afirmou que o contrato gera direitos e deveres somente entre as partes contratantes, não favorecendo e nem prejudicando terceiros.

Nessa medida, o princípio da função social reforça essa afirmação: aos contratantes é vedado extrapolar a finalidade negocial a fim de prejudicar pessoas que não participaram da avença.

Enfatizando este aspecto, Silvio Rodrigues leciona (1979, p. 11):

Como ensina Messineo, o contrato exerce uma função e apresenta um conteúdo constante: o de ser o centro da vida dos negócios. É o instrumento prático que realiza o mister de harmonizar interesses não coincidentes [...] É ele o veículo da circulação da riqueza e, por conseguinte, só se pode concebê-lo, como instituição pura de direito privado, em regimes que admitem a propriedade individual.

Em palavras simples, significa que o contrato celebrado entre A e B não pode interferir na situação de C.

A função social encontra respaldo na Constituição Federal, como decorrência lógica dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV), e, de forma expressa, no art. 5º, inc. XXIII, que vincula o direito de propriedade à sua função social, e no art. 186, que disciplina a propriedade rural. (BRASIL, 1988). É o princípio da função social, assim, cláusula pétrea.

No âmbito da legislação ordinária, trata-se uma das inovações mais festejadas pela doutrina o fato de o Código Civil de 2002 fazer menção a ele no art. 421, que diz que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Quanto à origem do princípio da função social, divergem os estudiosos entre o movimento liberal do século XIX, como uma resposta ao individualismo que imperava à época, e a revolução iluminista do século XVIII, que culminou na desordem e no caos da Revolução Francesa.

Seja como for, é certo que, segundo alguns, ao mitigar tanto a autonomia privada como o *pacta sunt servanda*, o princípio da função social do contrato presta-

se como mecanismo de relativização dos contratos. Assim é que, para essa parcela da doutrina, a função social se subdivide em interna e externa nos seguintes termos:

A função social interna concerne à indispensável relação de cooperação entre os contratantes, por toda a vida da relação. Implica a necessidade de os participantes se identificarem como sujeitos de direitos fundamentais e titulares de igual dignidade. Assim, deverão colaborar mutuamente nos deveres de proteção, informação e lealdade contratual, pois a finalidade de ambos é idêntica: o adimplemento, da forma mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor. Nesse plano, a função social se converte em limite positivo e interno à estrutura contratual, impedindo a formação de uma relação de subordinação sobre a pessoa do devedor, o que implicaria a quebra de sua autonomia privada com reflexo em seus direitos da personalidade [...] Por outro ângulo, é sabido que os contratos interessam à sociedade. É inconcebível crer que, no momento atual, possam plagiar os oitocentistas, alegando que a relação contratual é *res inter alios acta* (ou seja, que apenas concerne às partes, e não a terceiros) [...] Daí a necessidade de oponibilidade externa dos contratos em desfavor dos interesses dos contratantes. Ou seja, é possível que os contratos satisfaçam os desígnios particulares dos contratantes, mas ofendam interesses metaindividuais – coletivos ou difusos [...] Em tais casos, a sociedade poderá intervir sobre as cláusulas contratuais ofensivas a direitos fundamentais [...] Em suma, a sociedade não pode se portar de modo a ignorar a existência de contratos firmados. (ROSENVALD, 2013, pp. 474-475).

Data vênia, essa não é a melhor lição.

Quanto ao caráter interno da função social dos contratos, insta lembrar que praticamente se confunde com o próprio princípio da boa-fé objetiva; além do mais, o só fato de o contratante, sujeito de direitos e obrigações, exercer a sua autonomia privada (ainda que para se *subordinar* ao outro), por si só não prejudica a coletividade, devendo, pois, a sua liberdade de contratar ser preservada.

Já quanto à função social externa – a cogitada pelo art. 421 do Código Civil –, é pretensão descabida (mesmo no tumultuado século XXI) que recaia sobre os contratos a função de proteger ou assegurar interesses metaindividuais, o que autorizaria um ente abstrato (ora denominado *sociedade*) a impugná-lo.

Não. A função social do contrato não é essa, mas, sim, dentro das normas e preceitos de ordem pública, a de fazer circular riqueza e satisfazer o interesse das partes – garantindo o desenvolvimento econômico e a geração de renda e de empregos.

O contrato não pode prejudicar terceiros por conta do princípio da relatividade dos contratos; se um indivíduo se sentir atingido pelos efeitos deletérios de determinado pacto do qual não participou, poderá ele (e não a sociedade) tomar as providências previstas no ordenamento jurídico a fim de sanar o prejuízo.

Enzo Roppo, inclusive, em sua obra clássica *O contrato*, a respeito da relação intrínseca do contrato com a circulação de riqueza, leciona que:

Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que *onde não há operação econômica, não pode haver também contrato*. Isto resulta claramente do próprio código civil, que no art. 1321.º, em sede de definição geral do conceito de contrato, o identifica com todo o <<acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial>>: a especificação introduzida com o adjetivo <<patrimonial>> vem justamente confirmar, com força de lei, que uma iniciativa que não se configure como operação econômica, não pode constituir matéria de um contrato, e que, portanto, o contrato opera exclusivamente na esfera do econômico [...] Muito simplesmente, pode dizer-se que existe operação econômica – e portanto possível matéria de contrato – onde existe circulação de riqueza, actual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (naturalmente, falando de <<riqueza>> não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as <<utilidades>> susceptíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam <<coisas>> em sentido próprio: nestes termos, até a promessa de fazer ou de não fazer qualquer coisa em benefício de alguém, representa, para o promissário, uma riqueza verdadeira e própria como adianta melhor se verá. (ROPPO, 1988, pp. 11-13) (grifos do autor).

No fundo, a tese segundo a qual a coletividade pode impugnar um acordo de vontades particular faz aumentar ainda mais a mão (in)visível de certos órgãos estatais ou organismos não governamentais, que se colocariam na condição de censores da autonomia privada, corolário da liberdade individual.

Do que disse, não se nota egoísmo ou mesmo uma defesa do sistema capitalista puro, que muito auxílio presta ao materialismo e ao cientificismo modernos. Cuida-se de tratar o princípio da função social do contrato dentro do contexto geral da Teoria Geral dos Contratos e, simultaneamente, garantir a liberdade individual dos contratantes – não irrestrita, mas condicionada à lei, aos princípios, aos bons costumes e à ordem pública. O caráter ético e moral é, sem dúvida, da essência da disciplina contratual.

Neste passo, é a lição de Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 41):

[...] a conceituação de função social do contrato não deve ser tão genérica que abranja tanto o comportamento interno dos contratantes entre si, como o comportamento externo deles, perante o meio social em que o negócio projeta seus efeitos. Não é que se deva minimizar a importância do princípio ético ou de inferiorizá-lo diante do princípio social. Ambos são imprescindíveis ao tratamento jurídico moderno do contrato. Cada um, porém, se instala em terreno próprio e bem limitado, até mesmo para que sua conceituação não se dissipe em excessiva generalidade, que não se presta, obviamente, para prestigiar a figura jurídica nem para emprestar-lhe maior utilidade prática.

E, a respeito da aventada função do contrato de promover a igualdade entre os contratantes, prossegue o mesmo doutrinador com o costumeiro brilhantismo:

O único e essencial *objetivo do contrato* é o de promover a circulação da riqueza, de modo que pressupõe sempre partes diferentes com interesses diversos e opostos. Para harmonizar interesses conflitantes, o contrato se dispõe a ser *útil* na definição de como aproximá-los e dar-lhes uma *saída negociada*. Nunca, todavia, o interesse do vendedor será igual ao do comprador, o do mutuante igual ao do mutuário, o do locador igual ao do locatário, o do empreiteiro igual ao do dono da obra e assim por diante [...] Daí a imprestabilidade da tese de que o contrato teria a função social de igualar os contratantes. Somente sendo diferentes e exercendo interesses opostos as pessoas praticarão o contrato, como instrumento naturalmente destinado à *função específica* de realizar a circulação dos bens patrimoniais entre pessoas diferentes e que atuam com objetivos distintos no relacionamento jurídico estabelecido. (THEODORO JÚNIOR, 2014, pp. 46-47).

No mesmo sentido, Enzo Roppo (1988, p. 54-55), em trecho digno de transcrição, ressalta uma interessante e amistosa relação entre o fascismo italiano e o nacional-socialismo, de um lado, e a mente daqueles que pensam o contrato como um instrumento de promoção do bem-estar social:

A história político-social do nosso país é caracterizada, no século em que vivem, por um fenómeno de grande importância, que orientou o seu curso de maneira peculiar, e cuja análise atenta é pressuposto indispensável da compreensão correcta dos sucessivos desenvolvimentos: o fenómeno do fascismo, o vinténio de ditadura fascista. Como qualquer fenómeno político-social, também o fascismo não deixou de reflectir-se no plano das estruturas jurídicas: tanto assim que foi objetivo explícito, e programa dos responsáveis do estado fascista, o de operar uma transformação radical de todo o ordenamento jurídico, que o tornasse conforme à ideologia oficial do regime e à organização das relações sociais e económicas, promovida por este. A questão que acima se assinalava consiste justamente em indagar se um tal objetivo e um tal programa surtiram actuação, pelo que concerne aos direitos dos contratos, se e em que medida o direito italiano dos contratos foi transformado, nos seus princípios inspiradores e em cada uma das regras que o compõem, pelo impacto com o fascismo. Uma questão que reveste para nós importância e actualidade tanto maior se se considerar que o código civil de 1942 foi redigido e entrou em vigor em pleno regime, e que, portanto, a disciplina geral dos contratos vigente é, quanto á sua génese histórica, de signo fascista. Mas, como se sabe, a experiência do fascismo não foi só italiana. Ela atingiu, em particular, também a sociedade alemã, o ordenamento jurídico e a cultura jurídica alemã (que naqueles anos, como se disse, exercia ainda sobre a nossa uma influência decisiva). E foi até na Alemanha que a ideologia nacional-socialista pareceu incidir mais profundamente (aparentemente muitas vezes subvertendo-os) sobre os princípios e sobre a inspiração de fundo que o direito dos contratos tinha recebido da tradição liberal. Já em 1933 se afirmava que a <<loucura do individualismo e do liberalismo de ora em diante não tem mais espaço no direito alemão>> (Hans Frank), e que a esta deve substituir-se a rígida subordinação da liberdade e da iniciativa autónoma do indivíduo às exigências e aos interesses da comunidade nacional (a comunidade dos alemães de raça ariana), e aos seus desígnios de potência e de domínio. A velha imagem do contrato, construída sobre a ideia de liberdade individual e de igualdade jurídica como reflexo da igualdade natural entre os homens, devia desaparecer: os homens (e os povos) são naturalmente desiguais, e

esta desigualdade entre <<superiores>> e <<inferiores>> deve ser sancionada pela lei (legislação racial); o contrato não pode ser expressão da liberdade do indivíduo e meio para a satisfação dos seus interesses particulares, mas deve constituir instrumento para a realização do <<bem comum>> da nação alemã; e aos juízes do *Reich* era confiada a tarefa de valorar- com amplíssima margem de discricionariedade – se cada contrato era conforme a um tal<<bem comum>>, que em concreto se resumia a se fazia coincidir com a vontade do *Führer*, elevada assim a suma critério de valoração jurídica (o chamado *Führerprinzip*): ficava assim prejudicado um outro ponto chave da civilização jurídica liberal, aquele que se resume no princípio da legalidade e no valor da certeza do direito.

Raramente se lê uma crítica tão profunda e contundente como essa nos manuais modernos. E, sobre o regime fascista, o pensador português Diogo Freitas do Amaral, em seu *História do pensamento político ocidental* (2011, p. 511), assim resume:

Que pressupostos ou condições ocorreram, em simultâneo, para abrir a porta ao fascismo? Três: fraqueza e impotência dos governos, crises económico-sociais que afectavam gravemente as condições de vida das classes médias e populares, e medo do perigo comunista. Foi o fascismo uma anomalia histórica e uma doença político-social? Claro que foi. Mas isso não o torna um fenómeno irrepetível: veja-se como, décadas depois, ele foi repetido – ponto por ponto, sem mexer numa vírgula – na América Latina. Será, ao menos um regime irrepetível na Europa do séc. 21: Esperemos sinceramente que sim. Mas, em matéria de sucessão de regimes políticos – como Platão, Aristóteles e Rousseau bem nos advertiram -, nada é impossível [...] Por isso, a defesa das democracias precisará sempre de governos estáveis e fortes, honestos, e que se revelem capazes de garantir boas condições de vida às classes médias e populares. Como lucidamente advertiu Aristóteles – há 25 séculos! –, a estabilidade das repúblicas (hoje, democracias) depende, essencialmente, quer do apoio das classes médias, quer da atenção dada à situação difícil e penosa dos maíoi pobres.

Por fim, apenas a título de curiosidade, quanto a ser inconcebível plagiar as lições oitocentistas – sem negar problemas reais quanto ao individualismo que prevalecia –, explica San Tiago Dantas (2004, pp. 8-9):

A política económica e social dos Estados democráticos, na época em que se formou o capitalismo industrial moderno, foi essencialmente individualista, e o direito privado fixou essa tendência em suas normas e institutos. A legislação teve em mira, naquele período, favorecer o dinamismo da sociedade, dando garantias e instrumentos à ascensão dos indivíduos, que se conseguiam impor ao meio social em regime de plena concorrência. O direito contratual, tal como se acha compendiado nas grandes codificações oitocentistas, foi um dos instrumentos jurídicos mais eficazes desse dinamismo, ao lado da reforma do direito de propriedade e do direito hereditário, a qual veio abolir privilégios das antigas classes dirigentes e romper os vínculos anteriores entre a propriedade do solo e o poder político. Uma nova classe de empresários e proprietários ascendeu à direção da sociedade, favorecida, entre outros fatores, pela eficácia e simplicidade das convenções pela suspensão de todos os entraves opostos no direito anterior ao livre jogo dos interesses económicos, desde a abolição das normas repressivas da usura e da lesão até a queda do formalismo.

Não deixa de causar espanto que, em pleno século XXI (que parece dar continuidade ao século anterior, o mais horrendo que a humanidade conheceu) haja quem, advogando em favor da igualdade e justiça social, acuse os homens dos séculos passados de serem egoístas e individualistas, negando a estes uma qualidade sequer.

Superadas essas anotações, a título de exemplo da aplicação do princípio da função social do contrato, mencione-se o art. 14 da Lei 9656/1998, pelo qual as operadoras de planos de saúde não podem recusar o serviço ao consumidor em razão da sua idade ou da condição de portador de deficiência. (BRASIL, 1998).

Em outras palavras, não cabe à operadora selecionar a faixa etária ou condição de saúde para fins de prestação do serviço. Mencione-se, ademais, que a Agência Nacional de Saúde (ANS) editou, em 2015, a Súmula Normativa nº 27 a esse respeito nos seguintes termos:

É vedada a prática de seleção de riscos pelas operadoras de plano de saúde na contratação de qualquer modalidade de plano privado de assistência à saúde. Nas contratações de planos coletivo empresarial ou coletivo por adesão, a vedação se aplica tanto à totalidade do grupo quanto a um ou alguns de seus membros. A vedação se aplica à contratação e exclusão de beneficiários. (ANS, 2015, m/d).

Caberá à operadora do serviço de assistência à saúde encontrar meios legalmente permitidos para compensar os supostos custos com participantes idosos ou acometidos com certas moléstias. Nesse sentido, nada impede, por exemplo, a prestação do serviço apenas para uma determinada faixa etária (pessoas acima de certa idade), preservando-se, assim, a liberdade econômica e a livre iniciativa.

Indiscutivelmente, pois, o art. 14 da Lei 9656/98 nada mais é do que o princípio da função social do contrato aplicado ao caso específico da prestação do serviço ao consumidor idoso ou portador de deficiência. Ainda que não houvesse tal dispositivo a conclusão não poderia ser outra, sob pena de tornar a situação dos mais necessitados ainda mais dramática.

Outra hipótese que merece destaque é a discussão acerca da legalidade ou não da cláusula contratual que estabelece a coparticipação. Argumenta-se que a cláusula que estabelece coparticipação do segurando após determinado período de internação é abusiva, pois implicaria, de forma indireta, a própria negativa do tratamento, o que, segundo alguns, contraria a finalidade do contrato de plano de assistência de saúde.

É bom ressaltar desde já que a Lei 9656/1998 autoriza a coparticipação do segurando:

Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:

[...]

Inc. VIII – a franquia, os limites financeiros ou o percentual de coparticipação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar ou odontológica. (BRASIL, 1998, m/d).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça o entendimento acerca da limitação pura e simples do prazo de internação encontra-se sumulado: “**Súmula 302**: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.” (SÃO PAULO, 2004, m/d).

Contudo, o mesmo STJ, nos autos do Recurso Especial nº 1.809.486-SP, de relatoria do Min. Marco Buzzi, em outubro de 2019, optou por afetar a matéria ao rito dos recursos repetitivos, a fim de definir se há abusividade na cláusula contratual de plano de saúde que estabelece o pagamento parcial pelo contratante, a título de coparticipação, na hipótese de internação hospitalar superior a 30 dias.

A decisão está assim ementada:

PROPOSTA DE AFETAÇÃO - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA EM REGRESSO - PLANO DE SAÚDE RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS - INTERNAÇÃO EM CLÍNICA PSIQUIÁTRICA - CONTROVÉRSIA ACERCA DA LEGALIDADE/ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA QUE ESTABELECE COPARTICIPAÇÃO APÓS O 30º DIA DE INTERNAÇÃO. 1. Delimitação da controvérsia: 1.1. Definição da tese alusiva à legalidade ou abusividade de cláusula contratual de plano de saúde que estabelece o pagamento parcial pelo contratante, a título de coparticipação, na hipótese de internação hospitalar superior a 30 dias decorrente de transtornos psiquiátricos. 2. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DO ART. 1.036 CPC/2015. (BRASIL, 2019b, m/d).

Não se questiona que muitas vezes o valor da internação pode comprometer o orçamento de uma família. Porém, quando se trata de contrato entre particulares, deve-se prestigiar a vontade das partes, que sabem mais do que ninguém a melhor forma de satisfazer seus interesses dentro de suas possibilidades. Além do mais, muito embora não se negue que a limitação contratual do tempo de internação implica na negativa parcial (porém lícita) do tratamento, o fato é que esta limitação serve de base tanto para a prestadora do serviço, que não pode se furtar ao dever de custeá-lo, como também para o consumidor, que paga preço proporcional ao serviço contratado.

Nota-se que a possibilidade de se contratar a coparticipação em determinadas ocasiões faz com que se mantenha o equilíbrio contratual necessário, de modo a permitir a boa gestão dos contratos e a qualidade dos serviços.

Ao impedir que a operadora do plano de saúde possa limitar o tempo de internação, mesmo com a cláusula de coparticipação, o Poder Judiciário está criando óbice não previsto na lei e encarecendo ainda mais este tipo de contrato – o que, em última análise, faz com que pessoas menos favorecidas não tenham acesso a ele.

Ao verificar essa realidade, apesar de a Súmula 302 ainda estar em vigor, o próprio STJ passou a mitigá-la em caso específico de contratação de coparticipação, afastando assim a alegada abusividade da cláusula contratual que limita o tempo de internação.

Conferir:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COMINATÓRIA. PLANOS DE SAÚDE. INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA. COPARTICIPAÇÃO. VALIDADE. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DAS TURMAS DE DIREITO PRIVADO. 1. O propósito recursal dos embargos de divergência consiste em determinar a interpretação que deve prevalecer na Segunda Seção acerca do art. 16, VIII, da Lei 9.656/98, em relação à cobrança de coparticipação nas internações psiquiátricas superiores a 30 dias por ano contratual. **2. Não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente contratada e informada ao consumidor, para a hipótese de internação superior a 30 (trinta) dias decorrentes de transtornos psiquiátricos, pois destinada à manutenção do equilíbrio entre as prestações e contraprestações que envolvem a gestão dos custos dos contratos de planos de saúde.** 3. Embargos de divergência conhecidos e providos." (EAREsp 793.323/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/10/2018, DJe 15/10/2018). (BRASIL, 2018d, m/d/). (grifos do autor)

Ainda:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 83/STJ. ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. APLICABILIDADE. INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA. PRAZO SUPERIOR A TRINTA DIAS. COPARTICIPAÇÃO. CLÁUSULA CONTRATUAL EXPRESSA. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. Consoante entendimento desta Corte, a Súmula 83 do STJ aplica-se aos recursos especiais interpostos com fundamento tanto na alínea "c" quanto na alínea "a" do permissivo constitucional. Precedentes. **2. 'O STJ pacificou entendimento no sentido de que não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente contratada e informada ao consumidor, para a hipótese de internação superior a 30 (trinta) dias decorrente de transtornos psiquiátricos, pois destinada à manutenção do equilíbrio entre as prestações e contraprestações que envolvem a verdadeira gestão de custos do contrato de plano de saúde.** Precedentes' (AgInt no AREsp 1.261.541/DF, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 2/8/2018, DJe 10/8/2018). 3. Agravo interno a que se

nega provimento." (AgInt no AREsp 1287341/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/11/2018, DJe 20/11/2018). (BRASIL, 2018e, m/d) (grifos do autor)

O Superior Tribunal de Justiça, nesse ponto, passou a prestigiar os princípios contratuais clássicos, dando conta de que nada adianta comprometer a gestão dos recursos financeiros da operadora do plano de assistência à saúde para prestigiar um ou poucos participantes. Esta é a melhor saída e a única que faz valer a liberdade contratual dos contratantes.

É digno de nota que o Tribunal de Justiça de São Paulo já vem seguindo a mesma orientação:

Apelação - Plano de saúde – Internação psiquiátrica – Coparticipação – Sentença de parcial procedência - Determinação de cobertura integral da internação – **Legalidade da cláusula que prevê a coparticipação do usuário em parte das despesas – Porcentagem definida – Ausência de abusividade – Entendimento do C. STJ no sentido de admissibilidade da cobrança de coparticipação – Sentença parcialmente reformada - Hígida a cláusula contratual que estabelece a coparticipação do Autor no custeio de 50% de seu tratamento a partir do 31º dia de internação - Sucumbência recíproca mantida – Recurso provido.** (TJSP; Apelação Cível 1062765-20.2019.8.26.0100; Relator (a): Luiz Antonio Costa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/06/2020; Data de Registro: 04/06/2020). (SÃO PAULO, 2020, m/d). (grifos do autor)

Neste acórdão, o Relator fez constar na fundamentação trecho que merece transcrição:

[...] Os julgados acima consignaram que a estipulação da coparticipação não se confunde com situações em que o contrato prevê restrição absoluta de cobertura, quando extrapolado o prazo contratado (Súmulas 302, do STJ e 92, deste Tribunal). Assim, o estabelecimento da coparticipação é perfeitamente possível e atende ao equilíbrio contratual, quando não há limitação do período de internação, mas apenas coparticipação do contratante em percentual estipulado, o que deve ser considerado perfeitamente razoável, considerando a possibilidade de prolongamento da internação da patologia em questão e o valor da contraprestação arcado pelo beneficiário, que deve refletir o equilíbrio econômico financeiro do contrato. No mais, consigno que não se deve reconhecer a abusividade de toda e qualquer cláusula contratual que o consumidor entende lhe seja desfavorável, devendo se observar o quanto disposto nos artigos 47 e 51, ambos do CDC, bem como o princípio da boa-fé [...] (SÃO PAULO, 2020, m/d).

Este entendimento privilegia a liberdade contratual e coaduna-se com a legislação em vigor, devendo, portanto, ser prestigiado.

3.2 HIPÓTESE DE REVISÃO DOS CONTRATOS PELO JUIZ. ARTIGO 15 E TEMAS 952 E 1016 DO STJ

Celebra-se um contrato na expectativa de que suas condições e cláusulas sejam integralmente cumpridas. Esse é o espírito que fundamenta o princípio da confiança entre os contratantes.

É possível, todavia, que se proceda ao distrato (472, CC), fazer constar no instrumento cláusula resolutiva expressa (art. 474 CC) ou resilir unilateralmente o contrato quando a outra parte não adimplir com sua obrigação (art. 476 do mesmo Código). (BRASIL, 2002).

Ocorre, porém, que há casos em que circunstâncias supervenientes acabam por alterar significativamente a situação fática que prevalecia quando da celebração do acordo.

É por isso que se defende a chamada cláusula *rebus sic stantibus*, implícita em todo contrato, que visa assegurar o necessário equilíbrio econômico das partes envolvidas e constitui o fundamento primeiro da teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva. A hipótese em muito se aproxima do caso fortuito ou força maior (outras causas de rescisão do contrato), mas a legislação lhe dá contornos específicos.

Lógico que as partes podem, em todos os casos, por meio de simples alteração das cláusulas, modificar o conteúdo do acordo. Mas isso nem sempre ocorre, e daí vem a questão de se saber quando o juiz pode substituir a vontade dos contratantes pela sua própria.

De início, vale lembrar lição do saudoso Washington de Barros Monteiro (1988, p. 10), que aduz:

A intervenção judicial só é autorizada, porém, nos casos mais graves e de alcance muito geral. Para que ela se legitime, amenizando o rigorismo contratual, necessária a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevistos, que tornem a prestação de uma das partes sumamente onerosa.

Portanto, não é qualquer desequilíbrio que pode ocasionar a revisão judicial do contrato, mas tão somente nos casos mais graves e excepcionais em que o desequilíbrio causado supera o quanto contratado pelas partes. A excepcionalidade da intervenção judicial reforça, assim, a predominância da obrigatoriedade do acordo.

O Código Civil dedica alguns dispositivos para o tema. No art. 317, inova-se com relação ao sistema anterior ao acolher expressamente a teoria da imprevisão:

Art. 317 Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível o valor real da prestação. (BRASIL, 2002, m/d).

Serpa Lopes (1963, pp. 110-111), a respeito do assunto, ensina que

A teoria jurídica da imprevisão tende a fazer admitir que, em toda matéria, a parte lesada por um contrato pode ser desligada de suas obrigações, quando acontecimentos extraordinários, escapando a qualquer previsão no momento do nascimento do contrato, lhe alteram tão profundamente a economia que se torna fora de qualquer dúvida que a parte não teria consentido em assumir a agravação do ônus dela resultante, se tivesse podido prever os acontecimentos posteriores determinadores dessa agravação [...].

Concorrendo os elementos previstos no dispositivo (motivos imprevisíveis e desproporção manifesta entre as prestações), o juiz poderá intervir para corrigir o contrato a fim de restabelecer o equilíbrio econômico entre as partes.

Porém, deve-se conjugar o art. 317 com o art. 478, do mesmo diploma legal, segundo o qual:

Art. 478 Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (BRASIL, 2002, m/d).

Note-se que aqui há a exigência de se tratar de contrato de execução continuada ou diferida, e com excessiva desvantagem para um (onerosidade excessiva) e extrema vantagem para o outro contratante, requisitos esses não exigidos no art. 317. Comprovados estes elementos, faculta-se ao devedor requerer judicialmente a resolução do contrato.

Caio Mário (1990, p. 108) traça interessante aspecto histórico acerca do tema, ressaltando o senso de justiça que predominava na Idade Média:

Com efeito, se o Direito Romano não transigia com os conceitos tradicionais, os juristas da Idade Média, atentando em que nos contratos de execução diferida o ambiente no momento da execução pode ser diverso do que existia no da celebração, sustentaram, acreditando-se fundados em um texto de Neratius, em torno da aplicação da *condictio causa data causa non secuta*, que o contrato devia ser cumprido no pressuposto de que se conservassem imutáveis as condições externas, mas que, se houvesse, alterações, a execução devia ser igualmente modificada: "*Contractus qui habent tractum sucessivum et dependantiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*". A teoria tornou-se conhecida como cláusula *rebus sic stantibus*, e consiste, resumidamente, em presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula, que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento

rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam na da celebração.

Ao que parece, o Código Civil poderia ter sido mais claro no tratamento do assunto em vez de positivar a teoria da imprevisão em dois artigos diferentes que, no fundo, geram mais incertezas que esclarecimentos.

A verdade é que o legislador ordinário acolheu posição já admitida na jurisprudência, por ser medida de justiça contratual que se exija, como implícita a todos os contratos, a *cláusula rebus sic stantibus*.

Porém, a redação de ambos os artigos deixou a desejar, agravando assim a insegurança jurídica no direito contratual, abrindo-se a possibilidade de que contratos venham a ser modificados ou resolvidos judicialmente sem a devida cautela.

Nas relações consumeristas, por seu turno, cabe mencionar que o art. 6º, inc. V, do CDC, dispõe que é direito do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. (BRASIL, 1990b, m/d).

Atente-se que tal proteção ao consumidor está condicionada somente à prova da desproporcionalidade das prestações ou à superveniência de fatos que as tornem excessivamente onerosas.

Não se deve, contudo, interpretar tal dispositivo de maneira isolada, como se ao consumidor fosse dada a possibilidade de modificar ou revisar o contrato sempre que entender estar diante de um contrato abusivo. Não é essa, contudo, a melhor interpretação do artigo em comento, considerando principalmente o valor intrínseco da segurança jurídica, intimamente ligado ao senso de justiça, que há de ser preservado

Dessa forma, ao direito do consumidor de modificar ou revisar a avença corresponde o direito do fornecedor de, na impossibilidade de se manter em vigor o pacto, invalidá-lo sempre que da nulidade - parcial ou total - do negócio decorrer ônus excessivo para ele. É o que consta do art. 51, §2º, do CDC.

Nesse sentido:

[...] O Código de Defesa do Consumidor não despreza o princípio da segurança jurídica em matéria de contrato. Pelo contrário, valoriza-o, pois, mesmo quando comina a pena de nulidade absoluta para as cláusulas

abusivas, o faz sob a inspiração da ideia de “manutenção do vínculo” (art. 51, §2º). Ou seja, não havendo onerosidade excessiva para nenhuma das partes, após a extirpação da cláusula nula e a integração do ajuste nas regras do direito positivo, o Código do Consumidor determina ‘a manutenção das relações no tempo, apesar da nulidade de cláusulas e eventuais quebras da base do negócio. A tendência de continuidade do vínculo no tempo é uma das características do CDC, de forma a realizar não só as expectativas legítimas do consumidor quanto ao ideal de equilíbrio (justiça) contratual. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 14).

Ou seja, a possibilidade de revisão judicial dos contratos, mesmo aqueles submetidos ao regime consumerista, além de excepcional, deve sempre prestigiar o equilíbrio das prestações, sem dar margem para abusos para qualquer das partes. Logo, exemplificando, é correta a tese segundo a qual, sobrevindo decisão judicial determinando à operadora do plano de saúde que custeie tratamento não contratado pelo aderente, possa ela, posteriormente, vir a cobrar o valor do procedimento (inclusive mediante aditamento contratual) a fim de manter-se o equilíbrio das prestações, prestigiando assim a continuidade do contrato e, ao mesmo tempo, coibindo-se o enriquecimento sem causa do consumidor. Há de se reconhecer a ilegitimidade de decisões judiciais que impõem obrigações não pactuadas às operadoras, muitas vezes aplicando a estas regime jurídico próprio do sistema público de saúde.

Pois bem, exemplo conhecido de revisão judicial nos contratos de plano de saúde ocorreu quando da discussão acerca da aplicação do art. 15 da Lei 9656/1998, que diz que a variação das contraprestações pecuniárias em razão da idade do consumidor somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. (BRASIL, 1998).

Sem dúvida, trata-se de um dos mais polêmicos artigos da Lei. O assunto foi objeto, no Superior Tribunal de Justiça, do Tema 952²³, no qual se discutiu a validade da cláusula contratual de plano de saúde que prevê o aumento da mensalidade conforme a mudança de faixa etária do usuário.

Além de se vislumbrar, na hipótese, possível caráter abusivo da cláusula contratual que venha a permitir o aumento automático da mensalidade em razão da faixa etária do aderente ao plano de saúde, outro argumento invocado encontra

²³ Conforme se pode verificar em sítio: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=1&i=952&tt=T>. Acesso em: 30 nov. 2021.

respaldo no Estatuto do Idoso (Lei 10741/2003), que proíbe, expressamente, tratamento discriminatório (inclusive mediante cobrança de valores diferenciados) por parte de planos de saúde para as pessoas idosas (art. 15, §3º). (BRASIL, 2003).

Ao final do debate, no entanto, firmou-se entendimento no sentido de que o reajuste de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.²⁴

Quanto ao direito intertemporal, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (acórdão publicado no DJe de 19/12/2016) que: a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9656/98, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS; b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos; c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância: (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.²⁵

Bem analisando a questão, nota-se que a conclusão a que se chegou representa exatamente o quanto previsto na Lei. A exigência tanto de haver previsão

²⁴ Conforme se pode verificar em sítio: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=1&i=952&tt=T>. Acesso em: 30 nov. 2021.

²⁵ Idem.

contratual para o aumento da mensalidade em razão da mudança de faixa etária como que sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais competentes é lógica e óbvia.

Quanto ao último aspecto, porém, algumas considerações são necessárias. Ao mencionar que não devem ser utilizados percentuais desarrazoados ou aleatórios e sem base atuarial idônea, o STJ acabou por criar nova celeuma no universo jurídico, qual seja, a de se saber a quem compete a prova de tais circunstâncias.

A questão é objeto do Tema 1016 (ainda sem tese firmada)²⁶, em que se discute tanto a validade de cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária como o ônus da prova da base atuarial do reajuste.

Ao que tudo indica, tratando-se de prova que somente a operadora do plano de saúde tem condições de produzir, melhor que o ônus probatório seja dela, sob pena de obrigar o participante a produzir prova impossível ou muito custosa.

Ademais, quando do julgamento do REsp 1.568.244/RJ (Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva), o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o reajuste por faixa etária encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, segundo o qual os participantes de pouca idade devem suportar os custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do *community rating* modificado). (BRASIL, 2016). De toda forma, aguarda-se o julgamento desde 10 de junho de 2019.

3.3 DIRIGISMO CONTRATUAL. ARTIGO 16 DA LEI 9656/1998 E SÚMULAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Contrato é acordo de vontades que repercute na esfera jurídica de duas ou mais pessoas, criando direitos e deveres recíprocos.

Contudo, intensificou-se há algumas décadas a tendência de permitir que o Estado, seja por meio de leis, normas infralegais ou por decisões judiciais, limite e imponha rígidos contornos na liberdade contratual das pessoas.

²⁶ Conforme se pode verificar em sítio: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1016&cod_tema_final=1016>. Acesso em: 30 nov. 2021.

Essa alegada evolução no mundo dos contratos não passou despercebida pela doutrina civilista. Anota Arnaldo Wald (2006, p. 189) que:

O dirigismo contratual diminuiu e restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar (salário mínimo, tabelamento de gênero, fixação de percentagens de juros). O contrato passou assim a ter um conteúdo de direito público, decorrente da lei, podendo alcançar até pessoas que nele não foram partes, como ocorre na convenção coletiva de trabalho.

Maria Helena Diniz (2007, pp. 26-27), por sua vez, avança, justificando a intervenção estatal como forma de amparar o fraco contra o forte nos seguintes termos:

O Estado intervém no contrato, não se mediante a aplicação de normas de ordem pública (RT, 516:150), mas também com a adoção de revisão judicial dos contratos, alterando-os, estabelecendo-lhes condições de execução, ou mesmo exonerando a parte lesada, conforme as circunstâncias, fundando-se em princípios de boa-fé e de supremacia do interesse público, no amparo do fraco contra o forte, hipótese em que a vontade estatal substitui a dos contratantes, valendo a sentença como se fosse declaração volitiva do interessado.

Também Cláudia Lima Marques ensina que²⁷

O incremento da vida contratual, a massificação dos contratos, que passaram a ser pré-elaborados unilateralmente pelas empresas e pelo Estado, a concentração de capitais e da força econômica, os monopólios e o crescimento dos serviços na nova sociedade de consumo, levaram a um desequilíbrio marcante nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores, exigindo uma ação protetora do Estado para com os parceiros contratuais mais fracos e vulneráveis.

Como se nota, justifica-se o dirigismo na necessidade de se promover a igualdade e a justiça contratuais. Daí a razão de ser, segundo alguns, da intervenção estatal: coibir abusos do mais forte e assegurar que a coletividade não sofra prejuízos decorrentes da manifestação de vontade de particulares.

Orlando Gomes (1979, p. 18), por exemplo, já na década de 1970, escrevia:

Sucede, porém, que o fenômeno da contratação evoluiu ao ponto de alterar profundamente esse quadro conceitual. O movimento evolutivo não se caracteriza unicamente pelo aparecimento de numerosas *inovações técnicas*, nem pela consagração em princípios jurídicos de suspeitas motivações para justificar a direção e o controle da economia pela Estado. Dirige-se no sentido de uma reconstrução do próprio sistema contratual orientada no sentido de libertar o conceito de contrato da idéia de autonomia privada e admitir que, além da vontade das partes, outras fontes lhe integram o conteúdo. A nova concepção atenta para o dado novo de que, em virtude da política interventiva do Estado hodierno, o contrato, quando instrumenta relações entre pessoas pertencentes a categorias

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 589-190. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

sociais antagônicas, ajusta-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes.

E Caio Mário (1990, p. 19), acerca da forma como se dá a intervenção estatal, acrescenta:

A idéia intervencionista ganha corpo e tinge três aspectos principais: A – Às vezes o legislador *impõe a contratação* [...]. B – Outras vezes institui *cláusula coercitiva*, definindo direitos e deveres dos contratantes, em termos insuscetíveis de derrogação, sob pena de nulidade ou punição criminal [...]. C – Em outros casos, concede a lei ao juiz a faculdade de rever o contrato, e estabelecer condições de execução [...], caso em que a vontade estatal substitui a vontade dos contratantes, valendo a sentença como se fosse a declaração volitiva do interessado.

Realmente, tal como a família e a religião são as grandes forças contra a formação de estados totalitários, a concepção clássica dos contratos (sobretudo os princípios e valores que representa) vai de encontro com a ideia de intervenção estatal como mecanismo de promoção da igualdade e justiça social.

Vale lembrar, nesse ponto, que a autonomia da vontade já encontra limites na lei, nas cláusulas gerais, na ordem pública e na moral e nos bons costumes, de sorte que é extremamente delicado admitir-se a regulação estatal quanto ao conteúdo mesmo dos contratos.

Assim, ao que tudo indica, não há na legislação consumerista fundamento jurídico para uma radical mudança de paradigmas do direito contratual que justifique uma revisão dos princípios gerais do direito contratual ou – o que é ainda pior – uma atuação mais contundente e criteriosa do julgador sobre a manifestação de vontade dos contratantes.

Ainda que se reconheça, por um lado, a realidade da massificação dos contratos e um notório desequilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, por outro, há de se reconhecer que a vida em sociedade nos tempos atuais, que proporciona o acesso aos mais variados bens e serviços, fornecidos e prestados por diversas empresas em regime de concorrência, a um número inimaginável de consumidoras de todas as classes sociais, requer que a contratação seja célere e, dentro do possível, padronizada.

E, em que pese certos contratempos e abusos (praticados por ambos os polos da relação contratual), fato é que a assim chamada massificação dos contratos não prejudicou os consumidores, já que os benefícios finais (tanto em termos de qualidade, de oferta de produtos e também em termos de custo) superaram os prejuízos.

Repita-se, novamente, que aqui não se está a defender pura e cegamente o modelo econômico liberal, que é exageradamente racionalista, embora responda de modo mais satisfatório acerca do modo de produção mais benéfico para a sociedade. Exige-se algo a mais, pois, conforme adverte Pontes de Miranda (2002, p. 665):

Se o homem fosse bom e somente bom, a economia liberal pura seria o ideal em Estados que também fossem asseguradores das liberdades individuais. A igualdade viria aos poucos, em ritmo certo. Mas a economia liberal sofre com a tendência primitiva do homem a transformar a produção em poder: ora deixa de adotar o caminho A, no sentido da evolução, porque o caminho B é o mais favorável ao dono da produção (rende-lhe mais); ora conspira contra si mesma (dentro do sistema da livre concorrência impõe a não concorrência).

Em que pese não haver, na natureza humana, essa aventada tendência para mal, o que se está a afirmar é que a busca eterna e incessante de muitos governos por igualdade e justiça social não vem produzindo bons resultados. O dirigismo contratual não é – e nunca foi – a solução para os problemas dos contratos privados e para a economia de forma geral. Pelo contrário: ele é parte significativa do problema.

É melhor e mais saudável, portanto, que se busque acrescentar ao racionalismo do modelo liberal boa dose de elemento moral e ético, expressos nos valores religiosos que formam a base de sustentação da civilização ocidental (ou do que sobrou dela). Outra questão importante e pouco comentada é a seguinte: o dirigismo estatal, cada vez mais presente, não conflitaria com os princípios constitucionais da livre concorrência (art. 170, CF) e da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF)? Parece que sim, mas esta discussão não cabe no escopo deste trabalho.

Vale ressaltar que o alerta sobre os riscos do dirigismo contratual já era feito por civilistas do século XIX (ou mesmo antes). Por todos, confira-se a lição do francês Georges Ripert que, em obra de indispensável leitura, afirmou:

O Código Civil decide que o contrato vale como lei (art. 1134), visto que admite a livre criação dos direitos subjectivos pela vontade do homem e reconhece a utilidade desta criação. A autonomia da vontade aparece, pelo contrário, sem defesa possível, se os direitos individuais são unicamente dados ao homem para cumprir a sua função social; não devem existir mais que situações jurídicas contractuais, de origem controlada, e incessantemente modificadas para se manterem conforme ao interesse geral. O nosso século repele a teoria filosófica da autonomia da vontade, que aparece apenas como a manifestação dum individualismo antiquado [...] Mas, na verdade, é no declínio da liberdade contractual que o espírito se interroga sobre o fundamento da força obrigatória do contrato. A obra prática precedeu a meditação filosófica. Quando se procura saber que idéia pôde servir para defender a força da vontade, é já demasiado tarde; esvaiu-

se a crença nesta força e, ainda que se encontrassem razões para a ressuscitar, o contracto sai desta discussão tão profundamente diminuído que nada póde restituir-lhe a força primitiva [...] A crítica da força contractual infiltrou-se sorrateiramente no direito e, como acontece muitas vezes, começou por utilizar para os seus fins as regras técnicas tradicionais [...] Eis agora uma idéia nova. O Estado intervém, não para proteger as vontades dos contractantes, mas para as destruir, porque julga que essas manifestações de vontades individuais são funestas para o interesse geral. (RIPERT, 1937, pp. 271-274).

Dessa forma, pertinente a advertência de outro grande defensor dos ideais liberais, em obra consagrada escrita em meados do século XX, mas que permanece atual:

É duvidoso que, na fase atual, tenha grande utilidade apresentar um plano detalhado de uma nova ordem da sociedade – ou que alguém seja competente para fazê-lo. O importante, agora, é que teremos de encontrar um consenso em torno de certos princípios e de nos libertar de alguns erros que pautaram a nossa conduta nas últimas décadas [...] Agora, é mais importante remover os obstáculos com que a insensatez humana obstruiu o nosso caminho e liberar a energia criadora dos indivíduos, do que inventar novos mecanismos para “guiá-los” e “dirigi-los” – criar condições favoráveis ao progresso, ao invés de “planejar o progresso” [...] Não nos tornaremos mais sábios enquanto não aprendermos que muito do que fizemos era pura tolice. (VON HAYEK, 1990, p. 213).

Contudo, um dos grandes desafios do mundo moderno talvez seja fixar um limite aceitável para a intervenção estatal na economia e nos negócios privados. Como acima se disse, o modelo liberal puro também se mostrou insuficiente para lidar e resolver questões extremamente delicadas para se atingir o bem comum.

No caso dos contratos de plano de saúde, o art. 16 da Lei 9656/1998 prevê os requisitos essenciais que devem estar presentes em todos os pactos, dentre os quais se destacam (1) as condições de admissão, (2) o início da vigência, (3) os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames, (4) as faixas etárias e os percentuais de variação das contraprestações, (5) as condições de perda da qualidade de beneficiário, (6) os eventos cobertos e excluídos e assim por diante. (BRASIL, 1998).

Importam aqui os números 3 e 6.

Quanto ao período de carência, ressalte-se que a jurisprudência caminha no sentido de afirmar a abusividade da negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de estar em curso período de carência que não seja o prazo de 24h estabelecimento da Lei 9656/98 (Súmula 103 do Tribunal de Justiça de São Paulo). (SÃO PAULO, 2013).

Aliás, outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cristalizado no enunciado da Súmula 597, segundo o qual, a cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação. (BRASIL, 2017a).

Este entendimento, vale dizer, está em consonância com o previsto no art. 35-C da Lei 9656/98, que obriga a cobertura do atendimento aos casos de emergência, como tais entendidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente (inc. I); de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional (inc. II); e de planejamento familiar (inc. III). (BRASIL, 1998).

Sobre a previsão expressa no contrato dos eventos cobertos e excluídos, é bom salientar que a Agência Nacional de Saúde editou o documento denominado Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, determinando a cobertura mínima que toda operadora de plano de saúde deve disponibilizar. (ANS, 2021a).

Fora desse rol (bem como de outras eventuais restrições legais), poderá a operadora discriminar os eventos que estão excluídos de cobertura, sem que isso configure subsegmentação, que é vedada.

A jurisprudência, contudo, impõe uma série de outras limitações à exclusão de cobertura, de que são exemplos os seguintes enunciados de Súmulas do Tribunal de Justiça de São Paulo, que bem indicam a linha interpretativa majoritária da Lei 9656/98:

Súmula 93: A implantação de “*stent*” é ato inerente à cirurgia cardíaca/vascular, sendo abusiva a negativa de sua cobertura, ainda que o contrato seja anterior à Lei 9.656/98.

Súmula 95: Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico.

Súmula 96: Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento.

Súmula 97: Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica.

Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS. (SÃO PAULO, s/d, m/d).

Os enunciados 93, 95, 96 e 97 comportam análise conjunta. Em síntese, entende o Tribunal que um tratamento inerente ou complementar também deve ter assegurada a cobertura pelo plano. De fato, essa interpretação deve mesmo prevalecer, sobretudo porque a operadora tem o dever de custear todo o procedimento necessário para a integral convalescença da moléstia.

Nesse sentido, inclusive, é o teor do art. 35-F da Lei, que reafirma que a assistência à saúde compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos da lei e do contrato firmado entre as partes. (BRASIL, 1998).

Em acréscimo, porém, ao enunciado 95, deve-se notar que a indicação médica, por si só, não deve bastar para obrigar a operadora ao fornecimento do tratamento. Outros requisitos devem ser exigidos, tais como estar o participante quite com suas obrigações contratuais, a prova de que o tratamento se encontra no Rol dos Procedimentos e Eventos em Saúde e ser o médico que prescreveu o tratamento conveniado da operadora do plano de saúde (conforme Decreto 7508/2011)²⁸.

Já o enunciado 102 impõe à operadora do plano de saúde o dever de fornecer tratamento, ainda que experimental e sem eficácia científica e segurança comprovadas pelos órgãos competentes, bastando para tanto que exista indicação médica. Contudo, tal entendimento está superado diante dos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceram o rol da ANS como sendo taxativo, ressalvadas algumas exceções, conforme explicado acima. Ora, de fato, pretender obrigar as operadoras de plano de saúde a custearem tratamentos que estão fora do rol de procedimentos da ANS é o mesmo que tornar letra as competências legais dessa relevante Agência e o contrato firmado entre as partes; é permitir abuso de toda ordem por parte de alguns participantes, que contratam planos mais simples e exigem tratamentos extremamente custosos; é, por fim, subverter a lógica do regime

²⁸ Segundo o art. 28 do Decreto 7.508/2.011, que regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências: O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente: I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS. (BRASIL, 2011, m/d).

jurídico contratual, que deve subordinar-se às leis e às regulamentações administrativas.

O Rol dos Procedimentos da ANS – vale mencionar – é revisado periodicamente por profissionais técnicos especializados e capacitados, de modo que o trabalho dessas pessoas não pode estar subordinado a celeumas e abstrações jurídicas.

Diante de tais enunciados optou o Brasil por adotar um modelo particular para o contrato de plano de saúde, indiscutivelmente um contrato de adesão (em que o fornecedor, de forma unilateral, impõe as cláusulas contratuais ao consumidor), mas com elevadíssimo dirigismo contratual. É por esse motivo que o contrato de plano de saúde comportaria, mesmo, uma classificação à parte, não podendo ser tratado como um contrato por adesão como tantos outros.

O intervencionismo estatal (seja por leis, atos normativos e julgados dos tribunais) impacta a relação jurídica de forma direta, com reflexos nos preços e na qualidade da prestação dos serviços, com consequências relevantes na dinâmica da relação entre os consumidores e os fornecedores.

CONCLUSÃO

Do acima exposto, conclui-se:

1 – O direito à saúde, tal como o compreendemos atualmente, é fruto de uma lenta e progressiva evolução, com valiosas contribuições do Egito antigo, do Império Romano e, principalmente, da Igreja Católica.

2 – O Estado bem-estar social, ineficaz e extremamente custoso, não atingiu os objetivos almejados na prestação do serviço de saúde, fazendo-se necessária uma revisão do modelo adotado.

3 – Dentre as opções disponíveis, a saída socialista/comunista já se mostrou fracassada sob todos os aspectos, sobretudo por ignorar a essência natural do ser humano; o liberalismo puro, de seu turno, ao afastar-se de valores morais e aproximar-se de visões utilitaristas, também não satisfaz a contento aos anseios sociais; a visão católica acerca da economia de mercado, porém, bem desenvolvida pela Doutrina Social da Igreja, representa o ponto de equilíbrio entre o indivíduo e a atividade estatal, bem como mais coerente com o conteúdo do princípio da dignidade humana.

4 – O resgate do direito natural tomista, grande expoente da Escolástica, e a superação do positivismo jurídico, exageradamente materialista, é medida de rigor.

5 – Também se faz imprescindível uma mudança de paradigma, a fim de que o direito à saúde seja encarado como um direito de acesso aos serviços públicos de saúde, que devem ser prestados de acordo com a capacidade de cada ente estatal.

6 – Em consequência, na seara jurídica, o entendimento sobre haver direito público subjetivo à saúde, que faz com que cada membro da sociedade seja como que um proprietário de parcela do orçamento público, deve ser substituído pela noção de justo subjetivo, no qual todos têm acesso igualitário (sem privilégios) às políticas públicas as quais o Estado tem condições de fornecer.

7 – No campo da saúde complementar, em que empresas prestam o serviço assistencial de saúde em regime de livre concorrência, é certa a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana (eficácia horizontal dos direitos humanos).

8 – Quanto aos contratos, o conceito, a classificação e o método de interpretação devem ser aqueles que sobreviveram ao teste do tempo e que ainda se mostram atuais.

9 – As recentes lições de renomados civilistas, que advogam a tese segundo a qual o antigo modelo contratual era exageradamente individualista e egoísta, devem ser rejeitadas, seja porque tal conclusão não corresponde à realidade, seja porque tal doutrina é nitidamente influenciada por ideologias (ou culturas) coletivistas, que visam a tudo relativizar, a fim de enfraquecer a autonomia e a liberdade dos contratantes.

10 – Especificamente quanto à aplicação da Lei 9656/98, em razão do seu objeto e de suas especificidades, inquestionável a aplicação do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-lei nº 4657 de 1942), segundo o qual: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, o que não é o mesmo que conceder ao julgador uma espécie de carta branca para decidir conforme seus desejos.

11 – Ainda dentro da LINDB, se de um lado o art. 20 veda decisões fundadas em interpretações vagas e abstratas, também não autoriza o juiz a definir, subjetivamente, quais as consequências concretas de suas decisões. A teoria do consequentialismo jurídico não tem cabimento.

12 – O contrato de plano de saúde classifica-se em: típico, consensual, oneroso quanto ao objeto, bilateral quanto aos efeitos, comutativo, de execução sucessiva, individual ou coletivo (conforme o caso - Resolução Normativa – ANS nº 195 de 2009) e de adesão.

13 – Inequivocamente, incide o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) nos contratos de plano de saúde.

14 – Quanto ao CDC, este deve ser interpretado de forma a favorecer o consumidor e o fornecedor que agem de forma leal, respeitando a boa-fé, não podendo ser utilizado como instrumento jurídico para beneficiar o mau contratante.

15 – Ainda, não tem razão a doutrina que prega ter o CDC mitigado os princípios tradicionais do direito contratual, pois estes são plenamente conciliáveis com as disposições daquele diploma legal e encontram fundamento, também, no art. 170 da Constituição Federal.

16 – O contrato de plano de saúde deve ser interpretado de acordo com as normas previstas tanto no Código Civil como no Código de Defesa do Consumidor, sem prejuízo dos valiosos ensinamentos doutrinários sobre o tema, sendo certo que

o art. 47 do CDC há de ser aplicado de forma a favorecer o consumidor que age de boa-fé, assegurando assim as suas justas expectativas.

17 – Os princípios jurídicos (dentre os quais se inserem os princípios clássicos do direito contratual) são inspirados pelo direito natural. Logo, mostram-se justas e corretas as críticas elaboradas contra a teoria da argumentação (Alexy).

18 – A autonomia da vontade é expressão da liberdade individual (portanto, cláusula pétrea), limitada, como não poderia deixar de ser, pela lei, pelos princípios e cláusulas gerais e pelos bons costumes. É um equívoco afirmar que a autonomia individual está condicionada ou limitada pelos interesses da coletividade, pois ambos os interesses são plenamente conciliáveis.

19 – Exemplo de limitação legal à autonomia da vontade é a vedação quanto à rescisão unilateral por parte da operadora do plano de saúde individual ou familiar. Disso decorre a afirmação segundo a qual não se presume a rescisão do contrato, que há de ser feita de forma expressa, como decorrência do dever de informação, imposto a ambas as partes.

20 - A possibilidade de rescisão, por parte da operadora, do contrato de plano de saúde coletivo empresarial com *menos de 30 (trinta) beneficiários*, requer motivação idônea, como forma de conciliar tanto a autonomia da vontade da prestadora do serviço como as justas expectativas dos beneficiários do contrato. Além disso, exige-se o decurso mínimo de 12 (doze) meses de vigência do contrato e prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias. Tratando-se de plano assistencial coletivo com mais de 30 (trinta) beneficiários, o STJ firmou entendimento semelhante, afastando apenas a necessidade de motivação idônea das razões que levaram a operadora a rescindir o contrato. Contudo, a possibilidade de rescisão unilateral do contrato pela operadora é excepcionada enquanto pendente tratamento médico de beneficiário acometido de doença grave. Conferir Temas 1047 e 1082 do STJ.

21 – O princípio da obrigatoriedade dos contratos significa que, uma vez firmado o acordo de vontades, as partes vinculam-se ao quanto contratado, assegurando assim a estabilidade e previsibilidade das avenças, diretamente ligadas à segurança jurídica que se almeja no universo dos negócios. Tal postulado encontra limites nas cláusulas gerais, na ordem pública e nas hipóteses de caso fortuito e força maior.

22 – Como decorrência da obrigatoriedade dos contratos, segue que a operadora do plano de saúde tem o dever de cobrir eventos danosos à saúde do participante de forma plena e integral. Exemplo disso é a obrigatoriedade de cobertura, pelo plano de saúde, de cirurgias plásticas em pacientes pós-cirurgia bariátrica, desde que haja nexo causal entre uma e outra, tendo em vista seu caráter reformador e funcional (não estético). Conferir Tema 1069 do STJ.

23 – Outra discussão que envolve o princípio da obrigatoriedade dos contratos tem que ver com a obrigatoriedade ou não do plano em custear cirurgia de alteração de sexo. Cuida-se de procedimento não previsto no rol da ANS (Resolução Normativa - ANS nº 465). Logo, salvo se houver expressa previsão contratual, inviável exigir-se tal pretensão da operadora.

24 – O princípio da supremacia do interesse público relaciona-se com o próprio objetivo do Direito, qual seja, o de servir ao bem comum com justiça. Regra geral, os interesses dos contratantes coincidem com o interesse geral, sendo erro grosseiro colocá-los como antagônicos.

25 – Por conta da supremacia do interesse público, inclusive, é que o fornecimento de todo e qualquer medicamento, em regra, deva estar registrado na Anvisa, como forma de se certificar a segurança e a eficácia do fármaco. No âmbito do Sistema Único de Saúde, na falta de registro, em regra, o STF fixou entendimento segundo o qual o Estado está impedido de fornecer o fármaco (RE 657.718/MG, Rel. Min. Marco Aurélio). Com relação às operadoras do plano de saúde, idem, conforme julgados do STJ (REsp nº 1.726.563/SP e 1.712.163/SP, em sede de recurso repetitivo, Rel. Min. Moura Ribeiro).

26 – Situação bem diferente é quanto ao medicamento ou tratamento *off label*, ou seja, aquele que possui registro na Anvisa mas que também pode ser utilizado para o tratamento de doença diversa daquela prevista na bula. Aqui, o dever de a operadora do plano de saúde fornecer o tratamento ou o fármaco é de rigor.

27 - O princípio da boa-fé pode ser entendido tanto como uma norma de conduta (boa-fé subjetiva), que leva em conta a intenção íntima do contratante, bem como norma de comportamento da realidade que cerca o agente (boa-fé objetiva), que exige das partes que respeitem os deveres anexos ao contrato (dever de informar, de agir com honestidade etc.).

28 – O princípio da boa-fé dá suporte ao art. 11 da Lei 9656/98, que veda a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data da contratação após decorridos 24 meses de vigência do contrato, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário. Daí a relevância de exigir-se do consumidor a realização de exames prévios à contratação.

29 – De acordo com o princípio da função social dos contratos, que encontra previsão expressa inclusive na Constituição Federal, aos contratantes é vedado extrapolar a finalidade negocial a fim de prejudicar pessoas que não participaram da avença.

30 – Exemplificando, o princípio da função social dos contratos relaciona-se com o art. 14 da Lei 9656/98, pelo qual as operadoras de planos de saúde não podem recusar o serviço ao consumidor em razão da sua idade ou da condição de portador de deficiência.

31 - Outra hipótese que merece destaque é a possibilidade de se estabelecer contratualmente a coparticipação do beneficiário, na hipótese de internação hospitalar superior a 30 dias. Tal conclusão acabou por mitigar o conteúdo da Súmula 302 do STJ. Conferir Tema 1032 do STJ.

32 – Com relação à possibilidade de revisão judicial dos contratos, deve-se ter em mente que não é qualquer desequilíbrio que pode ocasioná-la, mas tão somente casos mais graves e excepcionais em que o desequilíbrio causado supera o quanto contratado pelas partes. A interferência do juiz no pacto deve ser, portanto, excepcional.

33 – A cláusula geral *rebus sic stantibus* não deve ser confundida com o risco inerente a toda negociação, sendo certo que o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor não pode ser aplicado de maneira isolada do sistema contratual. A segurança jurídica há de ser preservada, e ao direito do consumidor de modificar ou revisar a avença corresponde o direito do fornecedor de, na impossibilidade de se manter em vigor o contrato, invalidá-lo sempre que da nulidade de uma cláusula decorrer ônus excessivo para ele (conforme art. 51, §2º, CDC).

34 – A possibilidade de revisão judicial dos contratos fez com que o Poder Judiciário fixasse critérios para o reajuste de plano individual ou familiar fundado na faixa etária do beneficiário, sendo eles: (i) haja previsão contratual; (ii) sejam

observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores; e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso. A rigor, no caso, o Judiciário limitou-se validar o quanto já estava prevista em lei. Conferir Tema 952 do STJ.

35 – Quanto ao terceiro critério, tratando-se de prova que somente a operadora do plano de saúde tem condições de produzir, melhor que o ônus probatório seja dela. Ademais, o reajuste por faixa etária encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, segundo o qual os de mais tenra idade devem suportar os custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do *community rating* modificado). Conferir Tema 1016 do STJ.

36 – O dirigismo contratual não é a solução para as várias controvérsias oriundas dos negócios privados. É melhor e mais saudável que se busque acrescentar ao racionalismo do modelo liberal também boa dose de elemento moral e ético, fornecido, principalmente, pelos valores religiosos que formam a base de sustentação da civilização ocidental (ou do que sobrou dela).

37 – Não se nega, porém, a necessidade de algum dirigismo contratual, em especial em contratos como os de plano de saúde. Daí que não há falar em incompatibilidade entre o dirigismo estatal, de um lado, e a liberdade contratual, de outro. Exemplo disso se dá pelo reconhecimento da abusividade da negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de estar em curso período de carência que não seja o prazo de 24h estabelecido pela Lei 9656/98.

38 – Nota-se também o dirigismo quando o Estado (a ANS, especificamente) tem o poder de editar documento denominado Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que representa a cobertura mínima que toda operadora de plano de saúde deve disponibilizar.

39 - Outro exemplo da influência do Estado nos negócios privados, justificável em razão das especificidades do contrato de plano de saúde, é a disciplina imposta pela ANS, que admite a segmentação assistencial (quanto ao *tipo* de cobertura assistencial), mas não a subsegmentação (quanto à escolha de cobertura dessa ou

daquela moléstia, lesão ou doença que esteja inserida no tipo de cobertura contratado e prevista no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde).

40 – Além disso, registre-se o dirigismo estatal exercido pelos Tribunais, que não raras vezes inovam no ordenamento jurídico sem ter competência para tanto, do que é exemplo a Súmula 102 do Tribunal de Justiça de São Paulo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Resolução Normativa ANS nº 195 de 14 de julho de 2009.** Disponível em <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Resolução Normativa ANS nº 338 de 21 de outubro de 2013 (revogado pela RN 387 de 28/04/2015).** Disponível em <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MjU5MQ==>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Súmula Normativa nº 27**, de 10 de junho de 2015. Disponível em <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=Mjk5NA==>>. Acesso em: 06 out. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Rol de Procedimento e Eventos de Saúde.**(2021a). Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/rol/2021/anexo_i_rol_2021rn_4652021.pdf>. Acesso em: 06 out. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Resolução Normativa ANS nº 465 de 24 de fevereiro de 2021.** (2021b). Disponível em <<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDAMw==>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Registro de novos medicamentos: saiba o que é preciso.** Publicado em 01/11/2018. (2018). Disponível em: <http://antigo.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=5062720&_101_type=content&_101_groupId=219201&_101_urlTitle=registro-de-novos-medicamentos-saiba-o-que-e-preciso&inheritRedirect=true>. Acesso em: 30 nov. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Site institucional.** (s/d). Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/registro-de-novos-medicamentos-saiba-o-que-e-preciso/219201>. Acesso em: 27 abr. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Manual de Tecnovigilância:** Uma abordagem sob a ótica da Vigilância Sanitária. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/fiscalizacao-e-monitoramento/tecnovigilancia/manual-tecnovigilancia-2021-v4.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

AMADEI, Vicente de Abreu. Interpretação Realista. Artigo publicado na obra coletiva **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** – Anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Volume II. Coordenadores: Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Rafael Hamzelssa e Rafael Wallbach Schwind. São Paulo: QuartinLatin, 2019.

AMARAL, Diogo Freitas do. **História do pensamento político ocidental**. Coimbra: Almedina, 2011.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (AMP). **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. Tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento et al. Revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli. 5. Ed. Dados eletrônicos. Porto Alegre : Artmed, 2014. Disponível em: <<http://www.niip.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5-1-pdf.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BARZOTTO, Luís Fernando. **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. **Decreto-lei 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 6.360, de 23 de setembro de 1976**. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 6.437, de 20 de agosto de 1977**. Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6437.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. (1990a). Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. **Lei 8.078, de 19 de setembro de 1990**. (1990b). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. **Lei 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. **Código Civil** (2002). Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 10.741, de 1.º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 31**. Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, (2008). Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/download/5554/5677>>. Acesso em: 01 arb. 2020.

BRASIL. **Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. (2011). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria 2.803/13**. Redefine e amplia o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 26 mai. 2020.

BRASIL. **Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0)**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Segunda Seção, Julgamento 17/12/2016, DJe 19/12/2016. (2016). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502972780&dt_publicacao=19/12/2016>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 597**, Segunda Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 20/11/2017. (2017a). Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@NUM=597>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1726563/SP (2017/0120185-3)** autuado Min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, DJe 02/06/2017. (2017b). Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 609**, Segunda Seção, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018. (2018a). Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@NUM=609>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Repetitivo desobriga planos de fornecer medicamento não registrado pela Anvisa.** (2018b). Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-ntigas/2018/2018-11-13_08-05_Repetitivo-desobriga-planos-de-fornecer-medicamento-nao-registrado-pela-Anvisa.aspx>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Plano de saúde não pode recusar tratamento com base em uso off label de medicamento.** (2018c). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-09-04_14-29_Plano-de-saude-nao-pode-recusar-tratamento-com-base-em-uso-off-label-de-medicamento.aspx>. Acesso em: 25 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EAREsp nº 793323 / RJ (2015/0254008-0)** autuado em 18/02/2016. Relator: Ministro Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, Julgamento 10/10/2018. DJe 15/10/2018. (2018d). Disponível em:< https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&ti poPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201502540080>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1287341/DF**, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 12/11/2018, DJe 20/11/2018. (2018e). Disponível em:< https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&ti poPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201800568511>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgInt no AREsp 172679 / SP**. Relator Min. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Data do julgamento 20/02/2018, DJe 27/02/2018. (2018f). Disponível em < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200887705 &dt_publicacao=27/02/2018>. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 657.718/MG**. Relator Min. Marco Aurélio, Plenário 25/05/2019. (2019a). Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ProAfR no Recurso Especial nº 1.809.486 - SP (2019/0106488-1)**. Relator : Ministro Marco Buzzi. Brasília (DF), 15 de outubro de 2019 (Data do Julgamento). (2019b). Disponível em: <

https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/ProAfR_no_resp_1809486.pdf >. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão REsp n. 1.595.897/SP** (2016/0004602-9), Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 16 jun. 2020. (2020). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1951245&num_registro=201600046029&data=20200616&formato=PDF>. Acesso em: 06 de out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1753222/RS**, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 25/03/2021 (2021a). Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801742994&dt_publicacao=25/03/2021>. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1828487 - SP (2021/0022898-7)**, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/09/2021, DJe 28/09/2021. (2021b). Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100228987&dt_publicacao=30/09/2021>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1.846.502/DF**, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/04/2021, DJe 26/04/2021. (2021c). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=125518082&num_registro=201901354126&data=20210426&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ERESP 1.886.929/SP**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 08/06/2022, DJe 08/06/2022. (2022). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08062022-Rol-da-ANS-e-taxativo--com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx>. Acesso em: 30 jun. 2022.

CAMPOS, Roberto. **A Constituição contra o Brasil**: ensaios de Roberto Campos; organizado por Paulo Roberto de Almeida. São Paulo: LVM Editora, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed, 2. reimpr Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM Nº 1.955/2010** revogada - Resolução CFM Nº 2.265/2019. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM Nº 1.652/02. Disponível em: <<https://Sistemas.Cfm.Org.Br/Normas/Visualizar/Resolucoes/BR/2010/1955>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**: estudos e pareceres. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** - 3º volume: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Segurança jurídica e crise do mundo pós-moderno**. 3. ed. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2019.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Traduzido por Manuel A. D. de Andrade. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1940.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 2. Ed. ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988.

FRANKL, Viktor E. **Em busca de sentido**. Tradução de Walter O. Schlupp e Carlos C. Aveline. 25. ed. São Leopoldo: Sinodal; Petrópolis: Vozes, 2008.

FREITAS, Marco Antonio Barbosa de. **Tutelas provisórias individuais nos contratos de plano de saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FRIEDMAN, Milton. **Livre para escolher: um depoimento pessoal**. Tradução de Ligia Filgueiras. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Volume IV: Contratos, Tomo 1: Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume III. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde**: a ótica da proteção do consumidor – coordenação Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

HERRERA, Luiz Henrique Martim; GUILHERME, Thiago Azevedo. Retórica e princípio da dignidade humana. *In*: AGOSTINHO, Luís Otávio Vicenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim (org.). **Tutela dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. Birigui: Editora Boreal, 2011.

HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto, 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

JOHNSON, Paul. **Egito antigo**. Tradução Alberto Pucheu. Rio de Janeiro: Ediouro, 2010.

JOHNSON, PAUL. **Intelectuais**. Tradução de Rui Santana Brito. 1ª edição. Lisboa: editora Guerra e Paz, 2009.

LINDENBERG, Adolpho. **Uma visão cristã da economia de mercado**. São Luiz, MA: Resistência Cultural, 2017.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil – Fontes das Obrigações: Contratos**, vol. III. 4. Ed. Rio de Janeiro: editora Freitas Bastos, 1963.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde**. Coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINES, Fernando. **Robert Alexy explica seu método para resolver conflito entre princípios**. Publicado em 02/07/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-02/robert-alexey-explica-metodo-resolver-conflito-entre-principios>>. Acesso em: 03 abr. 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A era das contradições**. São Paulo: Futura, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno**. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita. 3. ed. São Paulo: É Realizações, 2014.

MICHAELIS. **Dicionário de Língua Portuguesa**. Pesquisa termo “classificar”, disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=classificar>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

MIRANDA, Jorge. **Escritos vários sobre direitos fundamentais**. 1. ed. Estoril: Princípia Editora, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade e igualdade**: os três caminhos – atualizados: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

MISES, Ludwig von. **Ação Humana**. Tradução de Donald Stewart Jr. 3.1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. Vol. 1. 12 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Volume 1: Parte Geral. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito material (arts. 1º ao 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O princípio Constitucional da Dignidade da pessoa Humana** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OCKHAM, William of. Opus nonagintadierum. *In: Opera politica* (v. 2), ed. Hilary Seton Offler et al. Manchester: Manchester University Press, 1974. Disponível em: <file:///C:/Users/andre/Downloads/16900-57062-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

OCKHAM, William of. Summa Logicae. *In: Opera philosophica* (v. 1), ed. Boehner Philotheus et al. New York: Franciscan Institut, St. Bonaventure University, 1974. Disponível em: <file:///C:/Users/andre/Downloads/16900-57062-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. (1948). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2021.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Volume 1. Coimbra: Editora Almedina, 2017.

PAPA LEÃO XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum**, nº 20, do Sumo Pontífice Papa Leão XIII. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 27 jan. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. Ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2010.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos** – Noções Gerais. Direito Positivo. Direito Objetivo. 4ª edição, anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1997.

RATZINGER, Joseph. **Introdução ao Cristianismo** – Preleções sobre o Símbolo Apostólico Com um novo ensaio introdutório. Tradução de Alfred J. Keller. 8. Ed. São Paulo: Editora Loyola, 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002a.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002b.

RIPERT, Georges. **O regimen democrático e o Direito Civil moderno**. Tradução de J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. Vol III, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina: 1988.

ROSENVALD, Nelson. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência (obra coletiva). Coordenador Cezar Peluso. 7. ed. Barueri: Manole, 2013.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

SANTOS, Sérgio Roberto Leal dos. **Manual de Teoria da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Súmula nº 302**. DJ 22.11.2004, p. 425. (2004) Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula302.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Súmula nº 94**. DJE 13/02/2012, p. 1. (2012). Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Súmula nº 103**. DJE 28/02/2013, p.1. (2013). Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 1031359-92.2017.8.26.0506**. Relatora Des. Silvia Maria Facchina Espósito Martinez; 10ª Câmara de Direito Privado; j. 17/12/2019, DJe 18/12/2019. (2019a). Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894065530/embargos-de-declaracao-civel-embdeccv-10313599220178260506-sp-1031359-9220178260506>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo Interno Cível 2137866-55.2019.8.26.0000**. Relator(a): Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 20/01/2014; Data de Registro: 16/09/2019. (2019b). Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/896126501/agravo-interno-civel-agt-21378665520198260000-sp-2137866-5520198260000>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1000140-34.2018.8.26.0536**. Relator (a): Rômulo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/12/2019; Data de Registro: 13/12/2019. (2019c). Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/912271606/apelacao-civel-ac-10001403420188260536-sp-1000140-3420188260536>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1062765-20.2019.8.26.0100**; Relator (a): Luiz Antonio Costa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 04/06/2020; Data de Registro: 04/06/2020. (2020). Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890587811/apelacao-civel-ac-10627652020198260100-sp-1062765-2020198260100> >. Acesso em: 30 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1005860-97.2019.8.26.0066**; Relator(a): Beretta da Silveira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barretos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/10/2021; Data de Registro: 01/10/2021. (2021). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=15073760&cdForo=0>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicadas ao Direito Privado**. s/d. Disponível em: < <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito natural, Direito Positivo e Estado de Direito**. São Paulo: RT – Revista dos Tribunais, 1977.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações. Vol I. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense 1977.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VICENTE, M. M. **História e comunicação na ordem internacional** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/b3rzk/pdf/vicente-9788598605968.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

VON HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil: introdução e parte geral**. Colaboração dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Ferraz Donnini. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contrato**. Colaboração do Desembargador e Professor Semy Glanz. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

WOODS Jr., Thomas E. **A Igreja e o mercado**: uma defesa católica da economia de livre mercado. Tradução de Giovanna Louise Libralon. Campinas: Vide Editorial, 2019.

WOODS Jr., Thomas E. **Como a Igreja Católica construiu a civilização Ocidental**. Tradução Élcio Carillo. São Paulo: Quadrante, 2008.