

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

JOSIANE ARAÚJO GOMES

CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE:
estudo sobre a intervenção judicial para a ponderação dos interesses das
operadoras e dos usuários de planos de saúde

UBERLÂNDIA

2013

JOSIANE ARAÚJO GOMES

CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE:
estudo sobre a intervenção judicial para a ponderação dos interesses das
operadoras e dos usuários de planos de saúde

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado
em Direito Público, da Faculdade de Direito
“Prof. Jacy de Assis”, da Universidade Federal
de Uberlândia, como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito, sob a
orientação do Prof. Dr. Carlos José Cordeiro.

UBERLÂNDIA

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

JOSIANE ARAÚJO GOMES

CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE:

estudo sobre a intervenção judicial para a ponderação dos interesses das operadoras e dos
usuários de planos de saúde

UBERLÂNDIA, 06 DE AGOSTO DE 2013.

BANCA EXAMINADORA

PROF. DR. CARLOS JOSÉ CORDEIRO (ORIENTADOR)

PROF. DR. FERNANDO RODRIGUES MARTINS

PROF. DR. LUCAS ABREU BARROSO

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, José Roberto Gomes e Silézia Maria Araújo Gomes, e aos demais familiares, pelo apoio, dedicação e confiança, imprescindíveis para o meu desenvolvimento pessoal e profissional.

Ao Professor Dr. Carlos José Cordeiro, pela orientação, amizade, atenção e confiança, o qual é e sempre será estímulo e exemplo para a minha formação jurídica.

Aos meus colegas e amigos de trabalho, representados na pessoa do Dr. Luís Eusébio Camuci, por sempre manifestarem votos de apoio e confiança quanto à busca pela realização dos meus sonhos.

Aos professores, técnicos, colegas e amigos, que fizeram parte da minha caminhada pelo Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia e que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste estudo.

“o contrato de plano de saúde é um contrato para o futuro, mas contrato assegurador do presente, em que o consumidor deposita sua confiança na adequação e qualidade dos serviços médicos intermediados ou conveniados, deposita sua confiança na previsibilidade da cobertura leal destes eventos futuros relacionados com saúde. É um contrato de consumo típico da pós-modernidade: um fazer de segurança e confiança, um fazer complexo, um fazer em cadeia, um fazer reiterado, um fazer de longa duração, um fazer de crescente essencialidade. É um contrato oneroso e sinalagmático, de um mercado em franca expansão, onde a boa-fé deve ser a tônica das condutas”. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 523).

RESUMO

Objetiva o presente estudo posicionar-se a respeito da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nos contratos de assistência privada à saúde como via efetiva para a obtenção da justa ponderação dos interesses titularizados pelos usuários e operadoras de plano de saúde, à luz do direito à saúde e das legítimas expectativas geradas nessas contratações. De fato, o contrato de plano de saúde constitui, na sociedade brasileira, instrumento de suma importância para assegurar o acesso a atendimento médico-hospitalar, em razão, notadamente, da insuficiência do sistema público de assistência à saúde. Todavia, tendo em vista o caráter adesionista desse negócio jurídico, bem como a posição de dependência contratual ocupada pelo usuário, verifica-se a submissão do interesse existencial – direito à saúde – à realização do interesse patrimonial – obtenção de lucro –, o que possibilita, pois, a adoção de práticas abusivas pelas operadoras de plano de saúde. Dessa forma, por meio da realização de pesquisa bibliográfica e documental e da adoção de procedimento metodológico dedutivo, buscar-se-á demonstrar a legitimidade da provocação do Poder Judiciário para que, com observância ao direito fundamental à saúde e aos valores sociais do direito contratual, seja imposta a adequação do vínculo prestacional, reformulando cláusula contratual inquinada de desequilíbrio/abusividade ou, até mesmo, determinar sua retirada do contrato, visando obter a justiça substancial do pacto e, via de consequência, o atendimento de sua finalidade existencial.

PALAVRAS-CHAVE: direito fundamental à saúde; contratos de assistência privada à saúde; ponderação de interesses; Poder Judiciário.

ABSTRACT

This study aims to position itself with respect to the possibility of intervention of the Judiciary in the contracts of private health care as a means effective for obtaining the fair balancing of interests securitized by the users and providers of health insurance in the light of the right to health and legitimate expectations generated from these contracts. In fact, the health plan contract is in Brazilian society, an instrument of paramount importance to ensure access to medical, hospital, due, notably, the failure of public health care. However, given the nature of this business adhesion legal and contractual position of dependence occupied by the user, there is a submission existential interest – the right to health – the achievement of equity interest – profit taking – which enables therefore the adoption of abusive practices by health plan operators. Thus, by carrying out documentary and bibliographical research and the adoption of deductive methodology was used, it will seek to demonstrate the legitimacy of the provocation of the Judiciary so that compliance with the fundamental right to health and social values of contract law, is imposed on the adequacy of the bond obligatory reformulating contractual vitiated imbalance/abusiveness or even determine its withdrawal from the contract, to obtain the substantial justice of the covenant and, as a result, the care of their existential purpose.

KEYWORDS: fundamental right to health; contracts private healthcare; balancing of interests; Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA ORDEM JURÍDICA PÁTRIA.....	14
1.1 <i>Precedentes dos direitos fundamentais: a internacionalização dos direitos humanos</i>	14
1.1.1 Antecedentes históricos dos direitos humanos.....	16
1.1.2 Fase inicial da internacionalização dos direitos humanos.....	21
1.1.3 Internacionalização dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial.....	23
1.2 <i>Da institucionalização dos direitos fundamentais no Brasil</i>	28
1.3 <i>Saúde: direito fundamental por excelência</i>	32
1.3.1 Delimitação conceitual da saúde.....	33
1.3.2 Do direito à saúde como direito fundamental na Constituição Federal de 1988.....	38
1.4 <i>Direito à saúde e sua natureza social: a instituição da saúde privada</i>	41
1.4.1 Classificação dos direitos fundamentais em face de sua multifuncionalidade.....	42
1.4.2 Direito social à saúde e planos privados de assistência à saúde.....	46
2 CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE.....	55
2.1 <i>Desenvolvimento normativo dos contratos de assistência privada à saúde</i>	56
2.1.1 Dos contratos de assistência privada à saúde antes da Constituição Federal de 1988.....	56
2.1.2 Do período entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da Lei nº 9.656/98: incidência do Código de Defesa do Consumidor.....	60
2.1.3 Dos contratos de plano de saúde após a edição da Lei nº 9.656/98 e a situação normativa atual.....	66
2.2 <i>Do diálogo das fontes no âmbito da saúde privada</i>	71
2.2.1 Da teoria do diálogo das fontes.....	73
2.2.2 Contratos de planos de saúde e diálogo das fontes.....	76
2.3 <i>Conceito e espécies de planos privados de assistência à saúde</i>	82
2.3.1 Quanto ao momento da contratação.....	83
2.3.2 Quanto ao regime da contratação.....	85
2.3.3 Quanto à cobertura assistencial contratada.....	89
2.4 <i>Operadoras que podem ofertar planos de saúde</i>	91
2.4.1 Administradora de benefícios.....	92
2.4.2 Cooperativa médica e odontológica.....	94

2.4.3 Autogestão.....	95
2.4.4 Medicina e Odontologia de grupo.....	96
2.4.5 Filantropia.....	97
2.4.6 Seguradora especializada em saúde.	98
2.5 <i>Conteúdo dos contratos de plano de saúde</i>	98
2.5.1 Efeitos do modelo de contratação por adesão.....	99
2.5.2 Análise das cláusulas contratuais obrigatórias.....	105
2.6 <i>Contratos de assistência privada à saúde e socialização do Direito Contratual: aspectos de ponderação e otimização</i>	118
2.6.1 Da evolução principiológica da teoria contratual.....	118
2.6.2 Dos reflexos da teoria contratual social nos contratos de plano de saúde.....	129
 3 INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE.....	 136
3.1 <i>Da eficácia horizontal do direito fundamental à saúde</i>	137
3.1.1 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	138
3.1.2 Eficácia do direito fundamental à saúde nos contratos de plano de saúde.....	145
3.2 <i>Neoprocessualismo e o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais</i>	150
3.3 <i>Cláusulas restritivas de direitos e abusividade: a proteção das legítimas expectativas dos usuários</i>	160
3.4 <i>Aspectos pontuais relativos à proteção do usuário de planos de saúde</i>	167
3.4.1 Extensão e limites da cobertura contratual.....	169
a) Do tratamento clínico ou cirúrgico experimental e do fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados.....	176
b) Dos procedimentos e tratamentos para fins estéticos.....	180
c) Da inseminação artificial.....	182
d) Do fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar.....	184
e) Do fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico.....	185
f) Dos tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes.....	187
g) Dos casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.....	189
3.4.2 Problemática das doenças preexistentes.....	192

3.4.3 Limitação de prazo de internação.....	197
3.4.4 Regramento das carências.....	200
3.4.5 Qualidade da rede de prestadores de serviços médicos e o atendimento por profissionais não credenciados.....	209
3.4.6 Hipóteses de rescisão contratual.....	216
a) Da possibilidade de rescisão unilateral do contrato de plano de saúde.....	218
b) Dos efeitos do inadimplemento pelos usuários e a possibilidade de resolução contratual.	220
3.4.7 Reajuste: valores e hipóteses de incidência.....	226
a) Reajuste em razão do aumento dos custos operacionais.....	230
b) Reajuste em razão da mudança de faixa etária do usuário.....	233
c) Reajuste em razão de revisão técnica.....	238
3.4.8 Do cabimento de tutela antecipada nas ações judiciais propostas em desfavor das operadoras de plano de saúde.....	240
a) Breves considerações acerca do instituto processual da tutela antecipada.....	240
b) Da concessão de tutela antecipada nas ações judiciais propostas pelos usuários em desfavor das operadoras.....	243
3.5 <i>Intervenção judicial nos contratos de assistência privada à saúde: meio legítimo para a efetivação do direito à saúde no mercado de saúde suplementar.....</i>	249
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	256
REFERÊNCIAS.....	275

INTRODUÇÃO

O estudo que ora se inicia buscará construir fundamentos teóricos e práticos aptos a justificar a intervenção do Poder Judiciário nos contratos de assistência privada à saúde como via efetiva para a obtenção da justa ponderação dos interesses titularizados pelos usuários e operadoras de plano de saúde, à luz do direito fundamental à saúde e das legítimas expectativas geradas nessas contratações.

Deveras, o contrato de assistência privada à saúde – ou, simplesmente, plano de saúde –, constitui, na sociedade brasileira hodierna, instrumento de suma importância para assegurar o acesso a atendimento médico-hospitalar, tendo em vista a impossibilidade fática de o Estado suprir, de modo adequado e suficiente, a demanda social crescente pelos serviços de assistência à saúde – em razão, principalmente, da ausência de políticas públicas eficazes e da inapropriedade na aplicação dos recursos orçamentários existentes. Nesse sentido, instala-se ambiente propício para a atuação de entes privados no setor de assistência à saúde, o que, inclusive, encontra expresse assento no texto constitucional vigente (art. 199).

Dessa forma, o contrato de plano de saúde constitui negócio jurídico em que a operadora se obriga a custear ou fornecer serviços médico-hospitalares em favor do beneficiário, cabendo a este adimplir as contraprestações pecuniárias periódicas, cujo valor é fixado de acordo com a extensão da cobertura contratada. Assim, consiste em típico contrato de consumo, enquadrando-se o usuário no conceito de consumidor (arts. 2º, 17 e 19, do Código de Defesa do Consumidor) e a operadora no conceito de fornecedor (art. 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor), sendo o objeto contratual a cobertura do fornecimento de produtos e serviços de natureza médico-hospitalar. E, desse modo, formaliza-se mediante contrato de adesão, pois se caracteriza pela elaboração, de forma prévia e unilateral, das cláusulas contratuais pela operadora, cabendo ao usuário apenas a opção entre aderir ou não à contratação, o que lhe coloca em posição de total vulnerabilidade contratual.

Outrossim, o contrato de plano de saúde é marcado pela coexistência de interesses patrimoniais e existenciais. Com efeito, de um lado, a operadora visualiza referida relação contratual como instrumento para a obtenção de lucro, constituindo, pois, típica atividade do mercado de consumo. De outro lado, o usuário considera referido vínculo contratual como o meio apto para a obtenção do atendimento médico-hospitalar adequado para a tutela da sua saúde, titularizando, assim, a expectativa de que em razão desse negócio jurídico a sua saúde estará sempre protegida.

Em vista disso, o que se verifica na prática é a submissão do interesse existencial à realização do interesse patrimonial, em razão da posição contratual privilegiada ocupada pela operadora – por ser ela quem redige o instrumento contratual –, bem como da catividade do usuário para com o conteúdo da negociação. Desse modo, a adoção de práticas abusivas pelas operadoras de plano de saúde se torna uma constante, ofendendo, inclusive, os textos normativos – Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 9.656/98 e Resoluções Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar – editados com o intuito de limitar o exercício da autonomia privada pela operadora e assegurar o respeito ao direito à saúde do usuário.

Portanto, surge a problemática orientadora do presente estudo: é cabível a provocação do Poder Judiciário para que, com observância ao direito fundamental à saúde e aos valores sociais do direito contratual, seja imposta a adequação do vínculo prestacional, reformulando cláusula contratual inquinada de desequilíbrio/abusividade ou, até mesmo, determinar sua retirada do contrato, visando obter a justiça substancial do pacto e, via de consequência, o atendimento de sua finalidade existencial?

Para alcançar resposta satisfatória à referida indagação, cumpre, em primeiro lugar, delinear o caráter fundamental do direito à saúde. Nesse sentido, é necessário proceder à abordagem do processo de internacionalização dos direitos humanos para, em seguida, analisar a institucionalização dos direitos fundamentais na ordem constitucional pátria. Diante disso, buscar-se-á delimitar o atual conceito de saúde, bem como analisar a sua consagração como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, de modo a permitir, em seguida, reconhecer a natureza social do direito à saúde e os seus reflexos incidentes nos contratos de assistência privada à saúde.

Em segundo lugar, cabe proceder à análise, propriamente dita, sobre os contratos de plano de saúde, visando obter a sua adequada descrição à luz da legislação em vigor. Assim, é necessário traçar o desenvolvimento normativo de regulação desses contratos, partindo-se do passado recente do direito brasileiro, para alcançar as legislações editadas à luz da Constituição Federal de 1988. Em seguida, será abordado o diálogo das fontes existente na regulação dos contratos de plano de saúde, notadamente o diálogo de complementariedade entre a Lei nº 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente, será apresentado o conceito de plano de assistência privada à saúde, abordando as classificações das suas espécies. Por sua vez, serão identificadas as oito modalidades de operadoras autorizadas a ofertar referidos contratos no ramo da saúde suplementar brasileiro, destacando as suas principais características. Ademais, será abordado o conteúdo dos instrumentos contratuais, analisando, primeiramente, os efeitos positivos e negativos da adoção do modelo

de contratação por adesão para, após, delimitar as cláusulas contratuais obrigatórias nos contratos de plano de saúde. Enfim, serão analisados os reflexos da teoria contratual social nas relações de plano de saúde, o que exigirá a realização de breve abordagem da evolução principiológica da teoria contratual.

Por fim, assentado o caráter fundamental e social do direito à saúde, bem como traçada a caracterização dos contratos de plano de saúde, passa-se a enfrentar, especificamente, a problemática deste estudo: a intervenção judicial nesses contratos para a ponderação dos interesses das operadoras e dos usuários. Para tanto, deve-se analisar a eficácia horizontal do direito fundamental à saúde, abordando os seus reflexos nas relações de plano de saúde, notadamente a ponderação de interesses dos usuários e operadoras. Em seguida, será abordado o fenômeno denominado de neoprocessualismo e, por decorrência, o papel exercido pelo Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. Após, tentar-se-á delimitar o momento em que a adoção de cláusulas contratuais restritivas de direito ultrapassa a finalidade de manutenção do equilíbrio financeiro das prestações para caracterizar verdadeira prática abusiva, ofensiva ao objetivo contratual e às legítimas expectativas dos usuários. Diante disso, serão analisados aspectos pontuais relativos à proteção do usuário de plano de saúde, relativos às principais situações ensejadoras de litígios entre os contratantes, abordando as posições normativas, doutrinárias e jurisprudenciais sobre as hipóteses elencadas. Ao final, diante das conclusões parciais obtidas, adotar-se-á posicionamento acerca da necessidade de intervenção judicial nos contratos de assistência privada à saúde, a fim de possibilitar a harmonização dos interesses econômicos das operadoras com a eficácia do direito à saúde, visando, como fim último do ramo de saúde suplementar, a máxima efetividade desse direito fundamental social.

Em vista disso, para a realização do presente estudo, o método de abordagem adotado será, essencialmente, o método hipotético dedutivo, na medida em que, a partir da análise do problema eleito – práticas abusivas nos contratos de plano de saúde –, buscar-se-á a posição adequada e eficiente quanto à atuação do Poder Judiciário no ramo de saúde privada, com vistas a promover a ponderação dos interesses dos usuários e das operadoras de plano de saúde. Referido método se concretizará por meio do desenvolvimento de pesquisa teórica e documental. Quanto à pesquisa teórica, esta se faz necessária em razão da imprescindibilidade do conhecimento doutrinário acerca dos direitos fundamentais, do direito à saúde, da principiológica contratual e dos contratos de plano de saúde. Já quanto à pesquisa documental, constitui a principal modalidade de pesquisa a ser adotada para o alcance da resposta à problemática suscitada, tendo em vista que as práticas abusivas levadas a efeito pelas

operadoras de plano de saúde são avaliadas e reconhecidas pelo Poder Judiciário, nas demandas propostas pelos usuários, em que o texto contratual é submetido a interpretação à luz do direito à saúde e das disposições do Código de Defesa do Consumidor, da Lei nº 9.656/98 e das Resoluções Normativas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Diante o exposto, espera-se, ao final deste estudo, tornar inequívoca a ideia de que as operadoras dos planos de saúde devem compatibilizar e submeter a sua atividade econômica ao cumprimento e à promoção do direito fundamental à saúde, assegurando, pois, o respeito às legítimas expectativas geradas pelos usuários ao se vincularem a referidos negócios jurídicos. E, nesse contexto, assume o magistrado posição de destaque para a preservação da finalidade contratual e para o alcance do adequado adimplemento prestacional, por promover, quando instado a se manifestar, a integração do conteúdo do pacto, com a exclusão de práticas abusivas porventura adotadas pelas operadoras, por meio da correta aplicação da legislação incidente à espécie e da promoção do equilíbrio do sinalagma contratual.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA ORDEM JURÍDICA PÁTRIA

A ordem constitucional brasileira em vigor constitui marco histórico e jurídico quanto à disciplina do direito à saúde, o qual integra o perfil essencial de cada ser humano, diretamente relacionado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da dignidade humana. De fato, a Constituição Federal de 1988, em vários de seus dispositivos, reconhece a saúde como direito fundamental, dotado de aplicação direta e imediata, que vincula tanto os Poderes Públicos, quanto os entes privados.

A atribuição de caráter fundamental a um direito possui importância crucial para a sua efetividade, na medida em que acarreta o aumento de sua força normativa, o que possibilita, em decorrência, o real desempenho de sua função social no mundo dos fatos. Assim, o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental é responsável por tornar inquestionável a definição da saúde como direito de todos e dever do Estado – e também de particulares que atuem em sua substituição, dentro dos limites contratuais –, o qual deve buscar promover o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse passo, sendo o direito à saúde um direito fundamental, tem-se também o seu enquadramento dentre os direitos humanos, na medida em que aquele constitui a positivação constitucional destes. Logo, a saúde consiste em direito inerente à pessoa, pelo simples fato de existir como pessoa, sendo dotado de caráter universal, uma vez que pertence a todos, independentemente de seus atributos pessoais ou sociais.

Em vista disso, para se alcançar a adequada compreensão acerca do reconhecimento da saúde como direito fundamental, é necessário, primeiramente, proceder à abordagem do processo de internacionalização dos direitos humanos, para, em seguida, analisar a institucionalização dos direitos fundamentais na ordem constitucional pátria. Diante disso, faz-se mister a abordagem conceitual do direito à saúde, de modo a possibilitar a sua correta delimitação no atual contexto jurídico-social, bem como constatar a influência que o caráter fundamental desse direito provoca nas relações privadas de assistência à saúde.

1.1 Precedentes dos direitos fundamentais: a internacionalização dos direitos humanos

Para que se torne possível reconhecer a saúde como direito fundamental consagrado na ordem constitucional brasileira, traçando seu conceito e alcance, é indispensável analisar os precedentes históricos que permitiram a deflagração do processo de

internacionalização e universalização dos direitos humanos¹, na medida em que referido processo histórico é responsável por culminar na positivação dos direitos humanos nas Constituições de diversos Estados, dentre eles o Brasil.

Nesse passo, em primeiro lugar é necessário traçar o conceito de direitos humanos. Constituem posições jurídicas reconhecidas aos seres humanos² como tais, possuindo, assim, origem na própria natureza humana, o que atribui a referidos direitos o caráter inviolável, intemporal e universal. Dessa forma, os direitos humanos recebem tal denominação³ devido à essencialidade de seu conteúdo, possuindo, assim, função estruturante no que diz respeito à fixação dos limites existentes nas relações jurídicas travadas entre o indivíduo e o Estado, entre os indivíduos ou grupos de indivíduos e em relação a todo o gênero humano.

Nesse sentido, afirma Weis⁴ que tais direitos “são denominados de humanos não em razão de sua titularidade, mas de seu caráter nodal para a vida digna, ou seja, por terem em

¹ Segundo Bobbio, *in verbis*: “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Regina Lyra. Nova Edição. Apresentação de Celso Lafer. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25).

² No que se refere ao significado das expressões “pessoa” e “ser humano”, afirma Ferrajoli, *in verbis*: “‘Persona’, en el plano de la teoría del derecho, no equivale a ‘ser humano’, sino más bien al *status* de los sujetos, cualesquiera que sean, normativamente previsto como presupuesto de situaciones jurídicas y, específicamente, de los ‘derechos de la persona’. La equivalencia entre ‘persona’ y ‘ser humano’ y la consiguiente correlación entre ‘igualdad en los derechos’ y ‘persona humana’ se han afirmado, sin embargo, no sólo en el plano axiológico, sino también en el plano del derecho positivo, con el reconocimiento del *status* de ‘persona’ a todos los seres humanos, producido con las primeras codificaciones y con la configuración, en las constituciones modernas, de casi todos los derechos fundamentales – desde los derechos de libertad a los derechos civiles, hasta gran parte de los derechos sociales – como ‘derechos de la persona’, y sólo de los derechos políticos y de algunos derechos sociales como ‘derechos del ciudadano’. Finalmente, dichas correlaciones y equivalencias se han afirmado, en el derecho internacional, con la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, que afirma, en el artículo 6, que ‘todo individuo tiene el derecho, en todo lugar, al reconocimiento de su personalidad jurídica’ y, en el artículo 2, que ‘toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición’”. (FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Edição de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. 4. ed. Madri: Trotta, 2009, p. 334/335).

³ Há quem defenda a adoção da denominação “direitos do homem”. Nesse sentido, disserta Boson, *in verbis*: “É que os chamados ‘direitos humanos’ não são o caule ou os ramos, mas as próprias raízes da árvore do Direito, interno e internacional; são os alicerces legítimos do edifício Jurídico; são os pressupostos necessários de toda e qualquer ordem jurídico-positiva, sejam por esta justa ou injustamente tratados. São eles o divisor entre Estado e Nação, entre governo e povo, entre autoridade e liberdade, e as suas violações é que caracterizam os atos violentos e o teor das arbitrariedades, em face dos Juízos de valor na convivência humana. Por isso mesmo, nas análises científicas, tenho preferido designá-los com a expressão ‘direitos do Homem’, expressão esta que melhor se ajusta às tradições da sua problemática, bem como aos aspectos do seu trato histórico, e melhor os situa no campo da ciência do Direito, porque postos sob a consideração do Homem, do Homem ‘qualitate qua’ em face dos demais seres humanos”. (BOSON, Gérson de Britto Mello. **Direitos Humanos**. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 351/363, p. 351/352).

⁴ WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2. ed. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 25.

foco a definição e proteção de valores e bens essenciais para que cada ser humano tenha a possibilidade de desenvolver as suas capacidades potenciais”.

Diante disso, passa-se à análise do processo histórico de internacionalização e universalização dos direitos humanos.

1.1.1 Antecedentes históricos dos direitos humanos

O primeiro momento histórico de destaque para o processo evolutivo dos direitos humanos coincide com o nascimento da Filosofia, datado do século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia. Com efeito, a Filosofia surge a partir do momento em que o ser humano passa a questionar a realidade de modo racional, provocando, assim, a substituição do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. Logo, o homem se torna o principal objeto de análise e reflexão da Filosofia, a qual buscará responder a seguinte indagação: quem é o homem?

Dessa forma, com o surgimento da Filosofia, a pessoa é vista, em sua igualdade essencial, como ser dotado de razão e liberdade, características essas que independem das inúmeras diferenças existentes entre as pessoas (sexo, raça, religião, costumes, cultura etc.). “Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes”.⁵

Contudo, a convicção de que todas as pessoas possuem direito a ser igualmente respeitadas, devido à sua humanidade⁶, somente se tornou possível pela sua vinculação a uma instituição social de importância crucial, qual seja, a lei escrita, entendida como “regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada”.⁷ Dessa forma, tem-se que a lei escrita se tornou, pela primeira vez na história, o fundamento da sociedade política na Grécia, mais especificamente em Atenas⁸, haja vista que

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

⁶ Segundo relata Moraes, “há cerca de dois mil anos o cristianismo concebeu a idéia de que todos são iguais e, porque ‘filhos do mesmo Pai’, deveriam considerar-se, uns aos outros, como irmãos, dotados, portanto, de igual dignidade”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. In: TEPELINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos**. v. 3. (Contratos: princípios e limites). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 342/364, p. 349).

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

⁸ Completa Cunha Júnior, ao afirmar: “Em Atenas, por mais de dois séculos (de 501 a 338 a. C.), o poder político dos governantes foi rigorosamente limitado, não apenas pela soberania das leis, mas também pela instituição de um conjunto de mecanismos de cidadania ativa, em virtude dos quais o povo, pela primeira vez na História, governou-se a si mesmo. Como se sabe, a democracia ateniense consistiu, basicamente, na atribuição popular do poder de eleger os governantes e de tomar diretamente em assembléia (a *Ekklesia*) as

na democracia ateniense a autoridade ou força moral das leis escritas tornou-se superior à soberania de um indivíduo ou classe social que, anteriormente, era ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão.

Nesse sentido, e dando-se um salto na história da humanidade, chega-se à época denominada de Baixa Idade Média (séculos XI e XII)⁹, em que se avulta a ideia de limitação do poder dos governantes, haja vista se verificar a ocorrência da reconcentração do poder – já que a Alta Idade Média foi marcada pelo esfacelamento do poder político e econômico, com a instauração do feudalismo –, o qual era objeto de disputa entre o Imperador e o Papa. Com o intuito de limitar os abusos decorrentes da centralização do poder, na Inglaterra surge a Magna Carta – redigida em latim bárbaro, *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae* (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês) – a qual consiste em declaração solene assinada pelo rei João da Inglaterra (rei João Sem-Terra) em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino.

A Magna Carta abriga o embrião dos direitos humanos, notadamente quanto ao valor da liberdade. Ressalte-se, todavia, que a liberdade assegurada não é a mesma que se busca na contemporaneidade – ou seja, em benefício de todos –, mas, pelo contrário, referida declaração assegurava liberdades específicas, respeitando os estamentos sociais existentes na época – nobreza, clero e povo. E isto porque constitui a Magna Carta uma convenção firmada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhe reconheciam certos privilégios e, por consequência, limitava a soberania do monarca. Apesar disso, ela possui sim relevante

principais decisões políticas, como, v. g., a adoção de novas leis, a declaração de guerra e a conclusão de tratados de paz e de aliança. Ademais disso, a soberania popular ativa abrangia um sistema de responsabilidades, pelo qual era permitido a qualquer cidadão mover uma ação criminal (*apagouê*) contra os dirigentes políticos, devendo estes, ainda, ao deixarem os seus cargos, prestar contas de sua gestão perante o povo. Os cidadãos também tinham o direito de se opor, na reunião da assembléia, a uma proposta de lei violadora da constituição (*politéia*) da cidade; ou, na hipótese de tal proposta já se encontrar aprovada e convertida em lei, de responsabilizar criminalmente o seu autor”. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 555).

⁹ Ao traçar o histórico dos direitos fundamentais, afirma Branco, *in verbis*: “É comum apontar-se a doutrina do cristianismo, com ênfase especial para a escolástica [séc. IX ao XIV] e a filosofia de Santo Tomás, como antecedente básico dos direitos humanos. A concepção de que os homens, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, possuem alto valor intrínseco e uma liberdade inerente à sua natureza, anima a idéia de que eles dispõem de direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política. Santo Tomás de Aquino defendia um direito natural, fundada na concepção do homem como criatura feita à semelhança de Deus e dotada de especiais qualidades. Esse direito subordinava o direito positivo e a discrepância entre um e outro autorizaria o direito de resistência do súdito”. (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.103-194, p. 105).

importância para os direitos humanos, haja vista deixar “implícito pela primeira vez, na histórica política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita”.¹⁰

Já no século XVII, após um longo período de recrudescimento da concentração de poderes na Europa, houve uma “crise da consciência européia”¹¹, responsável por alimentar o sentimento de liberdade e a necessidade de concretização do valor da harmonia social, notadamente em razão das devastações provocadas pela guerra civil que se espalharam pelo território europeu. Em vista disso, diante da consciência social dos perigos representados pelo poder absoluto, na Inglaterra surgiram dois textos legais que buscaram garantir as liberdades sociais, quais sejam, o *Habeas Corpus* e o *Bill of Rights*, os quais também constituem marcos legislativos no desenvolvimento dos direitos humanos.

A Lei de *Habeas Corpus* é datada de 1679 e teve por objetivo atribuir eficácia de remédio jurídico ao *habeas corpus*, entendido este como mandado judicial (*writ*) em caso de prisão arbitrária, o qual já existia na Inglaterra desde antes do advento da Magna Carta. A razão para a concepção do *habeas corpus* advém da ideia de que o Direito Inglês condiciona a existência de direitos à existência de ação judicial própria para a sua defesa, ou seja, são as garantias processuais que criam o direito e não o contrário. Dessa forma, no que se refere aos direitos humanos, tem-se que os ingleses defendem que a evolução da proteção jurídica da pessoa humana decorre em especial das garantias judiciais do que das meras declarações de direitos.¹²

Por sua vez, a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) de 1689, uma das Leis Fundamentais do reino inglês, foi responsável pela institucionalização da permanente separação de poderes no Estado e, por consequência, pela limitação dos poderes governamentais e pela garantia das liberdades individuais.¹³ Em que pese não trazer uma

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79/80. E completa Comparato: “O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundados no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados”. (Ibid, p. 80).

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

¹² Nesse sentido, conforme leciona Comparato, a importância histórica do *habeas corpus* para a evolução dos direitos humanos reside “no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89).

¹³ Com efeito, sublinha Cunha Júnior, *in verbis*: “o *Bill of Rights* eliminou o regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emanava do rei e em seu nome era exercido. Ele representou a passagem para a monarquia

declaração de direitos humanos, o *Bill of Rights* constitui uma garantia institucional, haja vista traçar os delineamentos da organização do Estado cuja função é garantir as liberdades civis dos seus cidadãos.¹⁴

Diante dos antecedentes históricos até aqui elencados, verifica-se que a ideia de igualdade e liberdade dos seres humanos e, portanto, o nascimento propriamente dito dos direitos humanos, somente ocorrerá com o advento de dois eventos históricos de suma importância para a sociedade ocidental: a Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Revolução Francesa (1789).

No que se refere à Independência dos Estados Unidos da América, tem-se que a sua proclamação, em 4 de julho de 1776, é considerada a primeira exposição de uma série de direitos do homem¹⁵, representando o ato inaugural da democracia moderna, por combinar a proteção desses direitos à representação popular com a limitação de poderes governamentais. O traço da sociedade americana formada pela independência das 13 colônias era o princípio da igualdade jurídica entre os homens livres, o qual se resumia apenas à igualdade perante a lei – ou seja, era preservada a garantia fundamental da livre concorrência. Além disso, restou consagrada a proteção das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular.

Dessa forma, tem-se que a Declaração de Independência dos Estados Unidos constitui o primeiro documento político que reconhece, ao lado da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a toda a pessoa, independentemente de suas qualidades pessoais ou sociais. E, a enumeração desses direitos individuais, ficou a cargo das Declarações de Direitos redigidas por cada Estado-membro dos Estados Unidos, sendo que o

constitucional, organizada com base na divisão de poderes, criando uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana. Tamanha a importância dessa declaração de direitos que, ainda hoje, permanece como um dos mais importantes documentos constitucionais do Reino Unido”. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 562).

¹⁴ Sobre a importância do *Bill of Rights*, afirma Comparato, *in verbis*: “Mas o essencial do documento consistiu na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o *Bill of Rights* veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos mesmos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89).

¹⁵ Nesse sentido, afirma Jellinek: “La exigencia de toda una lista de derechos fundamentales especializados, dirigidos a una determinada conducta, derechos que el Estado debía reconocer expresamente, no se halla en parte alguna antes de la Revolución americana. La proclamación de la libertad religiosa por el legislador, antes de este tiempo, es un fenómeno completamente aislado. Sin duda, se apela frecuentemente a los derechos incoloros de la teoría del derecho natural, para apoyar ciertas pretensiones frente al Estado; pero no es al legislador a quien esas pretensiones se dirigen”. (JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre e del Ciudadano**. Traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 128).

primeiro a produzir uma Declaração de Direitos foi o Estado de Virgínia.¹⁶ Diante disso, em 1791, são ratificadas as dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos, que consistem no *Bill of Rights* em nível federal, e que tiveram por função confirmar o rol de direitos individuais já reconhecidos nas Constituições dos Estados-membros.

Por sua vez, no que diz respeito à Revolução Francesa, tem-se que o seu principal acontecimento é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada na Constituinte Francesa de 26 de agosto de 1789. A importância de referido documento reside no fato de constituir a base de formação da noção dos direitos públicos subjetivos do indivíduo no direito positivo dos Estados do Continente europeu. Com efeito, conforme afirma Jellinek:

La literatura jurídico-política sólo conocía hasta entonces derechos de los Jefes de Estado, privilegios de clase, de los particulares o de ciertas corporaciones, no manifestándose los derechos generales de los súbditos sino bajo la forma de deberes del Estado, sin constituir para los individuos títulos jurídicos caracterizados. Merced a la Declaración de los Derechos es como se ha formado con toda su amplitud, en el derecho positivo, la noción, hasta entonces sólo conocida en el Derecho natural, de los derechos subjetivos del miembro del Estado frente al Estado todo.¹⁷

Outrossim, destaca-se que a Declaração de Direitos Francesa tem como base a tríade liberdade - igualdade - fraternidade, sendo o espírito da Revolução a supressão das desigualdades estamentais. Buscava-se, desse modo, eliminar todas as desigualdades sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofícios, o que exigia a construção de uma virtude cívica – a fraternidade – como resultado necessário da abolição de todos os privilégios.¹⁸ Além disso, é responsável por atestar o fim do Antigo Regime – constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais –, sendo a representação política exercida pelos deputados, que passaram a se reunir em assembleia nacional.

¹⁶ Quanto à importância das Declarações de Direitos dos Estados-membros americanos, afirmou Jellinek: “Los *Bills of Rights* americanos no quieren sólo formular ciertos principios de organización política, sino que, ante todo, determinan las líneas de separación entre el Estado y el individuo. El individuo no debe, según ellos, al Estado, sino a su propia naturaleza de sujeto de derecho, los derechos que tiene inalienables e inviolables. Nada de esto saben las leyes inglesas. No quieren éstas reconocer un derecho eterno, natural; sólo reconocen un derecho que viene de los antepasados: los ‘derechos antiguos, indiscutibles, del pueblo inglés’”. (JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre e del Ciudadano**. Traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 109).

¹⁷ JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre e del Ciudadano**. Traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 82.

¹⁸ Nesse sentido, afirma Comparato: “Na luta contra as desigualdades, não apenas foram extintas de um só golpe todas as servidões feudais, que vigoravam havia séculos, como também se proclamou, pela primeira vez na Europa, em 1791, a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos. Por um decreto da Convenção de 11 de agosto de 1792, proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias. Esse movimento igualitário só não conseguiu, afinal, derrubar a barreira da desigualdade entre os sexos”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 137).

Portanto, diante dessa breve análise, é possível verificar a importância da Declaração de Independência dos Estados Unidos e da Declaração de Direitos Francesa para a ascensão dos direitos humanos em âmbito internacional. Com efeito, referidos documentos são responsáveis pela fixação precisa dos limites do poder estatal, definindo as esferas em que o Estado não deve intervir, devido ao reconhecimento do seu valor universal e permanente.

1.1.2 Fase inicial da internacionalização dos direitos humanos

As considerações até aqui desenvolvidas exteriorizam o fato de que a gênese do reconhecimento dos direitos humanos ocorre concomitantemente às alterações políticas de organização dos Estados, representando, notadamente, o fundamento de limitação do poder estatal.

Já quanto aos primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos, que possibilitaram a formação da visão contemporânea desses direitos, vieram a ocorrer entre a segunda metade do século XIX e o advento da Segunda Guerra Mundial, estando presentes no desenvolvimento do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho.

Em primeiro lugar, com relação ao Direito Humanitário, tem-se que consiste no arcabouço normativo que visa restringir os meios violentos utilizados nas guerras, de modo a evitar, ao máximo, o sofrimento humano. Busca, assim, fixar limites à atuação dos Estados e assegurar a observância dos direitos humanos, neste último aspecto voltado, em caso de guerra, os militares postos fora de combate (devido a ferimentos, doenças, ou por terem se tornado prisioneiros) e à população civil. Desse modo, o Direito Humanitário é “a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado”.¹⁹

Conforme expõe Lafer²⁰, o início do Direito Humanitário é datado do século XIX, com a criação da Cruz Vermelha, voltada para o tratamento, a proteção e a assistência das vítimas militares e civis das guerras, expresso na Convenção de Genebra de 1864. Além disso, há o esforço de disciplinar o uso da força, como foi o caso das balas explosivas, na forma da Declaração de São Petersburgo de 1868, subscrita pelo Brasil.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 178.

²⁰ LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: o desafio do direito a ter direitos. In: AGUIAR, Odílio Alves; PINHEIRO, Celso de Moraes; FRANKLIN, Karen. (Orgs.). **Filosofia e direitos humanos**. Fortaleza: UFC, 2006, p. 13/32, p. 20.

Já quanto à Liga das Nações, tem-se que esta Convenção é datada de 1920, ou seja, após a Primeira Guerra Mundial, e tem por fundamento a necessidade de relativização das soberanias dos Estados, haja vista buscar atribuir estabilidade à organização da comunidade internacional, como resposta aos desastres e atrocidades humanas que ocorreram na Primeira Grande Guerra. Dessa forma, com o intuito de promover a cooperação, a paz e a segurança internacional, a Convenção traz previsões genéricas relativas aos direitos humanos, dentre as quais se destacam os parâmetros internacionais do direito ao trabalho e a construção de “regime jurídico próprio de tutela das minorias e dos refugiados, um problema significativo que surgiu com o desmembramento dos impérios multinacionais (austro-húngaro, otomano e russo)”²¹.

Por fim, ainda como passo inicial para a internacionalização dos direitos humanos, tem-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada após a Primeira Guerra Mundial, em 1919. Consiste em organização internacional especializada na padronização e harmonização adequada das condições de trabalho, por meio da negociação e celebração de convenções internacionais. Dessa forma, o objetivo da OIT é definir padrões internacionais básicos de trabalho e de bem estar social, tendo como fundamento de sua atividade a “idéia de pacifismo social, a inquietação operária, a importância de dar uma resposta política ao desafio da Revolução Russa e o problema do assim chamado *dumping social*, ou seja, as condições de trabalho no mundo e a concorrência internacional em matéria de comércio”²². Até o advento da Segunda Guerra Mundial, a OIT já havia aprovado 67 convenções internacionais, das quais várias foram ratificadas por mais de uma centena de Estados²³, sendo que apenas três não contaram com qualquer ratificação.

Dessa forma, é possível afirmar que o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho contribuíram de modo essencial para o processo de

²¹ LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: o desafio do direito a ter direitos. In: AGUIAR, Odílio Alves; PINHEIRO, Celso de Moraes; FRANKLIN, Karen. (Orgs.). **Filosofia e direitos humanos**. Fortaleza: UFC, 2006, p. 13/32, p. 20.

²² LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: o desafio do direito a ter direitos. In: AGUIAR, Odílio Alves; PINHEIRO, Celso de Moraes; FRANKLIN, Karen. (Orgs.). **Filosofia e direitos humanos**. Fortaleza: UFC, 2006, p. 13/32, p. 21.

²³ Dentre tais convenções, Comparato destaca as seguintes: “Convenção n. 11, de 1921, sobre o direito de associação e de coalizão dos trabalhadores agrícolas (113 ratificações); a Convenção n. 14, de 1921, sobre descanso semanal nas empresas industriais (112 ratificações); a Convenção n. 19, de 1925, sobre igualdade de tratamento entre trabalhadores estrangeiros e nacionais em matéria de indenização por acidentes do trabalho (113 ratificações); a Convenção n. 26, de 1928, sobre métodos para fixação de salários mínimos (101 ratificações); e a Convenção n. 29, de 1930, sobre trabalho forçado ou obrigatório (134 ratificações)”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56).

internacionalização dos direitos humanos e, posteriormente, a incorporação desses direitos no âmbito interno de cada Estado. Com efeito, conforme afirma Piovesan, *in verbis*:

seja ao assegurar parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial, seja ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da paz e segurança internacional, seja ainda ao proteger direitos fundamentais em situações de conflito armado, tais institutos se assemelham na medida em que projetam o tema dos direitos humanos na ordem internacional.²⁴

Portanto, esses três marcos da fase inicial do processo de internacionalização dos direitos humanos são responsáveis por instituir obrigações internacionais aos Estados – rompendo com a noção de soberania nacional absoluta –, com o fim de proteger e promover os direitos do ser humano, em detrimento das prerrogativas estatais. Assim, a garantia dos direitos humanos constitui legítimo interesse internacional, não se limitando à mera atuação interna de cada Estado, a qual passa a ser disciplinada pelas normas internacionais.

1.1.3 Internacionalização dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial

O verdadeiro reconhecimento dos direitos humanos no âmbito internacional ocorre em meados do século XX, em razão do advento da Segunda Guerra Mundial. Com efeito, referida guerra foi responsável por comprovar que o Estado pode ser o maior violador de direitos humanos, haja vista o horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial da Era Hitler na Alemanha.

A Segunda Guerra Mundial representa a completa ruptura para com os direitos humanos, na medida em que há a coisificação da pessoa, tornando o ser humano um ser supérfluo e descartável. O reconhecimento da pessoa como sujeito titular de direitos apenas era atribuído a uma raça – a raça pura ariana –, sendo as demais pessoas representadas pela ideia de homem-supérfluo, ou seja, objeto desprovido de valor e, portanto, descartável.

Em face disso, surge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como “paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável”²⁵, elevando a dignidade humana à valor supremo da sociedade. E, para tanto, há a afirmação da ideia de que a proteção dos direitos humanos constitui tema de legítimo interesse internacional, não podendo a sua

²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 180.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 184.

violação ser vista apenas como questão interna de cada Estado, já que este pode representar o maior ofensor a tais direitos.

Dessa forma, após a Segunda Guerra Mundial, há a criação da sistemática normativa de proteção internacional dos direitos humanos. A grande responsável por esse desenvolvimento normativo é a Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1945, tendo por vocação se tornar a “organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana”²⁶. Dentre os propósitos centrais constantes no art. 1º da Carta das Nações Unidas, está o de manter a paz e a segurança internacional, fomentar a cooperação internacional nos campos social e econômico e, principalmente, promover os direitos humanos no âmbito universal.²⁷

No que se refere à consagração dos direitos humanos, a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) estabelece, em seu art. 55, *in verbis*:

Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

- a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e
- c) o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião.

Em vista disso, em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, é aprovada a Declaração Universal de Direitos Humanos. Retomando o processo ético iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão Francesa, a Declaração da ONU é responsável por elevar ao grau máximo o reconhecimento da igualdade essencial de toda pessoa em sua dignidade humana, consolidando uma ética universal, ao elencar valores de cunho universal

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 214.

²⁷ De acordo com Lafer, a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) representou “um ‘direito novo’ axiologicamente sensível a uma visão kantiana, seja na sua abertura a uma razão abrangente da humanidade seja porque desenhou a possibilidade de efetivar um *jus cosmopoliticum*, um direito cosmopolita. Este traduz a conjectura de uma contenção de discricionariedade da ‘razão de estado’ *ex parte principis* das soberanias impeditivas da tutela jurídica internacional da pessoa humana”. (LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: o desafio do direito a ter direitos. *In*: AGUIAR, Odílio Alves; PINHEIRO, Celso de Moraes; FRANKLIN, Karen. (Orgs.). **Filosofia e direitos humanos**. Fortaleza: UFC, 2006, p. 13/32, p. 22).

que devem ser observados pelos Estados²⁸. Representa, pois, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana, livre e expressamente aceito por parcela considerável dos grupos sociais do Mundo. Nesse sentido, afirma Bobbio²⁹, *in verbis*:

Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas de *fato*, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (Os valores de que foram portadoras as religiões e as Igrejas, até mesmo a mais universal das religiões, a cristã, envolveram de *fato*, isto é, historicamente, até hoje, apenas uma parte da humanidade). Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.

Em seu art. 1º, a Declaração Universal traz os três princípios fundamentais em matéria de direitos humanos – liberdade, igualdade e fraternidade – ao dispor, *in verbis*: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

E, em seu art. 2º, reconhece, como único e exclusivo requisito para a titularidade de direitos, a condição humana, desconsiderando a existência de qualquer diferença biológica, social e cultural para a atribuição de dignidade à pessoa. Com efeito, são os dizeres desse dispositivo, *in verbis*:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

²⁸ De acordo com Bobbio, a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) tem importância crucial para a delimitação do fundamento dos Direitos Humanos. Com efeito, referido autor afirma que: “quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como – em certo sentido – resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar. Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade”. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Regina Lyra. Nova Edição. Apresentação de Celso Lafer. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 46). E completa: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”. (Ibid., p. 47).

²⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Regina Lyra. Nova Edição. Apresentação de Celso Lafer. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 47/48.

Ademais, destaca-se que a Declaração Universal de 1948 consagra a indivisibilidade dos direitos humanos, ao trazer em seu corpo, tanto direitos civis e políticos (arts. 3º ao 21), quanto direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28). Dessa forma, é responsável por demarcar a concepção contemporânea dos direitos humanos, entendidos, assim, como interdependentes e universais, decorrentes da dignidade humana, não sofrendo qualquer influência das peculiaridades sociais e culturais de dada sociedade. Nesse sentido, afirma Piovesan³⁰, *in verbis*:

sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si.

Ainda com relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, cabe destacar que, tecnicamente, ela é uma Resolução e, portanto, não possui força de lei. Constitui, assim, uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus Estados membros. Contudo, considerando que “os Estados-Membros se comprometeram a promover em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades” (Preâmbulo da Declaração de 1948), referido documento é sim dotado de força jurídica vinculante, sendo atribuído aos Estados a obrigação de efetivar a proteção e o respeito dos direitos nele elencados.³¹

Além disso, a vinculação da Declaração de 1948 decorre da diferenciação, feita pela doutrina jurídica, entre direitos humanos e direitos fundamentais – sendo estes os direitos

³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 209/210.

³¹ Nesse sentido é o posicionamento de Piovesan, *in verbis*: “a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’ constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos. Ademais, a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de – na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX – ter-se transformado, ao longo dos mais de cinquenta anos de sua adoção, em direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional”. (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 213/214).

humanos positivados na ordem jurídica interna de cada Estado. Logo, de acordo com Comparato³², “a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigência de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não”.

Cumpre, ainda, elencar outros documentos normativos responsáveis pela internacionalização dos direitos humanos, os quais possuem nítido caráter universalista, pois buscam assegurar a proteção universal dos direitos e liberdades fundamentais. Assim, tem-se a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948); o Estatuto dos Refugiados (1951) e seu Protocolo de 1966; o Estatuto dos Apátridas (1954) e a Convenção para a redução dos Apátridas (1961); a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – (1969); a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979); a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981); a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

Por fim, cabe destacar a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, entendida pela doutrina como a responsável, na atualidade, pela “afirmação da universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relacionamento de todas as gerações de direitos”³³. Com efeito, referida declaração foi obtida de modo consensual, envolvendo 171 Estados, sendo que a base do universalismo dos direitos humanos nela consagrada é a diversidade cultural presente entre todos os Estados que a subscreveram. Nesse sentido, é o disposto em seu §5º, *in verbis*:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

³² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 227.

³³ LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: o desafio do direito a ter direitos. *In*: AGUIAR, Odílio Alves; PINHEIRO, Celso de Moraes; FRANKLIN, Karen. (Orgs.). **Filosofia e direitos humanos**. Fortaleza: UFC, 2006, p. 13/32, p. 32.

Diante de toda essa análise histórico-normativa de reconhecimento dos direitos humanos, verifica-se que as Declarações de Direitos lograram êxito em incutir nas pessoas a ideia de construção de uma sociedade democrática e consensual, em que se garanta a participação dos governados na formação da vontade geral, bem como a salvaguarda dos seus direitos essenciais. Destarte, o Estado é reconhecido como um instrumento por meio do qual a pessoa busca satisfazer os seus Direitos, o que permite constatar que o fundamento legitimador da existência do Estado é garantir e promover os direitos básicos do homem. Em vista disso, a positivação de um catálogo de direitos no ordenamento interno de cada Estado é medida inafastável para a sua efetiva e real concretização, haja vista que o “fim de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem” (art. 2º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão). Logo, torna-se possível, neste estudo, passar à análise da institucionalização dos direitos fundamentais no Brasil, para, posteriormente, analisar o caráter fundamental do direito à saúde.

1.2 Da institucionalização dos direitos fundamentais no Brasil

Conforme restou demonstrado, a situação dos direitos humanos na contemporaneidade é marcada por sua positivação em documentos internacionais, transformando-os em obrigações jurídicas fundadas no valor da dignidade humana, de caráter universal. Referida positivação visa atribuir efetividade à proteção e promoção dos direitos humanos, não implicando a renúncia ao seu caráter de inerentes a todo ser humano. Logo, os direitos humanos são positivados “a fim de lhes conferir uma qualidade jurídico-normativa, possibilitando que sejam reconhecidos como fontes formais de direitos subjetivos e, se caso for, que possam ser deduzidos em juízo ou perante organismos internacionais”³⁴.

Nesse sentido, e buscando tornar inequívoca a vigência efetiva desses direitos no meio social, tem-se também a necessidade de positivação³⁵ dos direitos humanos na legislação interna de cada Estado. Assim, surge a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*).^{36, 37}

³⁴ WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2. ed. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 28.

³⁵ Quanto à positivação dos direitos, afirmam Dimoulis e Martins, *in verbis*: “Um direito só existe juridicamente a partir da sua positivação, que estabelece seu exato alcance. Sem este reconhecimento, tem-se simplesmente uma reivindicação política, que eventualmente pode permitir a positivação dos direitos fundamentais, mas, evidentemente, não permite reivindicar direitos em âmbito jurídico”. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 51).

³⁶ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58.

Por direitos humanos entendem-se as posições jurídicas reconhecidas ao ser humano como tal, possuindo, assim, origem na própria natureza humana, o que lhes atribui caráter inviolável, intemporal e universal. Não estão vinculados a uma ordem jurídica única – são supra-positivos –, sendo exteriorizados nos documentos de direito internacional. Compreendem, dessa forma, “todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual”.³⁸

Por sua vez, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados na ordem constitucional de determinado Estado.³⁹ Possuem, destarte, origem comum aos direitos humanos, pois constituem o resultado da positivação destes, de acordo com as formalidades legais internas de cada país.

Assim, os direitos fundamentais representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana face ao Poder Estatal, haja vista serem limitações impostas pela soberania popular aos poderes estatais, determinando-lhes a forma de organização e atuação racional.⁴⁰ São garantias mínimas que devem ser asseguradas às pessoas, sejam individuais ou organizadas institucionalmente, com esboço na conservação pacífica da sociedade e na promoção do valor humano.

³⁷ Quanto à diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, cumpre destacar a afirmação feita por Zisman, *in verbis*: “Se há distinção semântica entre direitos fundamentais e direitos humanos, no campo pragmático não se concebe diferença, pois a proteção é indispensável para a preservação da dignidade e tais direitos são válidos para todos os povos em todos os tempos. Não é admissível, assim, que direitos humanos não fundamentais, ou seja, sem previsão na Constituição de certo Estado soberano, fiquem sem proteção. A falta da garantia pela simples ausência no rol de direitos constitucionalmente assegurados ofende a ordem pública internacional. A violação de qualquer direito essencial para a dignidade da pessoa humana fere toda a Humanidade, independentemente de tempo e espaço”. (ZISMAN, Célia Rosenthal. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 171/188, p. 173).

³⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 535.

³⁹ Quanto ao conceito de direitos fundamentais, leciona Siqueira Júnior, *in verbis*: “Os *direitos fundamentais* são aqueles reconhecidos pelo Estado, na norma fundamental, e vigentes num sistema jurídico concreto, sendo limitados no tempo e no espaço. Num conceito pleno, os direitos fundamentais são aqueles consagrados na norma fundamental e que dizem respeito a preceitos fundamentais basilares para que o homem viva em sociedade. Afirmar que direito fundamental é apenas aquele reconhecido pela norma fundamental é conceito incompleto, pois nada impede que uma norma que ofenda os direitos humanos ingresse no sistema jurídico sob a denominação de fundamental. A característica essencial dessa categoria de direitos é o fato de ser fundamental para o homem na vida em sociedade”. (SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Direitos Humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 823/855, p. 829/830).

⁴⁰ Nesse sentido, afirma Cunha Júnior, *in verbis*: “os direitos fundamentais constituem o núcleo essencial do ordenamento jurídico-constitucional, servindo de parâmetro e referencial obrigatório para a atuação estatal. E o Estado, como organização política juridicamente organizada, só tem sua razão de ser na *realização e promoção dos direitos fundamentais*, que, em última análise, corresponde à *realização e concretização da própria Constituição*”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 578).

Nesse sentido, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são posições jurídicas previstas constitucionalmente e, portanto, encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, responsáveis por atribuir às pessoas, conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições indispensáveis para assegurar existência digna, livre e harmônica de todas as pessoas.

Todavia, ressalte-se que a previsão de um rol de direitos fundamentais na Constituição – ou em outra legislação interna – de determinado Estado não exclui o dever de observância aos direitos humanos que nele não estejam contidos, haja vista serem estes caracterizados pela inerência – são inerentes a toda pessoa, pelo simples fato de existir como ser humano –, universalidade – pertencem a todas as pessoas, sem qualquer distinção –, indivisibilidade – todos os direitos humanos devem ser observados para a completa promoção e garantia da dignidade humana – e transnacionalidade – independem da nacionalidade ou cidadania da pessoa, bem como da sua enumeração pelo direito interno de cada Estado.⁴¹

Nesse passo, “se a ordem jurídica forma um sistema dinâmico, isto é, um conjunto solidário de elementos criados para determinada finalidade e adaptável às mutações do meio onde atua, os direitos humanos constituem o mais importante subsistema desse conjunto”⁴², que também devem ser observados pelos integrantes do meio social de cada Estado.

Em vista disso, especificamente no Brasil, a positivação dos direitos humanos ocorre, inicialmente, com a Constituição do Império de 1824⁴³, a qual traz rol de direitos fundamentais nos 35 incisos do seu art. 179. Referido rol é retomado, com alguns acréscimos, na Constituição Republicana de 1891, em seu art. 72, e repetido nas Constituições de 1934,

⁴¹ Quanto à diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, disserta Canotilho, *in verbis*: “As expressões <direitos do homem> e <direitos fundamentais> são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2008, p. 393).

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 63.

⁴³ Inclusive, afirma Cunha Júnior, *in verbis*: “A primeira Constituição no mundo a subjetivar e positivar os direitos fundamentais, dando-lhes concreção jurídico-constitucional efetiva, foi a Constituição brasileira de 1824, e não a da Bélgica de 1831, como se costuma apontar”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 601). Todavia, referido autor ressalva, *in verbis*: “Não obstante, é inegável que a Constituição norte-americana, a primeira Constituição escrita do mundo, já continha, nas suas dez primeiras emendas de 1791, uma declaração de direitos”. (Ibid, p. 601, nota de rodapé).

1937, 1946 e 1967/1969, sendo que a Constituição de 1934 é responsável por trazer alguns direitos sociais, além de criar os institutos do mandado de segurança e da ação popular.⁴⁴

Mas, é com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que a ordem constitucional pátria consagra o rol mais extenso de direitos fundamentais. Diferentemente dos anteriores textos constitucionais, a Constituição Cidadã – denominação atribuída por Ulysses Guimarães – positivou tais direitos no início de suas disposições (Título II), o qual traz capítulo próprio para disciplinar os direitos sociais, além de fazer referência a esses direitos em diversas partes do seu texto.⁴⁵ A razão dessa opção feita pelo Constituinte reside nos fundamentos da República Federativa do Brasil, elencados no art. 1º, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana, bem como nos objetivos traçados no art. 3º, evidenciando-se o constante no inciso I, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Ademais, ressalte-se que o art. 5º, §1º, da Carta Magna, consagra a aplicabilidade imediata de todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e, o §2º desse mesmo dispositivo, traz cláusula de abertura quanto aos direitos fundamentais, ao estabelecer que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁴⁶ Além disso, ressalte-se que todos os direitos fundamentais

⁴⁴ Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

⁴⁵ Quanto à inclusão dos direitos sociais no rol de direitos fundamentais, levada a efeito pelo Constituinte de 1988, afirma Rocha, *in verbis*: “Nessa nova dimensão, há de reconhecer o hermeneuta que a nossa Lei Maior acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, que concilia a liberdade com a igualdade, não havendo porque divorciar os direitos individuais dos direitos sociais”. (ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 267/280, p. 271).

⁴⁶ Com relação à questão da hierarquia das normas de direitos humanos advindas do direito internacional, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, se não forem aprovadas de acordo com o §3º do art. 5º da Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos têm natureza supralegal, ou seja, situam-se acima do restante da legislação, apesar de também serem infraconstitucionais. É o que pode ser constatado na ementa do HC 95.967/MS, *in verbis*: “DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu

encontram-se protegidos pela cláusula de irredutibilidade consignada no art. 60, §4º, IV, sendo elevados à condição de limites materiais do poder de reforma constitucional.

Portanto, tem-se que a Constituição Federal de 1988 é responsável pela consagração, no direito interno, do dever estatal de assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social. A dignidade humana é elevada à condição de fundamento de todo o sistema normativo, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e aplicação das normas jurídicas. E, nesse sentido, enquadra-se o reconhecimento da saúde como direito fundamental, conforme será demonstrado a seguir.

1.3 Saúde: direito fundamental por excelência

Conforme já exposto, em face da internacionalização dos direitos humanos, a sua incorporação pelo direito interno de cada Estado se torna processo natural e esperado. No Brasil, tem-se que a Constituição Federal de 1988 é a responsável pela consagração, no direito interno, do dever estatal de assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social. A dignidade humana é elevada à condição de fundamento de todo o sistema normativo, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e aplicação das normas jurídicas. E, nesse sentido, há o enquadramento da saúde como direito fundamental.

Em vista disso, para se obter a correta visualização do caráter fundamental do direito à saúde e, por decorrência, possibilitar o adequado posicionamento do Estado-Juiz perante os conflitos de interesses que surgem no âmbito dos contratos de assistência privada à saúde, faz-se necessária a delimitação conceitual de referido direito, bem como a abordagem da sua consagração pela Carta Magna de 1988, responsável por tornar inequívoca a natureza fundamental do direito à saúde.

bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido”. (HC 95967, Rel. Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 11/11/2008. Publicado em 28/11/2008).

1.3.1 Delimitação conceitual da saúde

O termo “saúde” tem por origem a raiz etimológica *salus*, que designa, em latim, o atributo principal dos inteiros, intactos, íntegros. Já em grego, *salus* decorre do termo *holos* – raiz dos termos holismo e holístico – tomado no sentido de totalidade.⁴⁷

Quanto à análise conceitual da saúde, é interessante iniciar a abordagem pelo conceito trazido por Abbagnano⁴⁸, nos seguintes termos:

É a condição de bem-estar da pessoa nas suas diferentes funções: físicas, mentais, afetivas e sociais; não se identifica com a simples ausência de doença, mas com a plena eficiência de todas as funções: orgânicas e culturais, físicas e relacionais. [...] uma vez que o conceito de S. [saúde] deve ser entendido não só em sentido físico, mas também psicológico e moral, e que se identifica com a idéia de bem-estar em referência à pessoa na sua totalidade, compete situar o problema da S. no horizonte antropológico, que comporta o tratamento de questões não simplesmente médicas, mas propriamente filosóficas, como as de natureza e norma.

O conceito acima transcrito remete à origem do conceito de saúde, pois este decorre da íntima relação existente entre Filosofia e Medicina. Com efeito, o surgimento da Filosofia, na Antiguidade Clássica, traz consigo a substituição do conhecimento mítico pelo conhecimento empírico, na medida em que a realidade passa a ser explicada de modo racional, por meio da observação dos fenômenos da natureza. E a Medicina, por sua vez, passa a investigar a realidade do doente, tendo, assim, uma visão organicista da saúde, pois esta não diz respeito apenas ao corpo, mas também a sua relação com a mente, a sociedade e a natureza.

Nesse passo, médico e filósofo partiam da observação da realidade posta, a fim de buscar uma fundamentação racional para os fenômenos naturais. Mas, enquanto a Filosofia tinha por objeto o cuidado com a alma, o objeto da Medicina era o cuidado com o corpo, sendo a saúde obtida pela união de corpo e alma sãos. Com efeito, de acordo com Aiub e Neves⁴⁹:

⁴⁷ Cf. REZENDE, Nanci Figueirôa. A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentários e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 222/236, p. 223.

⁴⁸ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da primeira edição brasileira por Alfredo Bosi; revisão e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1026.

⁴⁹ AIUB, Monica; NEVES, Luís Paulo. Saúde: uma abordagem filosófica. In: **Revista Cadernos do Centro Universitário São Camilo**. São Paulo, v. 11, n. 1, jan/mar 2005, p. 94-102. Disponível em: <<http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/saude/saude-2.php>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2012.

O que se pretende enfatizar com toda essa comparação entre filosofia e medicina antigas era a concepção de unidade e totalidade inerente a elas. Não se pode falar de equilíbrio do corpo sem o equilíbrio da alma. Igualmente, uma parte do corpo não pode ser curada senão em função do todo do corpo e o corpo não pode ser curado sem ter em conta a alma. Em outras palavras, o homem entendido como um todo.

Ademais, ressalte-se que esse caráter empirista atribuído à Medicina é responsável por traduzir o seu exercício como observação minuciosa de cada caso concreto, ou seja, o método de trabalho médico não buscava a generalização, mas sim tinha por fim definir o melhor tratamento para cada pessoa. A doença era vista como consequência do modo de vida levado por cada indivíduo, sendo tarefa da Medicina, assim, encontrar a fórmula adequada para o cuidado do corpo.⁵⁰

Dessa forma, tanto a Medicina quanto a Filosofia, na Antiguidade, buscaram encontrar o equilíbrio do corpo e da alma – e, portanto, assegurar a saúde do indivíduo –, equilíbrio este obtido por meio da adoção de dieta adequada, que engloba todas as questões relativas ao regime da vida, ou seja, alimentação, ações e emoções, relacionamentos sociais e exercício do pensar. Logo, tinham por preocupação não a cura de doenças, mas sim a profilaxia, ou seja, a manutenção da saúde.

Contudo, tal visão da saúde sofre profunda alteração com a Modernidade, pois este momento histórico provoca a separação de corpo e alma, passando cada um a ser tratado como fenômenos isolados, passíveis, inclusive, de subdivisões. Assim, o corpo deixa de ser visto como um todo, sendo estudado, pela Medicina, de modo fragmentado, dissociando as partes do conjunto e das influências exteriores, o que direciona o enfoque das pesquisas para a busca da cura das doenças, e não mais para a preservação da saúde.

Nesse sentido, destaca-se que o modo de pensar cartesiano é responsável por deixar como herança a dicotomia mente-corpo, influenciando os estudos médicos, os quais

⁵⁰ Nesse sentido, têm-se os dizeres de Hipócrates, médico da Antiguidade, considerado como o pai da medicina, *in verbis*: “o homem só com o alimentar-se não pode estar bem se não fizer também exercício. Os alimentos e os exercícios têm virtudes opostas que, entretanto, colaboram no cuidado da saúde: os exercícios despendem, os alimentos e as bebidas reparam. Vemos, portanto que é preciso conhecer a virtude dos exercícios tanto naturais como forçados, quais contribuem para o aumento das carnes, quais para a sua atenuação; e não somente isso, mais ainda a proporção dos exercícios em relação à quantidade de alimentos, à natureza do indivíduo, à idade, às estações, à mudança dos ventos, à situação dos lugares onde ele vive e à organização do ano. Observaremos o levante e o poente das constelações a fim de prevenir-nos contra as mutações e as condições excessivas dos alimentos, das bebidas, dos ventos e do mundo inteiro, circunstâncias que provocam doenças. Mesmo conhecendo tudo isso, a descoberta não está completa: se, de fato, for possível achar, além disso, para cada natureza individual, uma medida de alimentos e uma proporção de exercícios sem excesso, nem para mais nem para menos, teremos um meio exato de manter a saúde”. (HIPÓCRATES. **Conhecer, cuidar, amar**: o Juramento e outros textos. Trad. Dunia Marino Silva. São Paulo: Landy, 2002, p. 32-33).

passaram a isolar o corpo, para seccioná-lo em partes e se ocupar, apenas, das partes doentes. Com efeito, cabe destacar o seguinte trecho do estudo de Descartes⁵¹, *in verbis*:

Para começar, pois, este exame, noto aqui, primeiramente, que há grande diferença entre espírito e corpo, pelo fato de ser o corpo, por sua própria natureza, sempre divisível e o espírito inteiramente indivisível. Pois, com efeito, quando considero meu espírito, isto é, eu mesmo, na medida em que sou apenas uma coisa que pensa, não posso aí distinguir partes algumas, mas me concebo como uma coisa única e inteira. E, conquanto, o espírito todo pareça estar unido ao corpo todo, todavia um pé, um braço ou qualquer outra parte estando separada do meu corpo, é certo que nem por isso haverá aí algo de subtraído a meu espírito. E as faculdades de querer, sentir, conceber, etc., não podem propriamente ser chamadas suas partes: pois o mesmo espírito emprega-se todo em querer e também todo em sentir, em conceber, etc. Mas ocorre exatamente o contrário com as coisas corpóreas ou extensas: pois não há uma sequer que eu não faça facilmente em pedaços por meu pensamento, que meu espírito não divida mui facilmente em muitas partes e, por conseguinte, que eu não reconheça ser divisível. E isso bastaria para ensinar-me que o espírito ou a alma do homem é inteiramente diferente do corpo, se já não o tivesse suficientemente aprendido alhures.

Por decorrência, a saúde passa a ser identificada com a ideia de ausência de doença, limitada esta apenas às enfermidades que afetam a integridade física da pessoa. Nesse passo, sendo a saúde compreendida sob viés eminentemente biológico, tem-se que, na evolução dos estudos biomédicos, as infecções passam a ser consideradas as principais causas de doenças, o que leva, a partir do final do século XIX, às descobertas dos microorganismos, dos antibióticos e das vacinas.

Contudo, a mera identificação da saúde à ausência de doença caracteriza-se como extremamente restritiva, haja vista que, além de dizer respeito às questões concernentes à prevenção da ocorrência de enfermidades – as quais englobam, inclusive, aspectos exteriores à pessoa, p. ex., acesso a saneamento básico e a fornecimento de água tratada –, a saúde, para a sua concretização, também exige a promoção e a garantia da integridade psíquica, cultural e social do ser humano, não se limitando, pois, somente à plena integridade física.⁵² Nesse passo, notadamente após o advento das duas Grandes Guerras Mundiais, o conceito de saúde sofre profunda reformulação, na medida em que a sociedade começa a buscar qualidade de vida e bem-estar, acompanhada de redução das desigualdades sociais.

⁵¹ DESCARTES, René. **Meditações da Filosofia Primeira**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. (Col. Os Pensadores). São Paulo: Abril, 1973, p. 147.

⁵² Nesse sentido, afirma Perlingieri, *in verbis*: “É reduutivo individuar o conteúdo do chamado direito à saúde no respeito da integridade física, e isto por duas razões: a saúde é também psíquica, pois a pessoa é unidade psicofísica indissolúvel; não é apenas aspecto estático e individual, mas se reconduz ao desenvolvimento sadio e livre da pessoa, constituindo por isso um todo com ela mesma”. (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 774).

Inclusive, tal mudança de paradigma restou consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 25, nos seguintes termos:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Nessa esteira, em 1946, a Organização Mundial da Saúde, no preâmbulo de sua Constituição, conceituou saúde como “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. A partir desta conceituação, verifica-se a introdução das noções de bem-estar⁵³ e de qualidade de vida como aspectos essenciais para o alcance de condição de vida saudável, correspondendo a saúde, assim, ao direito a uma vida plena, fruto da conjuntura social, econômica, política e cultural em que cada pessoa está inserida.

Em vista do exposto, constata-se que a saúde não pode ser compreendida apenas em seu sentido biológico, por ser um fenômeno essencialmente humano, ou seja, é determinada pela infinidade de fatores que influenciam a vida de uma pessoa, seja de ordem natural – biologia, genética –; ambiental – moradia, poluição –; social – relações familiares, trabalho –; cultural e, inclusive, religiosa. Destarte, corresponde ao “resultado da harmonia existente entre a pessoa e seu entorno social, cultural e religioso”⁵⁴, sendo que referido equilíbrio – que se traduz na plenitude física e psíquica do indivíduo, bem como na sensação de satisfação consigo mesmo e com os outros –, confere a cada pessoa os instrumentos e meios para atender, de modo adequado e efetivo, às exigências e desafios apresentados pelo meio social.⁵⁵

⁵³ O conceito de saúde trazido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) é alvo de críticas, em razão da sua amplitude, que lhe tornaria inatingível. Nesse sentido, dissertam Bahia e Abujamra: “No entanto, há de se registrar que a conceituação de saúde formulada pela OMS não satisfaz, tendo em vista que o conceito não é operacional devido a expressão ‘bem-estar’ ser de cunho altamente subjetivo, sendo de difícil quantificação. A implementação desse direito social depende muitas vezes de políticas e verbas públicas suficientes para o completo bem-estar físico, social e mental. O conceito de bem-estar ora formulado é irreal, pois visa a uma perfeição inatingível que não se adapta à realidade fática, afinal o perfeito bem-estar é um objetivo a ser alcançado de acordo com a evolução da sociedade e da tecnologia”. (BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 99, v. 892, fevereiro/2010, p. 37/85, p. 60/61).

⁵⁴ AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 46.

⁵⁵ Quanto aos diversos sentidos contidos na expressão “saúde”, cumpre destacar os dizeres de Aith, *in verbis*: “as saúde suscita, em primeiro lugar, discussões sobre o comportamento do indivíduo. O indivíduo é, em grande parte, responsável pela preservação de sua saúde. De outro lado, a saúde também é um reflexo das influências que o ambiente social produz sobre o indivíduo. Destaca-se ainda um terceiro elemento que também possui,

Nessa esteira, considerando os múltiplos determinantes da saúde, surge a preocupação acerca das formas de garantia e de efetivação do estado de vida saudável, na medida em que este depende não só da atuação da própria pessoa, mas também de todos que estão à sua volta, notadamente do Estado. Logo, busca-se definir o processo de Promoção da Saúde, o qual, segundo a Carta da Ottawa de 1986, *in verbis*:

é o nome dado ao processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria de sua qualidade de vida e saúde, incluindo uma maior participação no controle deste processo. Para atingir um estado de completo bem-estar físico, mental e social os indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente. A saúde deve ser vista como um recurso para a vida, e não como objetivo de viver. Nesse sentido, a saúde é um conceito positivo, que enfatiza os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas. Assim, a promoção da saúde não é responsabilidade exclusiva do setor saúde, e vai para além de um estilo de vida saudável, na direção de um bem-estar global.⁵⁶

Outrossim, a Carta da Ottawa delimita a abrangência da saúde, bem como a finalidade da sua promoção, ao dispor:

A saúde é o maior recurso para o desenvolvimento social, econômico e pessoal, assim como uma importante dimensão da qualidade de vida. Fatores políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais, comportamentais e biológicos podem tanto favorecer como prejudicar a saúde. As ações de promoção da saúde objetivam, através da defesa da saúde, fazer com que as condições descritas sejam cada vez mais favoráveis.

Portanto, a saúde não diz respeito apenas à condição biológica da pessoa – o que remete à noção de doença –, mas sim se traduz no pleno equilíbrio entre os aspectos físico, psíquico e social do indivíduo, sendo, pois, elemento existencial de todo ser humano. Possui a saúde inúmeros fatores de influência direta em sua consecução – estilo de vida, hábitos alimentares, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, remuneração,

dentro dos estudos sobre representações de saúde, uma grande relevância. Trata-se da influência do destino, da sorte, do aleatório sobre a saúde, revelando a forte influência que a religião ainda possui sobre a representação que parte da população possui sobre a saúde e a doença. Por vezes, problemas de saúde são fatalidades intransponíveis, originadas de uma força maior sobre a qual os seres humanos não possuem algum poder. Importante destacar, por fim, que os fatores estruturais do indivíduo, dados por sua condição social dentro do ambiente comunitário, como a origem social e o nível de educação, explicam as diferenças dos estados de saúde, mais do que as condutas individuais existentes entre os diferentes seres humanos”. (AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 48/49).

⁵⁶ Ainda quanto à definição de promoção à saúde, importante mencionar os dizeres da “Carta de Bangkok para a promoção da saúde em um mundo globalizado”, de 11 de agosto de 2005, *in verbis*: “A promoção da saúde é o processo que permite as pessoas aumentar o controle sobre sua saúde e seus determinantes, mobilizando-se (individual e coletivamente) para melhorar a sua saúde. É uma função central da saúde pública e contribui para o trabalho de enfrentar as doenças transmissíveis e não transmissíveis, além de outras ameaças à saúde”.

oportunidade de educação, acesso a serviços médico-hospitalares, acolhimento familiar –, os quais são responsáveis por lhe atribuir caráter histórico-social, bem como por imputar a todos os seres sociais – sejam entes públicos ou privados – o dever de sua promoção e proteção. Mas, acima de tudo, constata-se ser a saúde um direito que deve ser assegurado a todas as pessoas, por ser de essencial importância para o alcance de uma existência digna, o que lhe atribui o caráter eminentemente fundamental perante a ordem jurídica de cada Estado.

1.3.2 Do direito à saúde como direito fundamental na Constituição Federal de 1988

Diante da delimitação conceitual anteriormente traçada, constata-se ser a saúde aspecto inseparável da noção de pessoa humana, por ser uma expressão da personalidade, entendida esta não como direito, mas sim como valor, presente na base de uma série infinita de situações existenciais. Com efeito, a saúde está, inexoravelmente, ligada ao desenvolvimento do homem, em suas diversas projeções – física, psíquica, intelectual, cultural – caracterizando-se, pois, como garantia para a preservação de sua dignidade.

Destarte, sendo a saúde uma das várias feições da personalidade – qualidade do ente considerado pessoa – e, portanto, um dos direitos da personalidade – direitos subjetivos atinentes à própria condição de pessoa –; e, ainda, considerando que os direitos da personalidade são fruto da captação dos valores fundamentais regulados no interior da disciplina civilista, conclui-se que o direito à saúde é um direito fundamental.

Deveras, os direitos fundamentais constituem garantias mínimas que devem ser asseguradas às pessoas, com espeque na conservação pacífica da sociedade e na promoção do valor humano. Visam, assim, proteger o ser humano contra tudo que lhe possa levar à depreciação, isto é, tudo que possa ofender e agredir a sua dignidade, motivo pelo qual se conclui que o direito à saúde, por dizer respeito a interesse essencial da pessoa humana, é um direito fundamental, tanto em sua conceituação formal, quanto em sua conceituação material.⁵⁷

⁵⁷ Cabe ressaltar que, ao se afirmar que os direitos fundamentais são posições jurídicas previstas constitucionalmente, se está diante do que a doutrina denomina de conceito formal dos direitos fundamentais (fundamentalidade formal). Em contrapartida, há os chamados direitos fundamentais materiais (fundamentalidade material), os quais se referem às posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam a dignidade da pessoa humana. Assim: “É a fundamentalidade material que possibilita a abertura da Constituição para outros direitos, também fundamentais mas não constitucionalizados, ou seja, a chamada *cláusula aberta* ou *não tipicidade* dos direitos fundamentais (*norma com *fattispecie* aberta*)”. (ZISMAN, Célia Rosenthal. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 171/188, p. 175).

A fundamentalidade formal do direito à saúde encontra-se consagrada na Constituição Federal de 1988⁵⁸, em seu Título II, o qual dispõe acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais, especificamente em seu art. 6º, que qualifica a saúde como direito social. Diante disso, no Título VIII, que dispõe sobre a Ordem Social, a Carta Magna dedica, dentro do Capítulo da Seguridade Social, seção exclusiva à saúde (arts. 196 a 200), reconhecendo-a como direito de todos e dever do Estado, além de identificá-la com a necessidade de promoção, prevenção, proteção e recuperação de doenças.

Diante do texto constitucional, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990⁵⁹, ao prever que a “saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (art. 2º, *caput*), reproduz, no §1º, do seu art. 2º, os dizeres do art. 196 da Constituição Federal de 1988, ao dispor que, *in verbis*:

O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.⁶⁰

Já quanto à fundamentalidade material do direito à saúde, verifica-se ser este decorrência direta de dois outros direitos fundamentais, os quais representam a base axiológica de todo o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana e o direito à vida.⁶¹

⁵⁸ A Constituição Federal de 1988 é responsável por alçar a saúde ao patamar de direito fundamental, na medida em que, da análise dos textos constitucionais anteriores, verifica-se que a previsão do direito à saúde se limitou apenas à delimitação da competência legislativa para o seu disciplinamento. Com efeito, na primeira Carta Magna brasileira – promulgada em 1824 –, a menção à saúde se restringiu à garantia do exercício da atividade laboral: “Art. 179. [...] XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos”. Por sua vez, a Constituição Federal de 1891 não cuidou do tema “direito à saúde”. Já as Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, restringiram-se a atribuir à União a competência para legislar sobre a proteção da saúde, nos arts. 10, II; 16, XXVII; 5º, XV, b; 8º, XIV e XVII, respectivamente. Por fim, a Carta Magna de 1969 atribuiu à União a competência para estabelecer e executar planos nacionais de saúde, bem como para legislar sobre defesa e proteção da saúde (art. 8º, XIV e XVII, c) e, ainda, determinou que os municípios aplicassem 6% do repasse da União a título de participação dos municípios em programas de saúde (art. 25, §4º).

⁵⁹ A ementa da Lei nº 8.080/90 traz os seguintes dizeres, *in verbis*: “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”.

⁶⁰ Ademais, quanto a abrangência da saúde, importante é o previsto no art. 3º, da Lei nº 8.080/90, nos seguintes termos, *in verbis*: “A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País”.

⁶¹ Nesse sentido, afirma Sarlet, *in verbis*: “Em que pese a inequívoca relevância das posições jurídico-fundamentais ora referidas, é no âmbito do direito à saúde, igualmente integrante do sistema de proteção da seguridade social (juntamente com a previdência e a assistência social), que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a despeito do reconhecimento

Com relação à dignidade da pessoa humana, tem-se que constitui valor intrínseco da pessoa⁶² – ser único e racional, capaz de se guiar, autonomamente, por suas próprias leis –, superior a qualquer preço que queiram lhe fixar. Com efeito, Abbagnano⁶³ traz o seguinte conceito para a expressão dignidade, *in verbis*:

Como “princípio da dignidade humana” entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio” (*Grundlegung zur Met. der Sitten, II*). Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, p. ex., um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. “o que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa *equivalente*; o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem D. [dignidade]”. Substancialmente, a D. de um ser racional consiste no fato de ele “não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo”. A moralidade, como condição dessa autonomia legislativa é, portanto, a condição da D. do homem, e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não têm preço.

Nesse passo, a dignidade da pessoa humana é prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, como princípio basilar da República, consistindo em núcleo constitucional supremo em torno do qual gravitam os demais direitos. De fato, a dignidade enfeixa todos os valores e direitos reconhecidos ao ser humano, pois abarca tanto a sustentação de sua integridade física, psíquica e intelectual, quanto a garantia de sua autonomia e de seu livre desenvolvimento da personalidade. Logo, sendo a saúde condição de bem-estar da pessoa nas suas diferentes funções – físicas, mentais, afetivas e sociais – a concretização do direito à saúde é medida que se impõe para que se atinja uma vida digna, ou

de certos efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, o fato é que a dignidade é, essencialmente, uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mais precisamente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 343).

⁶² Nesse sentido, afirma Barzotto, *in verbis*: “A dignidade da pessoa humana expressa a exigência do reconhecimento de todo ser humano como pessoa. Dizer, portanto, que uma conduta ou situação viola a dignidade da pessoa humana, isso significa que nesta conduta ou situação o ser humano não foi reconhecido como pessoa”. (BARZOTTO, Luis Fernando. Pessoa e reconhecimento: uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 655/681, p. 667).

⁶³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da primeira edição brasileira por Alfredo Bosi; revisão e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 326.

seja, não há dignidade sem saúde, a qual é, portanto, valor fundamental reconhecido universalmente.

Por sua vez, verifica-se que o direito à saúde representa, indiscutivelmente, consequência inafastável do direito à vida. Entendida como “característica que têm certos fenômenos de se produzirem ou se regularem por si mesmos, ou a totalidade de tais fenômenos”⁶⁴, tem-se que a vida constitui pressuposto lógico para a existência dos direitos da personalidade, ou seja, condição *sine qua non* para o exercício de todos os direitos e, por isso, envolve o direito à preservação tanto dos atributos físico-psíquico, quanto dos atributos espiritual-morais da pessoa humana. Dessa forma, a previsão da inviolabilidade do direito à vida no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, significa, em contrapartida, a necessidade de promoção da saúde, uma vez que se tem por inconciliável a proteção da vida sem a atuação, de forma equivalente, com relação à saúde.

Em vista do exposto, constata-se que a saúde, na ordem jurídico-constitucional brasileira é, expressamente, reconhecida como direito fundamental, figurando-se, pois, no ápice do sistema normativo como norma de superior hierarquia, de modo a orientar a produção e a aplicação das normas inferiores, bem como a atuação, dos entes públicos e privados, na sua proteção e promoção. Todavia, ressalte-se que a sua positivação constitucional não constitui requisito imprescindível para a sua identificação como direito fundamental, haja vista a sua total consonância com a ideia de garantia mínima que deve ser assegurada às pessoas, com espeque na conservação pacífica da sociedade e na promoção do valor humano. Logo, a saúde é dotada de relevância incontestável para a preservação da vida humana de forma digna, por ser bem jurídico de natureza existencial essencial às pessoas, responsável por possibilitar o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais por todos os entes humanos.

1.4 Direito à saúde e sua natureza social: a instituição da saúde privada

Conforme já consignado, o reconhecimento da saúde como direito fundamental é inerente à sua importância para o ser humano, por ser um dos componentes e pressuposto do direito à vida e da dignidade humana. Com efeito, a saúde é, inexoravelmente, ligada ao

⁶⁴ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da primeira edição brasileira por Alfredo Bosi; revisão e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1195.

desenvolvimento da pessoa, em suas diversas projeções – física, psíquica, intelectual, cultural – caracterizando-se, pois, como garantia para a preservação de sua dignidade.

Mas, para que a saúde seja, efetivamente, assegurada a todas as pessoas, é necessário que haja a possibilidade de sua oposição a quem se coloque na condição de responsável por sua tutela – Estado e operadora de plano de assistência privada à saúde –, obrigando-o ao cumprimento de determinada prestação sempre que o bem da vida esteja em situação de risco. Em face disso, cumpre delimitar a natureza social do direito fundamental à saúde, bem como o reflexo do seu reconhecimento para os planos privados de assistência à saúde.

1.4.1 Classificação dos direitos fundamentais em face de sua multifuncionalidade

Os direitos fundamentais são dotados de multifuncionalidade, isto é, exercem múltiplas e diversificadas funções na ordem jurídica. Isto se dá devido a dois fatores principais: a) o reconhecimento da existência das perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais⁶⁵; e b) o contexto histórico de surgimento e admissão dos direitos fundamentais, possibilitando-se falar em gerações de direitos.⁶⁶

⁶⁵ Conforme já dito, os direitos fundamentais são princípios jurídicos que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana. Como tais, não podem ser considerados apenas do ponto de vista dos indivíduos, como faculdades ou poderes de que estes são titulares, mas também valem juridicamente do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins a serem garantidos. Assim, afirma-se que referidos direitos possuem dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Enquanto a primeira diz respeito à garantia dos direitos subjetivos individuais, isto é, às posições subjetivas conferidas aos seus titulares, a segunda dimensão refere-se aos princípios objetivos orientadores da ordem jurídica, ou seja, às situações jurídico-objetivas que concorram para o atendimento das expectativas por ele fomentadas. Nesse sentido, os direitos fundamentais apresentam-se, no âmbito constitucional, como conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes estatais, e não somente como garantias negativas dos interesses individuais. Destarte, as normas de direitos fundamentais prescrevem valores que influenciam toda a ordem jurídica, além de delimitar o campo de atuação do Executivo, Legislativo e Judiciário. Em vista disso, Sarlet elenca os desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais – que constituem efeitos potencialmente autônomos em face da perspectiva subjetiva desses direitos –, quais sejam: eficácia irradiante dos direitos fundamentais; a existência de garantias institucionais; reconhecimento de deveres de proteção do Estado; e parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 164/166).

⁶⁶ Ao estudar a evolução dos direitos fundamentais, percebe-se um movimento histórico de expansão e de afirmação progressiva desses direitos, o que possibilita o estudo das gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais. A doutrina apresenta quatro gerações de direitos fundamentais, sendo que Paulo Bonavides defende a existência de uma quinta geração. A primeira geração abarca os direitos civis e políticos, consagrando, assim, as prerrogativas das liberdades individuais da burguesia do século XVIII. A segunda geração refere-se aos direitos sociais, econômicos e culturais, os quais se tratam de direitos de titularidade coletiva, ligados ao valor da igualdade material. A terceira geração tem por fundamento a solidariedade, compreendendo a defesa do meio ambiente, a autodeterminação dos povos, a proteção do consumidor, entre outros. Por fim, a quarta geração resulta da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização desses direitos no plano institucional, compreendendo os direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação, bem assim os direitos relacionados à biotecnologia. A quinta geração, elencada por Bonavides, tem a paz como direito fundamental (BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos

Em face do reconhecimento da multifuncionalidade dos direitos fundamentais – os quais, portanto, não se restringem à clássica função de direitos de defesa em face do Poder Público –, torna-se necessária a classificação destes de acordo com a função exercida, possibilitando, assim, uma maior compreensão de seu campo de abrangência.

Dentre as mais importantes e estudadas classificações funcionais dos direitos fundamentais, encontra-se a desenvolvida por Robert Alexy. Neste estudo, será apresentada a classificação elaborada por esse autor, sem, contudo, menosprezar a existência de tantas outras de igual relevância no estudo de direitos fundamentais.⁶⁷

Segundo os ensinamentos de Alexy, os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grandes grupos: direitos a ações negativas – também conhecidos por direitos de defesa – e direitos a ações positivas – também chamados de direitos a prestações.

Os direitos de defesa representam, em suma, os direitos dos cidadãos contra o Estado, na medida em que possibilitam às pessoas impedir a ingerência do Poder Público em sua esfera jurídica particular. Por isso, são denominados de direitos a ações negativas, haja vista atribuírem, ao ente estatal, à obrigação de abstenção, preservando, pois, o campo de liberdade pessoal dos indivíduos.

Subdividem-se em três os direitos de defesa: a) direitos a não-embaraço de ações, pois cabe ao Estado não impedir ou não dificultar as ações de um titular de direitos fundamentais⁶⁸; b) direitos a não afetação de características e situações, isto é, tutelam-se os bens jurídicos fundamentais contra ações positivas do Estado que os venham atentar⁶⁹; c) direitos a não-eliminação de posições jurídicas, ou seja, o Estado está impedido de retirar da sua ordem jurídica determinadas posições jurídicas concretas do titular do direito.⁷⁰

Por sua vez, os direitos a prestações impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos, os quais se referem, em suma, à redução ou atenuação das

fundamentais. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça** - Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf. Acesso em: 15 de abril de 2013).

⁶⁷ Também se destacam, p. ex., as classificações funcionais de José Joaquim Gomes Canotilho (**Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992) e de Ingo Wolfgang Sarlet (**A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008). Como o intuito deste estudo é a análise do direito fundamental à saúde, tem-se como desnecessário o aprofundamento sobre as diversas classificações funcionais dos direitos fundamentais.

⁶⁸ “A locomoção, a manifestação da crença, a expressão da opinião, a criação de uma obra de arte, a educação dos filhos, a reunião em uma rua e a escolha de uma profissão são exemplos de ações de um titular de um direito fundamental que podem ser impedidas ou dificultadas.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 196).

⁶⁹ “Exemplos de propriedades de um titular de um direito fundamental que podem ser afetadas são viver e ser saudável; um exemplo de uma situação é a inviolabilidade do domicílio.” (Idem, p. 199)

⁷⁰ “A existência de uma posição jurídica significa que uma norma correspondente (individual ou universal) é válida. O direito do cidadão, contra o Estado, a que este não elimine uma posição jurídica sua é, nesse sentido, um direito a que o Estado não derogue determinadas normas.” (Idem, p. 201)

desigualdades sociais e à liberação do indivíduo de suas necessidades mais prementes. Dessa forma, tais direitos buscam obter, pela atuação estatal, as condições jurídicas e materiais favoráveis e indispensáveis ao exercício efetivo e concreto das liberdades asseguradas pelos direitos de defesa.

Os direitos a prestações subdividem-se em dois grupos: em sentido estrito (direitos a ações positivas fáticas) e em sentido amplo (direitos a ações positivas normativas).

Os direitos a prestações em sentido estrito referem-se às prestações que poderiam ser realizadas também por pessoas privadas. São os denominados direitos fundamentais sociais⁷¹, os quais representam “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.⁷² Logo, são exemplos os direitos à saúde⁷³, ao trabalho, à moradia e à educação – direitos estes que se encontram elencados no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Já os direitos a prestações em sentido amplo referem-se aos direitos a atos estatais de criação de normas. Isto é, possui o indivíduo condições para exigir do Estado a imediata emanção de normas concretizadoras e integrativas dos direitos carentes de regulação. Abrangem os direitos a proteção e os direitos a organização e procedimento.

Por direitos a proteção entende-se os direitos do titular de direitos fundamentais, em face do Estado, a que este proteja contra intervenções de terceiros. Para tanto, cabe ao

⁷¹ Segundo Dimoulis e Martins, o “termo ‘direitos sociais’ se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida e de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social”. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 57).

⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.

⁷³ Nesse sentido, destaca-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido”. (RE 607381 AgR. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 31/05/2011. Publicado em 17/06/2011).

Estado demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, além de exigir e realizar essa demarcação. “Direito a proteção são, nesse sentido, direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si.”⁷⁴

Por fim, os direitos a organização e procedimento referem-se desde a proteção jurídica efetiva, até os direitos a medidas estatais de natureza organizacional. Podem ser “tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada ‘interpretação e aplicação concreta’ de normas procedimentais”.⁷⁵ Assim, estão dirigidos ao Poder Judiciário, no que se refere à proteção jurídica efetiva, como também ao Poder Legislativo, quanto à criação de normas procedimentais.

Em vista do exposto, percebe-se que todos os direitos a prestações, enquanto direitos subjetivos, “são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva”.⁷⁶ Toda vez que existir dada relação e o Estado se omitir, ou seja, não agir de forma positiva, o titular do direito fundamental tem o poder de exigir judicialmente esse direito, cabendo ao Judiciário dar-lhe efetividade, assumindo o Estado-juiz, assim, o papel de garantidor dos direitos fundamentais.⁷⁷

Logo, cabe ao magistrado, como representante do poder jurisdicional do Estado, realizar a delimitação entre as posições de direitos fundamentais de diferentes titulares. É tarefa do Estado-Juiz, destarte, partindo dos interesses gerais, criar equilíbrio entre as posições

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 451.

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 474.

⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 445.

⁷⁷ Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 642536 AgR. Relator: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 05/02/2013. Publicado em 27/02/2013).

de direitos fundamentais de cidadãos “ameaçados”, de um lado, e as posições dos “ameaçadores”, de outro lado.

1.4.2 Direito social à saúde e planos privados de assistência à saúde

Partindo-se da classificação funcional dos direitos fundamentais apresentada, verifica-se que os direitos sociais correspondem ao conjunto de prestações de caráter social que o Estado é obrigado a disponibilizar à determinada classe de sujeitos dignos de proteção. Com efeito, de acordo com Sarlet⁷⁸, referidos direitos objetivam “assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada”. Nesse passo, os direitos sociais são estreitamente vinculados aos deveres exercidos pelo Estado enquanto investido do caráter de Estado Social, ao qual incumbe zelar pela adequada e justa criação e distribuição dos recursos e bens essenciais não disponíveis para todas as pessoas que deles necessitam.

Nessa esteira, a concretização dos direitos sociais é responsável por garantir, no plano fático, que o valor da igualdade seja fomentado de modo substancial, haja vista que referidos direitos possuem por finalidade a melhoria das condições de vida das pessoas hipossuficientes, garantindo-lhes amparo e proteção social, de modo a possibilitar a superação das desigualdades sociais. Para tanto, os direitos sociais exigem a intermediação de um terceiro – que, em regra, é o Estado – para a sua efetiva promoção e proteção, a quem é atribuída a incumbência de garantir a todas as pessoas um patrimônio jurídico-material mínimo, ou seja, um núcleo intangível de proteções que, ao se tornarem efetivas, asseguram aos indivíduos as condições essenciais para o seu desenvolvimento digno.⁷⁹

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 218.

⁷⁹ Quanto ao dever estatal de garantia e promoção dos direitos sociais, manifestou o Ministro Celso de Mello, em seu voto proferido no julgamento da STA 175-AgR/CE, publicado em 30/04/2010, *in verbis*: “Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais — que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (José Afonso da Silva, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) —, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito — como o direito à saúde — se qualifica como prerrogativa

Dessa forma, os direitos sociais investem seus titulares de prerrogativas que lhes possibilitam exigir do Estado as prestações positivas indispensáveis à garantia do mínimo existencial e, em contrapartida, atribuem ao Estado o dever de delimitar, implementar e executar políticas públicas – por meio da edição de atos normativos ou da criação real de instalações de serviços públicos –, que promovam o acesso e gozo efetivo desses direitos fundamentais.⁸⁰ Aliás, ressalta-se que o dever estatal de promoção da efetividade dos direitos fundamentais sociais qualifica-se como verdadeira e expressiva limitação à discricionariedade administrativa, obrigando a prevalência da decisão política fundamental.⁸¹

Ademais, quanto ao dever atribuído ao Estado de concretização dos direitos sociais, cumpre consignar que cabe, em primeiro momento, aos Poderes Executivo e

jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional”.

⁸⁰ Sobre referido binômio “direito-dever” decorrente dos direitos sociais, ponderam Bahia e Abujamra, *in verbis*: “o direito indelével de o cidadão obter do Estado prestações positivas, as quais, pela importância que detém, ultrapassam o campo da mera discricionariedade administrativa, para uma inafastável vinculação de índole e força constitucionais, de modo que as pautas de atuação governamental estabelecidas no próprio seio da Lei de Outubro, jamais poderão ser relegadas a conceitos de oportunidade ou conveniência do agente público, eis que não podem transformar-se em mero jogo de palavras, pois, como visto, são indispensáveis à manutenção do *status* de dignidade da pessoa humana”. (BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 99, v. 892, fevereiro/2010, p. 37/85, p. 57/58).

⁸¹ Neste ponto, destaca-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. “A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador” (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido”. (REsp 1068731/RS. Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 17/02/2011. Publicado em 08/03/2012).

Legislativo determinarem a execução de políticas públicas. Contudo, é frequente o descumprimento injustificado e arbitrário desse dever por tais poderes estatais, o que possibilita a atuação do Poder Judiciário, não no sentido de realizar qualquer política pública, mas sim de conferir, àquele que provocou a atuação do Estado-Juiz, o direito fundamental inadimplido por inércia dos Poderes Públicos.⁸²

Tendo em vista tais considerações acerca dos direitos sociais, torna-se possível retomar o objeto central deste estudo, que é o direito à saúde, posicionando-o, dentro da classificação funcional dos direitos fundamentais, como exemplo de direito social.

Deveras, o caráter fundamental do direito à saúde é inquestionável, na medida em que constitui aspecto inseparável da noção de pessoa, bem como por exteriorizar a necessidade de se atribuir ao direito à vida e à dignidade humana um senso mais geral que o simples fato da existência. Outrossim, o atual texto constitucional consagra, expressamente, a saúde dentre o rol de direitos fundamentais, o que é de suma importância para a materialização desse direito no mundo dos fatos, notadamente em razão da autoaplicabilidade prevista no §1º, do art. 5º, da Carta Magna.

Nesse passo, segundo as lições de Alexy, constitui a saúde direito prestacional em sentido estrito – ou seja, direito social –, uma vez que, por conter valor basilar para a vida humana, exige a criação de um regime de promoção e proteção explícito e eficaz, de modo a superar as dificuldades enfrentadas por cada pessoa – devido a não disporem de iguais condições sociais, econômicas e psíquicas –, promovendo, pois, a igualdade substancial entre todos os seres sociais. Logo, a saúde consiste em direito fundamental oponível em face do Estado, em razão de que sua concretização, de modo universal, depende de aporte de recursos materiais e humanos a serem implementados por meio de políticas públicas, tendo o Estado, assim, a obrigação de atuar sempre que a saúde – e, portanto, o bem da vida – esteja sob risco concreto de lesão.

Entrementes, deve-se destacar que, apesar da saúde ser um direito social – caráter este expressamente consagrado no art. 6º da Constituição Federal de 1988 –, também é dotada de dimensão negativa, ou seja, compreende, em sua abrangência jurídica, a ideia de direito de

⁸² Nesse sentido, leciona Pimenta, *in verbis*: “a competência para determinar a realização de políticas públicas incumbe, em primeiro lugar, ao Poder Executivo e ao Legislativo. Todavia, quando descumprem norma constitucional de conteúdo social, deixando de criar obrigações fáticas para que o direito nela contido seja desfrutado pelo seu titular, possibilitam uma atuação pontual do Poder Judiciário, não para determinar a realização de uma política pública, mas para deferir ao indivíduo prejudicado com a omissão inconstitucional, acerca da adoção de providência administrativa, o bem jurídico tutelado pela norma constitucional”. (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A efetivação de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário: cabimento e limites. *In: Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, nº 108, março/2012, p. 89/100, p. 95).

defesa, pois, por ser um bem jurídico fundamental, deve ser protegida contra qualquer agressão de terceiros – sejam particulares ou mesmo o Estado. Dessa forma, “qualquer ação do poder público (e mesmo de particulares) ofensiva ao direito à saúde é, pelo menos em princípio, inconstitucional, e poderá ser objeto de uma demanda judicial individual ou coletiva, em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade”.⁸³

Outrossim, a dimensão negativa do direito à saúde é responsável por imprimir a incidência do princípio da vedação do retrocesso.⁸⁴ Segundo referido princípio, o legislador é impedido de “desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender destas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade”.⁸⁵ Desse modo, no âmbito da saúde privada, p. ex., não pode o legislador revogar, injustificadamente, qualquer das normas protetivas dos interesses dos usuários de plano de saúde – parte vulnerável da relação contratual –, sem que, em substituição, edite nova legislação com nível de proteção igual ou superior à anterior, sob pena de incorrer em atuação eminentemente inconstitucional.

Destarte, sendo a saúde um direito social (art. 6º, da Carta Magna), cabe ao Estado a obrigação de agir e de prestar os serviços necessários para a sua efetivação, em igualdade de condições a todos que dele estejam privados. Por isso, prevê a Constituição Federal de 1988 a imposição da promoção, pelos Poderes Públicos, de políticas socioeconômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196); a remissão da regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde ao legislador ordinário (art. 197); a criação e

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002, p. 01/17. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: janeiro de 2013, p. 10. Referido autor apresenta o seguinte exemplo de ação ofensiva ao direito à saúde: “Uma lei, por exemplo, que tivesse como objetivo impedir a determinados cidadãos o acesso ao SUS, poderia, em princípio, vir a ser declarada inconstitucional e anulada, o que, por si só, já se revela como uma forma de tornar efetivo o direito à saúde, ao menos nesta dimensão importante”. (Ibid, p. 10).

⁸⁴ Sobre a relação existente entre os direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso, consignou o Ministro Celso de Mello, em seu voto proferido no julgamento da STA 175-AgR/CE, publicado em 30/04/2010, *in verbis*: “Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses — de todo inócua — em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais”.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002, p. 01/17. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: janeiro de 2013, p. 10.

fixação de diretrizes do Sistema Único de Saúde - SUS (art. 198); e o estabelecimento de atribuições do SUS em caráter exemplificativo (art. 200).

Outrossim, cabe destacar, face às disposições do texto constitucional, que o direito à saúde, enquanto direito fundamental social, bem como por exigir disciplina legislativa infraconstitucional para a sua implementação, o desenvolvimento de políticas⁸⁶ e o dispêndio de recursos financeiro-orçamentários, não se torna mera promessa do legislador constituinte originário, sendo dotado, pois, de aplicabilidade direta e imediata, conforme preconiza o §1º, do art. 5º, da Carta Magna.⁸⁷ Assim, face às limitações existentes para a promoção da saúde – notadamente de ordem orçamentária –, incumbe ao Estado compatibilizar o caráter prestacional desse direito com os investimentos em políticas públicas necessários para a sua implementação⁸⁸, de modo a disponibilizar à toda a sociedade, de modo equitativo, o melhor acesso a ações e serviços de natureza preventiva e curativa de doenças – sendo destaque o atendimento médico-hospitalar e o fornecimento de medicamentos – e de outros agravos que impeçam a manutenção de uma vida saudável.

Contudo, apesar do Estado brasileiro ter buscado cumprir o dever de editar normas sobre regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde – dentre as quais

⁸⁶ Quanto à definição de políticas públicas, afirmam Gandini, Barione e Souza, *in verbis*: “Entende-se por política pública o conjunto de metas, planos de atuação e de recursos empregados com o fim de satisfazer direitos sociais. O administrador deve identificar quais são as necessidades da sociedade – o que é necessário para que os direitos sociais de uma dada comunidade sejam atendidos – e estabelecer políticas públicas para atendê-las, ou seja, estabelecer planos de atuação, metas e critérios para aplicação dos recursos necessários à efetividade dos direitos sociais do grupo”. (GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde**: impactos orçamentários e judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 255/276, p. 269).

⁸⁷ Nesse sentido, afirmam Bahia e Abujamra, *in verbis*: “O direito à saúde, expresso no art. 196 da CF/88, por ser fundamental à dignidade e à vida da pessoa humana, não pode ser interpretado como mera norma programática, que se limita a traçar princípios, objetivos e programas visando à realização dos fins sociais do Estado, posto que frustra e limita o caráter pluralista, dirigente e principiológico da Carta Política, cujo objetivo direciona-se para a concretização de uma justiça social que legitime o Estado Democrático de Direito (art. 3º, da CF/1988). É também autoaplicável, face à presença em nosso ordenamento jurídico positivo de regras que lhes conferem efetividade, não somente o texto constitucional que a consagra como direito fundamental, pois a legislação infraconstitucional, especialmente através da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990), em seu art. 2º, assinala expressamente que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. (BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *In*: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 99, v. 892, fevereiro/2010, p. 37/85, p. 64).

⁸⁸ Nesse sentido, leciona Sarlet, *in verbis*: “Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 289).

se destaca a Lei nº 8.080/90 –, verifica-se que, no que compete ao dever de prestação direta dos serviços de saúde, ainda não é capaz de atender, de forma eficiente e tempestiva, à demanda crescente da população por atendimento médico-terapêutico.^{89, 90} Aliás, nem mesmo questões relacionadas à prevenção de doenças – p.ex., saneamento básico⁹¹, água tratada, imunizações (vacinas) etc. – são de acesso universal e igualitário pelos cidadãos.

Em vista disso, instala-se o ambiente propício para o desenvolvimento da saúde privada, permitida expressamente no art. 199, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de

⁸⁹ Com relação à ineficiência do Poder Público quanto ao fornecimento de serviços de saúde, importante é a conclusão apresentada pelo Ministro Celso de Mello, em seu voto proferido no julgamento da STA 175-AgR/CE, publicado em 30/04/2010, *in verbis*: “Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo observar que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde”.

⁹⁰ A título exemplificativo, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em pesquisa realizada no ano de 2009, apurou a existência de 431.996 leitos em estabelecimentos de saúde com internação, sendo 152.892 (35,4%) públicos e 279.104 (64,6%) privados. Contudo, ao calcular a taxa de leitos por 1.000 habitantes, verificou-se que ela sofreu uma redução entre os anos de 2005 e 2009, caindo de 2,4 para 2,3 leitos por 1.000 habitantes. Com essa redução, que atinge todas as regiões do País, somente a Região Sul (com 2,6 por 1 000 habitantes) atinge valores deste indicador dentro do parâmetro preconizado pelo Ministério da Saúde, que fica entre 2,5 e 3 leitos por 1 000 habitantes. (Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Publicação: “Estatísticas da Saúde: Assistência Médico-Sanitária – 2009”. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/ams/2009/ams2009.pdf>>. Acesso em: 13 de maio de 2013).

⁹¹ A título exemplificativo, segundo Pesquisa Nacional de Saneamento (PNSB 2008), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), pouco mais da metade dos municípios brasileiros (55,2%) tinham serviço de esgotamento sanitário por rede coletora, que é o sistema apropriado, marca pouco superior à observada na pesquisa anterior, realizada em 2000, que registrava 52,2%. Por sua vez, em relação ao número de economias esgotadas residenciais, houve um avanço importante, no período de 2000 a 2008, no contingente de municípios que já tinham acesso à rede coletora de esgoto. Esse número aumentou 39,5%, com destaque para as Regiões Norte (89,9%) e Nordeste (64,7%), onde poucos domicílios eram atendidos, sendo, portanto, baixa a base de comparação. Em função disso, a proporção de domicílios com acesso à rede geral de esgoto passou de 33,5%, em 2000, para 44,0%, em 2008. No entanto, apenas na Região Sudeste, mais da metade dos domicílios (69,8%) tinham acesso à rede geral. A segunda região em cobertura do serviço foi a Centro-Oeste (33,7%), com resultado próximo ao da Região Sul (30,2%). Seguem-se as Regiões Nordeste (22,4%) e Norte (3,8%). No recorte por Unidade da Federação, os únicos estados com mais da metade dos domicílios atendidos por rede geral coletora de esgoto foram: Distrito Federal (86,3%); São Paulo (82,1%); e Minas Gerais (68,9%). O Rio de Janeiro (49,2%) e o Paraná (46,3%), com quase metade dos domicílios atendidos, se situaram acima da média nacional (44,0%), enquanto os demais apresentaram menos de 35% de cobertura, ficando as menores proporções com os Estados do Amapá (3,5%), Pará (1,7%) e Rondônia (1,6%). (Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Publicação: “Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2008”. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pnsb2008/PNSB_2008.pdf>. Acesso em: 13 de maio de 2013).

direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Assim, a Carta Magna autoriza, ao lado da medicina pública – assistência à saúde prestada diretamente pelo Estado de modo universal e gratuito, organizada sob a forma de um sistema único – a instituição da medicina privada⁹², a qual engloba todos os prestadores de serviços privados de assistência à saúde, que possuem por objetivo a obtenção de lucro com o exercício da atividade, mediante o recebimento de contraprestação pelos serviços prestados. Ressalte-se que “a atuação privada na área da saúde, com exceção daquela exercida por instituições filantrópicas (art. 199 da CF), não é de parceria ou de complementação, mas de concorrência com o serviço público de saúde”.⁹³

Dessa forma, a interpretação a ser feita do *caput* e §1º do art. 199 deve levar em conta que a modalidade de atuação complementar ao Sistema Único de Saúde (SUS) constitui apenas uma das hipóteses possíveis de atuação do setor privado na área de assistência à saúde, a qual será formalizada mediante contrato ou convênio, sendo observadas, a respeito, as normas de direito público (parágrafo único, do art. 24, da Lei nº 8.080/90). Todavia, cabe destacar que todos os entes privados, independente da adoção de atuação complementar ou concorrente à saúde pública, estão vinculados às diretrizes traçadas pelo Sistema Único de Saúde, conforme previsto no art. 22, da Lei nº 8.080/90, *in verbis*: “Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento”.

Nessa esteira, considerando que a saúde é um direito fundamental de natureza social e que a atuação de entes privados no âmbito dos serviços de assistência à saúde é

⁹² Desse modo, no Brasil, todas as pessoas – nacionais ou estrangeiras (art. 4º, II, c/c art. 5º, *caput* e §2º, da Constituição Federal de 1988) – têm, em igualdade de condições, acesso ao sistema público de saúde e, caso assim escolham, podem aderir a contrato de assistência privada à saúde, por meio do qual, mediante o pagamento de contraprestação periódica, terão acesso aos serviços contratados, sem prejuízo do acesso ao serviço público de saúde.

⁹³ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da Rocha. Contratos de assistência médica pré-pagos e disciplina prevista na Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. In: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 229-240, p. 229.

autorizada com o intuito de complementar a atuação do Poder Público, verifica-se que cabe às operadoras de plano de saúde compatibilizar e submeter sua atividade econômica à necessidade de concretização desse direito. Inclusive, destaca-se a existência de dever constitucional de submissão da saúde privada às normas ditadas pelo Poder Público sobre a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde, por serem dotados de relevância pública (art. 197).

Com efeito, a natureza social do direito à saúde imprime ao Estado a obrigação de normatizar e fiscalizar o sistema privado de assistência à saúde, disciplinando, inclusive, questões específicas acerca do conteúdo dos instrumentos contratuais firmados nesse setor. Tal atribuição ao Estado é necessária na medida em que, sob o viés das operadoras de plano de saúde, a atividade por elas desenvolvida consiste em uma atividade de mercado como qualquer outra, em que o objetivo almejado é a obtenção de lucro. Dessa forma, a redação dos contratos de plano de saúde – típicos contratos de adesão – é composta de cláusulas limitativas que excluem determinados procedimentos de cobertura, sem levar em conta os interesses da parte aderente, nem mesmo a natureza do bem jurídico objeto do instrumento contratual.

Outrossim, sob o viés dos usuários dos planos de saúde, o contrato de assistência privada constitui meio adequado de suprir as deficiências do setor público, o qual não consegue fornecer, de modo universal e igualitário, atendimento médico-hospitalar a todos. Dessa forma, referidas negociações são identificadas como instrumentos essenciais e imprescindíveis para a proteção e promoção da saúde dos seus usuários, os quais, por ocuparem posição contratual de dependência, assumem caráter vulnerável no mercado de assistência privada à saúde.

Dessa forma, o sistema privado de assistência à saúde somente é legítimo perante a ordem constitucional brasileira enquanto não permita a completa mercantilização do direito à saúde. Para tanto, é necessário a realização de juízo de ponderação entre os interesses econômicos inerentes à relação contratual e o direito à saúde, em que aqueles devem ceder em face deste, sem que haja sua completa abolição, mas de modo que se adaptem aos valores da vida e da dignidade humana titularizados pelos usuários dos serviços. Portanto, a previsão de limitações na cobertura contratada é própria dos contratos de plano de saúde, visando o equilíbrio entre as prestações pagas pelos usuários e os serviços cobertos pelas operadoras⁹⁴;

⁹⁴ Quanto à legitimidade de previsão de cláusulas limitativas nos contratos de plano de saúde, destaca-se, a título exemplificativo, a seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR - PLANO DE SAÚDE -

contudo, tais limitações não podem impedir ou dificultar o acesso a serviços inerentes à cobertura, pois, neste caso, haverá ofensa ao direito à saúde, sendo cabível, inclusive, a provocação do Poder Judiciário para que interfira na relação contratual, declarando a abusividade da prática adotada.

TUTELA ANTECIPADA - CIRURGIA - PROCEDIMENTO ELETIVO - RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - INEXISTÊNCIA - DOENÇA PREEXISTENTE - CARÊNCIA INFORMADA E CONTRATADA - LICITUDE - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC - RECURSO NÃO PROVIDO. -Sendo o procedimento cirúrgico, recomendado pelos médicos que acompanham a paciente, de natureza eletiva, não há falar em urgência em tal tratamento. Logo, não está presente o requisito do risco de dano irreparável ou de difícil reparação apto a ensejar o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela. -É válida a estipulação de cláusula de carência para cobertura de cirurgia por doenças preexistentes, bem informada no contrato. -Sendo válida a cláusula limitativa de cobertura, a autora não atende o requisito da verossimilhança na alegação de que tenha direito à cobertura, impondo-se a manutenção da decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. -Ausentes qualquer um dos requisitos concomitantemente exigidos pelo art. 273 do CPC, quais sejam, prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. -Recurso não provido”. (Agravado de Instrumento Cv 1.0317.12.005081-8/001. Rel. Des.(a) Márcia De Paoli Balbino. 17ª Câmara Cível. Julgamento em 26/07/2012, publicação da súmula em 02/08/2012).

2 CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

Assentado o caráter fundamental e social do direito à saúde, cumpre, neste capítulo, analisar os contratos de assistência privada à saúde, de modo a identificar a sua adequada caracterização em face da legislação ora vigente, composta, notadamente, pelo Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 9.656/98 e pelas Resoluções emanadas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

De fato, para que se possa compreender a necessidade e os limites da intervenção do Poder Judiciário nos contratos de plano de saúde – tema a ser abordado no 3º capítulo – faz-se mister delimitar a definição e a caracterização dos requisitos constitutivos imprescindíveis para que referidos contratos atinjam seu objetivo central: assegurar aos usuários o adequado acesso aos serviços de assistência médico-hospitalar, em observância ao perfeito equilíbrio entre a cobertura contratada e o valor da contraprestação pecuniária exigida, extirpando qualquer prática abusiva que ofenda o direito fundamental à saúde.

Para tanto, em primeiro lugar, buscar-se-á traçar o desenvolvimento normativo dos contratos de plano de saúde, partindo-se do passado recente do direito brasileiro e, principalmente, a sua análise após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe previsão expressa no sentido de se permitir a atuação de entes privados no ramo de assistência privada à saúde. Em seguida, o foco de análise será o diálogo das fontes existente na regulação dos contratos de plano de saúde, notadamente o diálogo de complementariedade existente entre a Lei nº 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente, será apresentado o conceito do negócio jurídico objeto deste estudo, bem como abordadas as classificações das espécies de planos de saúde. Por sua vez, serão identificadas as oito modalidades de operadoras autorizadas a ofertar planos de saúde no ramo da saúde suplementar brasileiro, destacando as suas principais características. Ademais, será abordado o conteúdo dos instrumentos contratuais, analisando, primeiramente, os efeitos positivos e negativos da adoção do modelo de contratação por adesão para, após, delimitar as cláusulas contratuais obrigatórias nos contratos de plano de saúde. Por fim, serão analisados os reflexos da teoria contratual social nos contratos de plano de saúde, o que exigirá a realização de breve abordagem da evolução principiológica da teoria contratual.

Em vista do exposto, espera-se, ao final deste capítulo, conseguir identificar e diferenciar os contratos de plano de saúde dentre as diversas espécies contratuais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como possibilitar a sua adequada formação,

interpretação e concretização no mercado de saúde suplementar, de modo a alcançar o seu fim último, qual seja, a efetivação do direito fundamental à saúde.

2.1 Desenvolvimento normativo dos contratos de assistência privada à saúde

O objetivo do presente capítulo consiste em analisar os contratos de assistência privada à saúde, traçando as suas principais características – tanto de ordem normativa, quanto de conteúdo e de eficácia –, de modo a se alcançar a sua adequada delimitação e compreensão. Para tanto, é imprescindível proceder à abordagem do desenvolvimento do sistema normativo brasileiro responsável por regular tais contratações. Os apontamentos que serão aqui realizados terão por início o passado recente do direito brasileiro – década de 1920 – e, principalmente, a sua análise após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual traz previsão expressa no sentido de se permitir a atuação de entes privados no ramo de assistência à saúde.

2.1.1 Dos contratos de assistência privada à saúde antes da Constituição Federal de 1988

Pode-se afirmar que o ramo da saúde suplementar no Brasil tem seu início nos anos de 1920 e 1930, quando foram instituídas as primeiras organizações de assistência privada à saúde dos trabalhadores. Com efeito, em 24 de janeiro de 1923, foi aprovado o Decreto nº 4.682, conhecido como Lei Eloy Chaves, o qual regulamentava a previdência social e a assistência à saúde, além de trazer disposição expressa acerca da criação de caixa de aposentadoria e pensão nas empresas de estradas de ferro instaladas no país (art. 1º). Assim, referida lei consiste em um “marco no começo do modelo de financiamento que viabilizaria a assistência privada à saúde individual, representando o início da transferência de responsabilidade do Estado para o setor privado”.⁹⁵

No ano de 1933, quando do então governo do presidente Getúlio Vargas, foram criados os institutos da aposentadoria e pensão para atender certas categorias profissionais, aos quais cabia a compra de serviços médico-hospitalares. Dentre referidos institutos, destacam-se: Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM), criado em junho de 1933; Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários (IAPC), criado em maio de

⁹⁵ COUTINHO, Joana Chagas. Planos de saúde dirigidos ao idoso e as consequências da aplicabilidade - §3º, artigo 5º, da Lei nº 10.741/03. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). **Temas de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 261/278, p. 267.

1934; Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários (IAPB), criado em julho de 1934; e Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (IAPI), criado em dezembro de 1936, que, posteriormente, deu origem à Fundação de Seguridade Social (GEAP). Ressalte-se, ainda, que em fevereiro de 1938, foi criado o Instituto de Previdência e Assistência aos Servidores do Estado (IPASE).

Nos anos de 1940 a 1950, devido à ineficácia da prestação dos serviços fornecidos pelos institutos de pensões e aposentadorias, tem início o processo de instituição, tanto pelo setor público, quanto pelo setor privado, de sistemas de assistência médico-hospitalar para seus funcionários, momento este em que foi criada a Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil, a Patronal e o Instituto de Aposentadoria e Pensão (IAP), este que será substituído, por meio da edição do Decreto-Lei nº 72/66, pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Contudo, é nos anos de 1960 em que se pode afirmar que houve o surgimento dos planos de saúde da forma como são concebidos atualmente. Com efeito, devido ao processo de industrialização e de abertura do mercado interno brasileiro para a instalação de empresas estrangeiras – dentre as quais se destacam as automobilísticas – os empregadores visualizaram a necessidade de possibilitar o acesso a serviços médico-hospitalares aos seus funcionários. Diante disso, surge a medicina de grupo, que consiste no estabelecimento de contratos coletivos, por meio dos quais é disponibilizada cobertura de serviços de saúde aos funcionários das empresas, sendo que referido sistema é financiado pelos empregadores.

Dessa forma, o “florescimento dos planos de saúde iniciou-se com os chamados planos empresariais ou coletivos, em que há participação de empregadores, que arcavam com parte dos custos do pagamento, garantindo, assim, aos seus empregados tratamentos médicos a custo menor”⁹⁶. Com o desenvolvimento do setor, as empresas do ramo de saúde suplementar passaram a contratar com qualquer pessoa que tivesse interesse nos serviços fornecidos, alcançando, assim, todos que não possuíam plano de saúde empresarial.

Nesse passo, em 1966, foi editado o Decreto-Lei nº 73, responsável por regular as operações de seguros e resseguros e instituir o seguro-saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar (arts. 129 a 135). Por meio desse Decreto-Lei, foi criada a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), bem como o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), este último responsável pela edição da Resolução nº 11, de 21 de maio de

⁹⁶ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (et al). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 15/70, p. 16.

1976⁹⁷, que regulamentava, de forma incipiente, o seguro-saúde, haja vista disciplinar apenas o reembolso das despesas médico-hospitalares.

Quanto à definição de seguro-saúde, o Decreto-Lei nº 73/66, em seu art. 130, prevê, em seu *caput*, que consiste no pagamento em dinheiro, efetuado pela sociedade seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado, ressaltando, em seu §2º, que a livre escolha do médico e do hospital é condição obrigatória nesses contratos. No art. 133, há a vedação da cumulação de assistência financeira com assistência médico-hospitalar pela seguradora. Por sua vez, no art. 134, há a proibição de que as sociedades civis ou comerciais que, até a entrada em vigor do decreto-lei, tenham contratado a prestação de serviços análogo à de seguro-saúde, sob qualquer outra denominação, de efetuarem novas transações do mesmo gênero, ressaltando, apenas, a continuidade das relações jurídicas já firmadas no momento do início da vigência da norma.

Ressalte-se, ainda, que ao lado do seguro-saúde, o Decreto-Lei nº 73/66 cria a denominada medicina pré-paga, em seu art. 135, nos seguintes termos, *in verbis*:

As entidades organizadas sem objetivo de lucro, por profissionais médicos e paramédicos ou por estabelecimentos hospitalares, visando a institucionalizar suas atividades para a prática da medicina social e para a melhoria das condições técnicas e econômicas dos serviços assistenciais, isoladamente ou em regime de associação, poderão operar sistemas próprios de pré-pagamento de serviços médicos e/ou hospitalares, sujeitas ao que dispuser a Regulamentação desta Lei, às resoluções do CNSP e à fiscalização dos órgãos competentes.

Contudo, as regulamentações previstas no art. 135 não foram editadas, muito menos havia a fiscalização da aplicação das disposições constantes no Decreto-Lei nº 73/66, o que, aliado “à inoperância do sistema público de saúde, resultou na proliferação de pessoas jurídicas que, mesmo contrariando as disposições normativas referidas, ofereciam, sob diversas modalidades e denominações, serviços de medicina pré-paga”⁹⁸.

⁹⁷ Dentre os dispositivos da Resolução nº 11/76, do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), destacam-se, *in verbis*: “II- O seguro de ‘Reembolso de Despesas de Assistência Médica e/ou Hospitalar’ dará cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar decorrentes de danos involuntários à saúde. [...] IV – Os contratos de seguro poderão garantir o reembolso, ao segurado, dos pagamentos por ele efetuados a terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, pela prestação de serviços de assistência médica e/ou hospitalar, para si e seus dependentes, como, também, poderão garantir o pagamento efetuado pela sociedade seguradora, diretamente à pessoa física ou jurídica prestante do serviço de assistência médica e/ou hospitalar coberto pela apólice. [...] VI – A livre escolha de médico e hospital é condição obrigatória nos contratos de seguros do ‘Reembolso de Despesas de Assistência Médica e/ou Hospitalar’”.

⁹⁸ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SERRANO JUNIOR, Vidal. Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação. In: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.186-228, p. 195.

Desse modo, apesar da instituição do seguro privado e da medicina pré-paga pelo Decreto-Lei nº 73/66, verifica-se que o setor de saúde suplementar atuava sem estar subordinado a uma legislação específica. Com efeito, antes do advento da Constituição Federal de 1988, não existia qualquer texto legal que dispusesse sobre a constituição e o regime das operadoras, que disciplinasse a atuação do Poder Público quanto à fiscalização do setor, muito menos que regulasse os aspectos controvertidos que surgem entre usuários e operadoras do sistema de saúde privada, ocasionando, portanto, o crescimento desordenado desse setor, bem como a adoção de práticas comerciais abusivas por parte das empresas.⁹⁹ Diante disso, aos usuários do sistema de saúde suplementar restava apenas o recurso à restrita normatização do Decreto-Lei nº 73/66 e ao Código Civil de 1916, o qual, destaca-se, era marcado pelo seu nítido caráter patrimonialista, sendo reinante, no âmbito contratual, o princípio da autonomia da vontade¹⁰⁰.

Entrementes, destaca-se ainda, neste período, quatro marcos normativos. O primeiro deles é o Decreto nº 85.022, de 11/08/1980, que determinava a compilação das normas relativas às relações de consumo. Em seguida, houve a aprovação da Lei nº 6.839, em 30 de outubro de 1980, responsável por obrigar as empresas de medicina de grupo e as

⁹⁹ Diante do aumento contínuo de práticas contratuais abusivas, alimentado pela industrialização e pela massificação das relações contratuais, tem início, na década de 1970, o movimento em busca da instituição de proteção aos consumidores, sendo apresentados os primeiros projetos de lei que versam sobre a criação de órgãos de defesa da categoria. Com efeito, relata Silva: “Em 1971, o projeto de lei nº 70-A, de autoria do Deputado Nina Ribeiro, fora rejeitado, de logo, pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Em 1974, Paulo Egydio Martins, Governador de São Paulo, solicitou uma averiguação das normas do ordenamento jurídico pátrio que regiam o setor, resultando na promulgação do Decreto nº 7.890, de 06 de maio de 1976, sendo assim criado o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor. Em 1976, foram instituídas as primeiras entidades civis de defesa do consumidor, estruturando-se, em Curitiba, a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor - ADOC e a Associação de Proteção ao Consumidor – APC, em Porto Alegre”. (SILVA, Joseane Suzart Lopes de. **Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 44).

¹⁰⁰ O princípio da autonomia da vontade significa que a obrigação contratual tem por fonte única a vontade das partes, que podem convencionar o que desejarem, na forma que quiserem, dentro dos limites de ordem pública. Logo, tem como alicerce a ampla liberdade contratual, o poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. À lei cabe apenas assegurar o respeito ao que foi livremente estipulado e fornecer elementos interpretativos ou supletivos da vontade das partes. Contudo, referida conceituação de autonomia da vontade diz respeito à concepção clássica da teoria contratual (século XIX), a qual sofre profundas alterações com o desenvolvimento da concepção social dos contratos (século XX). Com efeito, verifica-se que nesta concepção a vontade permanece como fonte geradora das relações jurídicas, mas estas já estão, previamente, reguladas em abstrato e de forma geral, pelas normas jurídicas. Assim, a lei, ao mesmo tempo em que reconhece a autonomia da vontade das partes, atribui-lhe limites, ao colocar ao seu lado valores como a equidade, a boa-fé objetiva, a função social e a segurança nas relações jurídicas. Desse modo, a autonomia da vontade é substituída pela autonomia privada, representando um dos componentes primordiais da liberdade, exteriorizado pelo poder do indivíduo de autorregular seus próprios interesses, ou seja, a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual. Portanto, “tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade” (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 174).

seguradoras a se registrarem junto aos órgãos competentes para fiscalizar o exercício profissional, que no caso são os Conselhos Federal e Estaduais de Medicina.¹⁰¹ E, em 24/07/1985, por meio do Decreto nº 91.469, foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, ligado ao Ministério da Justiça, cuja atribuição primordial era a organização da política nacional em favor dos consumidores.

Por fim, tem-se a primeira tentativa de normatização dos planos privados de assistência à saúde pelo Legislativo, a qual ocorreu no ano de 1985, no âmbito do Poder Legislativo Federal, sendo a proposição de autoria do então Deputado Rubens Ardenghi. O projeto de lei previa que a tabela de Honorários da Associação Médica Brasileira seria a base para a remuneração profissional nos convênios médicos, contudo a proposta foi arquivada sem apreciação pelas Comissões Permanentes da Câmara dos Deputados.

2.1.2 Do período entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da Lei nº 9.656/98: incidência do Código de Defesa do Consumidor

A Constituição Federal de 1988 constitui marco histórico e jurídico quanto à disciplina do direito à saúde, o qual integra o perfil essencial de cada indivíduo, diretamente relacionado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da dignidade humana. Com efeito, a Carta Magna, em vários de seus dispositivos, reconhece a saúde como direito fundamental, dotado de aplicação direta e imediata, que vincula tanto os Poderes Públicos, quanto os entes privados.

De fato, além de elencar a saúde como direito integrante do rol dos direitos sociais dispostos em seu art. 6º, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, a reconhece como direito fundamental, que deve ser prestada a todos que dela necessitem, em igualdade de condições e, ainda, como dever do Estado, ao qual cabe a obrigação de agir e prestar os serviços necessários para a sua efetivação. Por isso, prevê a Constituição a imposição da promoção, pelos Poderes Públicos, de políticas socioeconômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196); a alusão da regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde ao legislador ordinário (art. 197); a criação e fixação de

¹⁰¹ Com efeito, dispõe o art. 1º da Lei 6.839/80, *in verbis*: “Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros”.

diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) (art. 198); e o estabelecimento de atribuições do SUS em caráter exemplificativo (art. 200).

Ademais, ao lado da medicina pública, a Carta Magna institui a medicina privada, ao dispor, no *caput* do art. 199, que a “assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Dessa forma, o setor de saúde suplementar – o qual engloba todos os prestadores de serviços privados de assistência à saúde, que possuem por objetivo a obtenção de lucro com o exercício da atividade, mediante o recebimento de contraprestação pelos serviços prestados – é recepcionada pelo texto constitucional, devendo encontrar em seus ditames as diretrizes para o seu desenvolvimento e aprimoramento.

Nesse passo, prevê o §1º, do art. 199 que “As instituições privadas poderão participar de forma complementar 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”. Assim, a modalidade de atuação complementar ao Sistema Único de Saúde (SUS) constitui apenas uma das hipóteses possíveis de atuação do setor privado na área de assistência à saúde, a qual será formalizada mediante contrato ou convênio, sendo observadas, a respeito, as normas de direito público. Por decorrência, com exclusão dessa hipótese, a atuação dos entes privados na área da saúde não é de parceria ou complementação, mas sim de concorrência com o serviço público de saúde.

Outrossim, destaca-se que o §2º, do art. 199, veda a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos e, por sua vez, o §3º desse mesmo dispositivo, veda a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei. Por fim, dispõe o §4º, do art. 199, que a “lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

Contudo, apesar da Constituição Federal de 1988 ser expressa quanto à possibilidade de prestação de serviços de assistência à saúde por entes privados, bem como ter determinado a normatização do setor de saúde suplementar (art. 197), o legislador infraconstitucional quedou-se inerte quanto a regulamentação dos princípios, condições e exigências básicas para a atuação daqueles. A legislação permaneceu, assim, restrita às regras constantes no Decreto-Lei nº 73/66, que apenas disciplinam os aspectos econômicos da modalidade de seguro-saúde e cria a possibilidade da medicina pré-paga. Por isso, a situação que se configurou foi de verdadeira imposição das condições estipuladas unilateralmente

pelas operadoras dos planos de saúde em face dos seus usuários, os quais não possuíam outra alternativa a não ser aderir a tais imposições, pois, caso contrário, não teriam acesso aos serviços de assistência à saúde. Assim, a “ausência do controle do Estado sobre as atividades das operadoras de convênios médicos, somada ao imenso volume de associados por contratos de adesão, resultou em hipertrofia da vontade do fornecedor de serviços”¹⁰².

Aliás, ressalte-se que a atuação do legislador sobre o tema específico da saúde suplementar, em momento imediato à promulgação da Constituição Federal de 1988, se limita à inserção de título específico acerca “Dos Serviços Privados de Assistência à Saúde” na Lei nº 8.080/90, denominada Lei Orgânica da Saúde, aprovada em 19 de setembro de 1990. Os sete dispositivos (arts. 20 a 26) que compõem referido título tratam apenas do funcionamento dos serviços privados de assistência à saúde e da participação complementar da iniciativa privada no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), não fazendo qualquer menção quanto a regulação e fiscalização dos serviços prestados pelas operadoras, ou mesmo quanto à forma e ao conteúdo dos contratos de plano de saúde.

Desse modo, o que se verifica, nesse momento, é um verdadeiro crescimento desordenado do setor de saúde suplementar. Com efeito, surge um extenso e variável rol de prestadores de serviços privados de assistência à saúde, composto por: a) profissionais da área da medicina, que prestam diretamente aos pacientes os serviços solicitados ou necessários, mediante contraprestação livremente pactuada (médicos, clínicas, hospitais); b) seguradoras que ofertam no mercado contratos de seguro-saúde, por meio dos quais, mediante o recebimento de um prêmio, aquela garante, no limite da apólice, o reembolso ao segurado ou o pagamento direto dos custos com os serviços de saúde decorrentes de eventos cobertos; c) operadoras de planos abertos de assistência à saúde, as quais, mediante remuneração pré-estabelecida, garantem ao beneficiário o acesso aos serviços de saúde ofertados por profissionais integrantes de rede própria ou credenciada; d) operadoras de planos fechados de assistência à saúde, as quais são empresas, grupos de empresas, associações, sindicatos e entidades de classes profissionais que, apesar de não ter a atividade de assistência à saúde como a sua atividade-fim, administram referidos planos exclusivamente aos seus empregados e participantes/associados.

E, esse extenso rol de prestadores de serviços privados de assistência à saúde, por não encontrar, naquele momento, restrição legal para sua atuação, fixava livremente as

¹⁰² FRAGATA, Mariângela Sarrubbo. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 177/185, p. 181.

doenças e respectivos tratamentos a que se propunha cobrir, o que possibilitava a sua atuação, tão-somente, em seguimentos lucrativos da área médica.¹⁰³ O usuário do sistema privado de saúde apenas tomava conhecimento de referida situação quando lhe era negada a cobertura do tratamento de determinada doença de que estava acometido, o que impulsionava o aumento contínuo de demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário envolvendo usuários e planos de saúde.

Em vista disso, o que se torna o marco legislativo de regulação dos contratos de assistência privada à saúde e de proteção dos seus usuários face à atuação das operadoras, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que entrou em vigor em março de 1991.

O Código de Defesa do Consumidor possui origem constitucional, haja vista a defesa do consumidor ser reconhecida como direito fundamental (art. 5º, XXXII) e como princípio informador da ordem econômica brasileira (art. 170, V), além de haver determinação expressa para a sua elaboração no art. 48 dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. É responsável por inaugurar a concepção social do direito contratual no sistema normativo brasileiro, uma vez que, ao reconhecer o desequilíbrio intrínseco existente nas relações de consumo, institui normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social (art. 1º), com o intuito de coibir as práticas abusivas no mercado de consumo e alcançar a igualdade substancial entre os contratantes. Dessa forma, introduz no âmbito da legislação civilista, princípios gerais que realçam a justiça contratual, o equilíbrio das prestações, a confiança e a boa-fé objetiva que devem imperar entre os contratantes.¹⁰⁴

¹⁰³ Ressalte-se que, em 11/11/1993, o Conselho Federal de Medicina elaborou a Resolução nº 1401 – valendo-se da atribuição conferida pela Lei nº 6.839/80 – em que havia a exigência de que as empresas do ramo de saúde fornecessem o atendimento devido a todas as enfermidades previstas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, sob pena do cancelamento do registro e da aplicação de sanções disciplinares contra os seus responsáveis legais. Contudo, tal determinação foi fortemente questionada pelas operadoras do ramo de saúde privada, sendo constantemente descumprida.

¹⁰⁴ Nesse sentido, afirmam Marques e Schmitt, *in verbis*: “Inicialmente, mister, pois, frisar que o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, tem clara *origem constitucional* (art. 170 e art. 5º da CF e art. 48 do ADCT), sendo que o direito do consumidor, subjetivamente, é *direito fundamental* do cidadão e princípio macro-ordenador da *ordem econômica do País*. É igualmente lei geral principiológica em matéria de relacionamentos contratuais e de acidentes de consumo. *Lei geral principiológica*, porque não trata especificamente de nenhum contrato firmado entre consumidor e fornecedor em especial, nem de atos ilícitos específicos, mas estabelece novos parâmetros e paradigmas para todos esses contratos e fatos juridicamente relevantes, que denomina, então, de *relações de consumo* (art. 4º do CDC). Essa lei consumerista regula, assim, todo fornecimento de serviços no mercado brasileiro e as relações jurídicas daí resultantes, inclusive os de natureza “securitária” (§2º do art. 3º do CDC)”. (MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima *(et al)*. **Saúde e Responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71-158, p. 112).

Dentre as espécies de relações jurídicas existentes, o Código de Defesa do Consumidor é responsável por regular a relação de consumo, entendida esta como a relação firmada entre o consumidor (arts. 2º, 17 e 29) e o fornecedor (art. 3º, *caput*), que possui por objeto a aquisição de produtos (art. 3º, §1º) ou a prestação de serviços (art. 3º, §2º). Desse modo, as contratações de planos de assistência privada à saúde são nítidas relações de consumo, haja vista que os seus beneficiários, ao serem destinatários finais dos serviços médico-hospitalares, se enquadram no conceito legal de consumidor, enquanto que as operadoras/seguradoras, ao fornecerem o serviço de saúde objeto da contratação, de forma reiterada e mediante remuneração, se enquadram no conceito legal de fornecedor. Portanto, o Código de Defesa do Consumidor tem plena incidência nos contratos de assistência privada à saúde.

Ademais, ressalte-se que o Código Consumerista, dentre os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, prevê o respeito à dignidade, à saúde e à segurança dos consumidores (art. 4º, *caput*) e, dentre o rol de direitos básicos do consumidor, assegura a proteção da vida, da saúde e da segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos (art. 6º, I). Dessa forma, a garantia do direito à saúde no âmbito das relações privadas encontra-se expressamente consagrada no Código de Defesa do Consumidor, o que reforça a observância dos seus ditames para o controle das práticas adotadas nos contratos firmados no setor da saúde suplementar.

Em vista disso, o recurso ao Código de Defesa do Consumidor – sem esquecer, é claro, dos ditames constitucionais, que devem orientar a aplicação de todas as normas jurídicas – constitui o fundamento para que o Poder Judiciário possa, nesse momento, analisar as demandas que lhe eram apresentadas pelos usuários dos planos de saúde¹⁰⁵, reprimindo as

¹⁰⁵ Nesse sentido, tem-se o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva. 1. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade. 3. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 158.728/RJ. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgado em 16/03/1999. DJ 17/05/1999, p. 197).

diversas práticas abusivas efetivadas pelas operadoras/seguradoras.¹⁰⁶ Com efeito, dentre os dispositivos constantes no Estatuto Consumerista que embasam a intervenção judicial nos contratos de assistência privada à saúde, destaca-se a previsão da possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais (art. 6º, V), bem como a declaração de nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.¹⁰⁷

Contudo, apesar do Código de Defesa do Consumidor ter proporcionado certa limitação à atuação das operadoras de planos de assistência privada à saúde, impedindo a adoção de práticas que restrinjam direitos ou obrigações inerentes ao contrato ou que onerem excessivamente o usuário, verifica-se que a ausência de norma reguladora específica sobre o setor de saúde suplementar ainda era um problema. Com efeito, havia a necessidade de uniformização dos entendimentos jurisprudenciais já consolidados, de normatização da forma de constituição e do regime das operadoras, da definição de pontos controvertidos que surgiam nessas contratações – p. ex., período de carência, reajustes, rescisão contratual etc. –, bem como de permissão de atuação administrativa fiscalizadora mais incisiva.

Desse modo, após alguns anos de intensos debates pelo Legislativo Federal para a criação de uma disciplina jurídica dos planos privados de assistência à saúde¹⁰⁸, em 03 de junho de 1998, a Lei nº 9.656 é sancionada pelo Presidente da República.

¹⁰⁶ Dentre as principais questões suscitadas nas demandas judiciais envolvendo usuários e operadores de plano de saúde, destacam-se: a negativa de fornecimento/custeio de procedimentos médico-hospitalares e medicamentos; as cláusulas de exclusão de doenças crônicas, infecto-contagiosas, preexistentes; as negativas relacionadas a tratamentos de cunho estético; a rescisão contratual de modo unilateral; as cláusulas de reajuste em razão da mudança de faixa etária; os períodos de carência etc.

¹⁰⁷ Destacam-se, ainda, as presunções do §1º do art. 51, *in verbis*: “Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade 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 equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

¹⁰⁸ As discussões legislativas, que culminaria com a edição da Lei nº 9.656/98, teve início no ano de 1985, com a apresentação de projeto de lei pelo então Deputado Federal Rubens Ardenghi. Em 1991, a Deputada Irma Passoni apresentou novo projeto de lei, contudo, ambos os projetos foram arquivados. Também em 1991, o Deputado José Augusto Curvo apresentou novo projeto de lei, que foi apensado ao texto que deu origem à Lei nº 9.656/98. Em 1993, foi apresentado o Projeto de Lei nº 93/93, pelo Senador Iram Saraiva, o qual foi aprovado pelo Senado Federal, mas referido texto foi totalmente alterado pelo Projeto de Lei nº 4.425/94, do Deputado Iberê Ferreira. Este último projeto de lei foi aprovado na Câmara dos Deputados e, no final de 1997, o Senado Federal deu início ao processo legislativo, sendo que o texto, composto por 36 artigos, admitia a exclusão de cobertura de doenças preexistentes, congênitas e infecto-contagiosas, bem como previa aumento de mensalidade em razão de mudança de faixa etária e, no que concerne ao órgão responsável pela regulação do setor de saúde suplementar, atribuía tal função à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Referido projeto foi alvo de intensas críticas por parte de vários segmentos da sociedade, principalmente os órgãos de defesa do consumidor, mas, devido à manifestação do então Ministro da Saúde José Serra, no sentido de que faria as modificações necessárias por meio de medida provisória, para solucionar os pontos pendentes da lei a ser aprovada, o projeto de lei foi aprovado pelo plenário, sendo sancionada, sem vetos, pelo Presidente da

2.1.3 Dos contratos de plano de saúde após a edição da Lei nº 9.656/98 e a situação normativa atual

De acordo com a sua ementa, a Lei nº 9.656/98, de 03 de junho de 1998, dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Consiste, assim, em verdadeiro divisor de águas do ramo de saúde suplementar, haja vista ser a primeira lei que, de fato, regulamenta o art. 199 da Constituição Federal de 1988.

Contudo, a aprovação da Lei nº 9.656/98 não ocasiona o término das discussões quanto ao seu conteúdo, razão pela qual, um dia após ter sido sancionada, foi alvo de sua primeira alteração, promovida pela Medida Provisória nº 1665, de 04 de junho de 1998. Referida Medida Provisória foi reeditada 44 vezes, sendo que algumas reedições receberam nova numeração – nº 1730, 1801, 1908, 2097 –, estando atualmente em vigor a Medida Provisória nº 2177-44, de 24 de agosto de 2001. Ressalte-se que, de acordo com o art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/01¹⁰⁹, a Medida Provisória nº 2177-44 vigorará por prazo indeterminado, até que Medida Provisória ulterior a revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Nesse passo, quando da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98 – a qual ocorreu noventa dias após a data de sua publicação (art. 36) – o setor de saúde suplementar passou a ser regulado por um sistema bipartite: a regulação da atividade econômica cabia ao Ministério da Fazenda, por meio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP); e a regulação da assistência à saúde foi conferida ao Ministério da Saúde, mediante a atuação do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) e da Secretaria de Assistência à Saúde (SAS), por meio do Departamento de Assistência à Saúde (DESAS).

Com a edição da Medida Provisória nº 1908-18, de 24 de setembro de 1999, referido quadro regulatório é unificado, assumindo o Ministério da Saúde a regulação tanto do aspecto econômico-financeiro, quanto da assistência à saúde do setor de saúde suplementar. Para tanto, o CONSU absorve as atribuições do CNSP, enquanto a SAS/DESAS, as da

República. (Cf. GREGORI, Maria Stella. O processo de normatização do mercado de saúde suplementar no Brasil. In: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 246/266, p. 247/249).

¹⁰⁹ A Emenda Constitucional nº 32/2001 é responsável por alterar os dispositivos constitucionais referentes à forma de adoção e tratamento das medidas provisórias pelos Poderes Executivo e Legislativo, exigindo fato político e jurídico de extrema relevância para a vida nacional e para a preservação do Estado Democrático de Direito a justificar a edição de medidas provisórias.

SUSEP. Dessa forma, a partir deste momento, as operadoras passaram exclusivamente a operar planos privados de assistência à saúde, continuando as outras atividades securitárias sob a responsabilidade da SUSEP e CNSP, subordinadas ao Decreto-Lei nº 73/66.

Em 25 de novembro de 1999, é criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a edição da Medida Provisória nº 1.928, reeditada pela Medida Provisória nº 2012-2 e convertida na Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Consiste em autarquia sob o regime especial – o que lhe confere autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes – vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro/RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde (art. 1º, da Lei nº 9.961/00). Possui por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País (art. 3º).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) assume para si todas as atribuições antes conferidas à SAS/DESAS. Além disso, é subordinada às diretrizes fixadas pelo CONSU, cujas competências estão delineadas no art. 35-A¹¹⁰ da Lei nº 9.656/98. A sua atuação é controlada por um contrato de gestão, firmado com o Ministério da Saúde e aprovado pelo CONSU, sendo seus diretores nomeados pelo Presidente da República, previamente aprovados pelo Senado Federal, para exercerem mandatos fixos e não coincidentes (arts. 5º ao 13 da Lei nº 9.961/00).

Dentre as competências da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), destacam-se: propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU) para a regulação do setor de saúde suplementar; estabelecer as características gerais

¹¹⁰ Art. 35-A. Fica criado o Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência para: I - estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar; II - aprovar o contrato de gestão da ANS; III - supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS; IV - fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre: a) aspectos econômico-financeiros; b) normas de contabilidade, atuariais e estatísticas; c) parâmetros quanto ao capital e ao patrimônio líquido mínimos, bem assim quanto às formas de sua subscrição e realização quando se tratar de sociedade anônima; d) critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores; e) criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou outros instrumentos que julgar adequados, com o objetivo de proteger o consumidor de planos privados de assistência à saúde em caso de insolvência de empresas operadoras; V - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões. Parágrafo único. A ANS fixará as normas sobre as matérias previstas no inciso IV deste artigo, devendo adequá-las, se necessário, quando houver diretrizes gerais estabelecidas pelo CONSU.

dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656/98, e suas excepcionalidades; definir, para fins de aplicação da Lei nº 9.656/98, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades; estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.884/94; fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656/98, e de sua regulamentação; articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078/90 (art. 4º, da Lei nº 9.961/00).

Por sua vez, no que se refere à disciplina propriamente dita dos planos de saúde, também é verificada a ocorrência de algumas alterações ao longo da vigência da Lei nº 9.656/98. Com efeito, quando da entrada em vigor de referida lei, seu art. 1º era expresso em afirmar que estavam submetidas às suas disposições as pessoas jurídicas de direito privado cujas atividades consistissem em operar planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica de regência das respectivas atividades.

Desse modo, a Lei nº 9.656/98 manteve, inicialmente, a distinção, até então existente, entre planos e seguros privados de assistência à saúde, conforme definições constantes na redação original dos dois incisos do §1º do seu art. 1º, *in verbis*:

§1º Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, consideram-se:
 I - operadoras de planos privados de assistência à saúde: toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com atendimento em serviços próprios ou de terceiros;
 II - operadoras de seguros privados de assistência à saúde: as pessoas jurídicas constituídas e reguladas em conformidade com a legislação específica para a atividade de comercialização de seguros e que garantam a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e reembolso de despesas, exclusivamente.

Contudo, em que pese o disposto no art. 1º, a Lei nº 9.656/98, em seu art. 2º, facultava às operadoras de planos de saúde o reembolso ao consumidor das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo plano, bem como às operadoras de seguros de saúde pagar, diretamente aos prestadores escolhidos pelo segurado, as despesas advindas de eventos cobertos e, ainda, apresentar lista referencial de prestadores de serviços de assistência à saúde, sem prejuízo da livre escolha pelo segurado. Assim, a possível distinção existente entre plano e seguro de saúde era praticamente anulada face ao previsto em referido dispositivo legal.

Nesse passo, com a edição da Medida Provisória nº 1976-22, de 11 de janeiro de 2000, é abolida a distinção entre plano e seguro de saúde – o que foi mantido pela Medida Provisória nº 2177-44/01, atualmente em vigor –, passando a Lei nº 9.656/98 a prever apenas um produto: os planos de saúde. Com efeito, o art. 1º, inciso I, passa a definir Plano Privado de Assistência à Saúde nos seguintes termos:

Plano Privado de Assistência à Saúde: 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, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

E, quanto à definição de Operadora de Plano de Assistência à Saúde, prevê o inciso II do mesmo dispositivo, *in verbis*:

Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;

Destarte, diante da extensão da definição legal de contratos de plano de saúde, é possível afirmar que os seguros de saúde constituem uma subespécie daqueles, razão pela qual ambos estão submetidos à mesma disciplina normativa.

Em vista disso, em 12 de fevereiro de 2001, é aprovada a Lei nº 10.185 – obtida pela conversão da Medida Provisória nº 2.122-2, de 2001 –, que determina que as sociedades seguradoras poderão operar o seguro enquadrado no art. 1º, inciso I e §1º, da Lei nº 9.656/98, desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades. Ademais, dispõe, em seu art. 2º, que para efeito da Lei nº 9.656/98 e da Lei nº 9.961/00, enquadra-se o seguro

saúde como plano privado de assistência à saúde e a sociedade seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde.

Dessa forma, considerando a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e, por decorrência, a sua submissão às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), bem como à disciplina emanada do Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU), é possível afirmar que os arts. 129 a 135, do Decreto-Lei nº 73/66, foram tacitamente revogados pela Lei nº 10.185/01.

Aliás, nesse sentido destacam-se os dizeres de Sampaio¹¹¹, *in verbis*:

Diante do que dispõem atualmente as Leis que tratam do assunto (9.656/1998, 9.961/2000 e 10.185/2001), não é temerário afirmar que estão tacitamente revogados os dispositivos do Dec.-lei 73/1966, que disciplinam o seguro-saúde (arts. 129 a 135), não só porque algumas dessas disposições colidem com regras posteriores, v.g., as que submetem as seguradoras que operam neste ramo às normas do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e a que veda acumular assistência financeira com assistência médico-hospitalar, dentre outras, como, principalmente, porque as Leis atualmente em vigor regulam inteiramente a matéria (art. 2º, §1º, da LICC).

Pelo exposto, constata-se que a atual redação da Lei nº 9.656/98 é direcionada para reger todas as atividades que envolvam a cobertura de riscos de assistência à saúde, bem como busca impedir que qualquer atividade realizada pelas operadoras de planos de saúde escape da fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Com efeito, prevê a atual redação do §1º, do seu art. 1º, *in verbis*:

Está 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, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

Outrossim, o §2º, do art. 1º, da Lei nº 9.656/98, é expresso em afirmar que se incluem em sua abrangência as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I

¹¹¹ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 191.

e o §1º desse mesmo dispositivo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração.¹¹²

2.2 Do diálogo das fontes no âmbito da saúde privada

O ramo da saúde privada no Brasil é, atualmente, regulamentado pela Lei nº 9.656/98, responsável por trazer disciplina específica para os contratos de plano de saúde – dispondo sobre cobertura assistencial, abrangência dos planos, rede credenciada, procedimentos e eventos de cobertura restringível, carências, doenças e lesões preexistentes –, bem como por normatizar o controle de ingresso, permanência e saída das operadoras no mercado e a matéria relativa à solvência e liquidez das operadoras. Em complemento às disposições dessa lei, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), no exercício de sua função de regulamentação do mercado de saúde suplementar, emite várias Resoluções Normativas, com o intuito de inibir práticas lesivas aos usuários e promover a estabilidade do setor.

A criação de quadro normativo específico para a disciplina das relações jurídicas do ramo da saúde privada é responsável pela relativização da sua complexidade¹¹³, na medida em que sedimenta, como expectável, um recorte mais delimitado das práticas que podem ser realizadas pelas operadoras dos planos de saúde e, por consequência, torna mais próximo o

¹¹² Contudo, ressalte-se que a Lei nº 9.656/98 exclui do âmbito de sua abrangência as pessoas jurídicas de direito público que realizem atividades próprias de plano de saúde. Conforme afirma Sampaio, a “disposição não merece louvor, já que não são poucas as ocasiões em que pessoas jurídicas de direito público exercem atividades típicas de planos de autogestão, prestando serviços de assistência à saúde aos seus servidores e dependentes, normalmente com patrocínio apenas parcial, cabendo a este o pagamento de contraprestações mensais, que se dizem subsidiadas. A sua exclusão da égide da LPS, além de afastá-las da normatização específica para a atividade, circunstância que é, em si mesma, negativa, torna-as imunes à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar. O fato foi observado pela Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI dos Planos de Saúde, que propôs alteração no §2º do art. 1º da LPS, para incluir na abrangência da Lei as pessoas jurídicas de direito público que prestem serviços de assistência à saúde para os seus servidores”. (SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 193/194).

¹¹³ Segundo Niklas Luhmann, as “expectativas normativas possibilitam, pelo menos em sociedades mais complexas e mais ricas em alternativas, uma mais acentuada redução da complexidade e da contingência”. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 141). Nesse passo, aponta que o direito é evolutivamente variável, sendo o motor dessa evolução “a crescente complexidade da sociedade, que torna mais sensível a discrepância nas diversas dimensões da generalização, exigindo em consequência uma atuação mais eficiente no sentido da generalização congruente, ou seja da seletividade mais rigorosa, levando com isso a um grau mais elevado de sua especialização nessa função. Dessa forma a evolução do direito pode ser observada através de suas condições à complexidade da sociedade, de seus mecanismos de diferenciação de papéis e processos especificamente jurídicos, e de seus resultados no sentido da autonomização de estruturas de expectativas jurídicas, as quais liberam o direito cada vez mais dos entrelaçamentos com a linguagem, com as interpretações globalísticas do mundo, com a verdade, com a *práxis* racional e, finalmente, até mesmo com outras esferas normativas, entre elas principalmente a moral”. (Ibid, p. 122/123).

alcance do objetivo primordial dessas contratações, que é a concretização do direito à saúde. Contudo, não é capaz de excluir a incidência de outras normas jurídicas de caráter mais geral também em vigor na ordem jurídica pátria, devido a possuírem campos de aplicação convergentes, o que ocasiona a submissão dos contratos de plano de saúde a uma pluralidade normativa.

De fato, os contratos de planos de saúde constituem uma espécie de contrato civil, na medida em que, apesar de serem caracterizados pela desigualdade entre os contratantes, enquadram-se no conceito geral de negócio jurídico, observando todos os seus requisitos de existência e validade dispostos no art. 104, do Código Civil, bem como ao regramento da teoria geral dos contratos, disposto nos arts. 421 e seguintes do mesmo diploma legal. Outrossim, outros institutos disciplinados pelo Estatuto Civil são de grande importância nas relações jurídicas de plano de saúde, dentre os quais se destacam: direitos da personalidade – a saúde compõe o rol desses direitos, sendo pressuposto para a concretização dos demais –; pessoa natural; pessoa jurídica; prescrição¹¹⁴; decadência; dentre outros.

Ademais, os contratos de planos de saúde são uma modalidade de contrato de consumo, conceituado este como o “negócio jurídico pelo qual alguém que desenvolve atividade de forma profissional fornece produto ou presta serviço a um destinatário final, fático e econômico, denominado consumidor, mediante remuneração direta ou vantagens indiretas”¹¹⁵. Enquadram-se os seus usuários no conceito de consumidor (art. 2º, 17 e 19) e as operadoras de planos de saúde no conceito de fornecedor (art. 3º, *caput*), sendo o objeto contratual o fornecimento de produtos e serviços de natureza médico-hospitalar.¹¹⁶

¹¹⁴ Quanto à definição do prazo prescricional para revisão de cláusula abusiva de contrato de plano de saúde, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. CONSUMIDOR. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA. PLANO DE SAÚDE. ART. 27 DO CDC. NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL. PRESCRIÇÃO DECENAL. PRINCÍPIO DO NON REFORMATIO IN PEJUS. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. 1. O prazo prescricional de demanda em que se pleiteia a revisão de cláusula abusiva de contrato de plano de saúde é de 10 (dez) anos, nos termos do art. 205 do Código Civil. 2. O art. 27 do Código de Defesa do Consumidor somente se aplica às demandas nas quais se discute a reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, hipótese não configurada nos presentes autos. 3. A aplicação da jurisprudência desta Corte, que considera o prazo decenal da ação revisional de cláusula abusiva de contrato de plano de saúde, implicaria *reformatio in pejus*, motivo por que deve ser mantido o aresto hostilizado por seus próprios termos. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido”. (REsp 1261469/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/10/2012, DJe 19/10/2012).

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio. A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 205/232, p. 219.

¹¹⁶ Nesse sentido, já se manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INTEMPESTIVIDADE. SEGUNDO RECURSO NÃO CONHECIDO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DAS MENSALIDADES. FAIXA ETÁRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. REPETIÇÃO INDÉBITO. PRAZO PRESCRICIONAL. TRÊS ANOS. REPETIÇÃO EM DOBRO DEVIDA. PRIMEIRO

Assim, verifica-se que, ao lado da Lei nº 9.656/98 e das Resoluções-Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), também incidem nos contratos de plano de saúde as disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.¹¹⁷ Cabe ao jurista, portanto, compatibilizar os regramentos específicos dos planos de saúde com as normas civis gerais e as normas consumeristas, de modo a se alcançar a unidade do sistema jurídico em prol da adequada e efetiva aplicação ao caso concreto e, principalmente, a concretização do direito fundamental à saúde. Tal compatibilização normativa se torna possível pelo desenvolvimento da Teoria do Diálogo das Fontes, a qual é responsável por promover sempre os direitos fundamentais do sujeito mais frágil da relação posta sob análise.

2.2.1 Da teoria do diálogo das fontes

A teoria do diálogo das fontes foi trabalhada por Erik Jayme, na Alemanha, em seu Curso de Direito Internacional na Academia de Haia, em 1995, sendo trazida ao Brasil pela jurista Cláudia Lima Marques. O objetivo dessa teoria consiste na busca pela convivência e coordenação de fontes normativas diversas potencialmente em conflito, de modo a se impedir a eliminação de qualquer uma dessas normas, pela sua aplicação simultânea e complementar. Assim, há a superação dos critérios clássicos de resolução de antinomias¹¹⁸ –

RECURSO PROVIDO EM PARTE. [...] 2) A relação jurídica formada entre os associados e os convênios de saúde subsume-se aos ditames insculpidos no Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90, restando enquadrados nos conceitos de consumidor e fornecedor, respectivamente, o conveniado, ou seja, aquele que figura como destinatário final do serviço e a Cooperativa médica, cujo objeto negocial é justamente a prestação de serviços. [...]”. (Apelação Cível 1.0687.10.000043-3/001, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, 16ª Câmara Cível, julgamento em 09/05/2012, publicação da súmula em 18/05/2012).

¹¹⁷ Quanto à não revogação tácita do Código de Defesa do Consumidor – lei geral disciplinadora das relações de consumo – em razão do advento de posteriores leis especiais, disserta Marques, *in verbis*: “Em outras palavras, uma lei especial nova não tem o condão de afastar a incidência do CDC sobre estes determinados contratos de consumo. A lei especial nova regula a relação de consumo especial no que positiva e o CDC continua a regulá-la de forma genérica e em todos os pontos não abrangidos pela lei especial nova. Repita-se, pois, que, no mais das vezes, a lei especial posterior se integra no espírito da lei geral anterior, ainda mais no caso em estudo, de o CDC atuar como ‘lei geral de proteção dos consumidores’, uma vez que representa a ordem pública e constitucional nacional. A lei especial nova geralmente traz normas a par das já existentes (art. 2º, da Lei de Introdução), normas diferentes, novas, mais específicas do que as anteriores, mas compatíveis e conciliáveis com estas. Como o CDC não regula contratos específicos, mas sim elabora normas de conduta gerais e estabelece princípios, raros serão os casos de incompatibilidade”. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 653/654).

¹¹⁸ Bobbio, ao analisar a coerência do ordenamento jurídico, aborda o fenômeno da antinomia. Segundo o autor, “Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o intérprete tende a eliminar. Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas). Mas qual das duas normas deve ser eliminada? Aqui está o problema mais grave das antinomias”. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos

cronológico, hierárquico e especialidade –, por meio da adoção de uma visão sistemático-constitucional do ordenamento jurídico.

Cumprе salientar que o desenvolvimento da teoria do diálogo das fontes é consequência da visão atual do sistema jurídico, que traduz a pluralidade da sociedade atual. Com efeito, o fenômeno da globalização¹¹⁹, além de trazer profundas alterações para o âmbito econômico (globalismo), significando a mundialização dos mercados, também promove a mundialização das condutas, da cultura e dos direitos humanos. A sociedade é marcada pelo pluralismo em todos os seus aspectos (pessoas, financeiro, cultural etc.), o que ocasiona o pluralismo normativo – com a criação dos microssistemas de normas, p. ex., Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso –, que vem a exigir a necessária construção de uma estrutura de convivência de paradigmas e de métodos, a fim da manutenção da unidade sistêmica.

Nesse passo, a ordem jurídica deve ser abordada de modo sistemático e funcional. Aliás, Faria¹²⁰ amplia a necessidade de tal visão, ao afirmar que a sociedade contemporânea é vista numa perspectiva eminentemente sistêmico-funcionalista, ou seja,

como um grande sistema social integrado por subsistemas ou sistemas parciais funcionalmente diferenciados, que operam por meio de estratégias de *variação* (produção de novas possibilidades de atuação e comportamento), de *seleção* (tomada de decisões sobre as possibilidades de

Santos. 6. ed. Brasília: UNB, 1995, p. 91). Diante disso, após diferenciar as antinomias solúveis das insolúveis, apresenta as três regras fundamentais para a solução destas: critério cronológico, critério hierárquico e critério da especialidade. Ao final, aborda a situação em que nenhum dos critérios é capaz de eliminar a incompatibilidade entre as normas, trazendo uma solução que, de forma incipiente, se aproxima do diálogo das fontes: “A terceira solução – conservar as duas normas incompatíveis – é talvez aquela à qual o intérprete recorre mais frequentemente. Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem coexistir? É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, à *eliminação da incompatibilidade*. Às vezes, para chegar ao objetivo, introduz alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação chamada *corretiva*. Geralmente, a interpretação corretiva é aquela forma de interpretação que pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema, ou seja, para evitar o remédio extremo da ab-rogação”. (Ibid, p. 102/103, grifos do autor).

¹¹⁹ Quanto à amplitude conceitual da expressão “globalização”, esclarece Martins, *in verbis*: “Foi fácil compreender no ensinamento de Ulrich Beck que na pós-modernidade uma das caricaturas proeminentes é relacionada à unificação dos mercados ou pelo menos a uma dinâmica mais condicionada à economia. Contudo, forte na mesma lição, se essa ‘era’ for tão-somente relacionada a tal perfil, não se estará tratando de globalização, mas sim de globalismo. Por isso, a globalização deve ser perscrutada não só no aporte mercadológico, mas especialmente nas situações relativas à necessidade de amparo à humanidade, afinal o mundo não é só de mercados”. (MARTINS, Fernando. **Princípio da justiça contratual**. (Col. Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194).

¹²⁰ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 189.

atuação e comportamento admitidas) e de *estabilização* (confirmação e proteção das possibilidades de atuação e comportamento admitidas).

Destarte, a visão sistemático-funcional da ordem jurídica pátria é obtida pela busca da concretização dos valores e direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, os quais devem orientar os operadores do direito no momento da interpretação e da aplicação das normas jurídicas ao caso concreto. Com efeito, as Constituições na pós-modernidade são marcadas pela incorporação de valores e opções políticas gerais e específicas, dotadas de eficácia expansiva por todas as normas e relações jurídicas. Logo, tem-se a constitucionalização do direito, pois a interpretação e a aplicação das normas infraconstitucionais são condicionadas “à realização e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas”.¹²¹

Em vista do exposto, e retomando a análise propriamente dita da teoria do diálogo das fontes, tem-se que esta expressão, cunhada por Erik Jayme, é autoexplicativa. Com efeito, de acordo com Marques¹²²:

A bela expressão do mestre de Heidelberg é semiótica e autoexplicativa: *di-a-logos*, duas “lógicas”, duas “leis” a seguir e a coordenar um só encontro no “a”, uma “coerência” necessariamente “a restaurar” os valores deste sistema, desta “nov-a” ordem das fontes, em que uma não mais “re-vo-ga” a outra (o que seria um *mono-logo*, pois só uma lei “fala”), e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos direitos humanos.

Desse modo, o diálogo das fontes constitui um instrumento interpretativo que busca a coordenação das diversas fontes potencialmente em conflito, de forma a restaurar a coerência do sistema, reduzir sua complexidade e promover os valores constitucionais.¹²³ Para

¹²¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 40.

¹²² MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo de Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17/66, p. 26/27.

¹²³ A teoria do diálogo das fontes é aceita pelos Tribunais pátrios. A título exemplificativo, tem-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE. - A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02. - Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito

tanto, de acordo com Marques¹²⁴, são três os possíveis diálogos entre leis, quais sejam, diálogo sistemático de coerência, diálogo de complementariedade e subsidiariedade, e diálogo de coordenação e adaptação sistemática, que serão aqui analisados de acordo com o arcabouço normativo incidente nas relações de plano de saúde.

2.2.2 Contratos de planos de saúde e diálogo das fontes

Conforme visto, diante da pluralidade normativa no ramo da saúde privada, possui o jurista o dever de buscar preservar o sistema jurídico, fazendo dialogar as fontes diversas existentes. Deve-se socorrer, portanto, do diálogo das fontes, o qual constitui em modo de interpretação, de integração e de aplicação das normas jurídicas incidentes em um mesmo caso concreto, de forma a se obter a coordenação e a coerência sistemática desses vários textos normativos, assegurando, enfim, a harmonia e a efetividade do sistema jurídico em conformidade aos valores e direitos constitucionais.

Nesse sentido, o primeiro diálogo normativo que se destaca é o diálogo sistemático de coerência, o qual ocorre quando uma lei – geralmente de caráter geral – serve de base conceitual para outra – de natureza especial –, havendo, assim, a aplicação simultânea das leis a um mesmo caso concreto. De acordo com Lorenzetti¹²⁵, o “Código Civil cumpre essa função com relação a numerosas leis especiais ou microssistemas jurídicos”, haja vista serem encontradas, em seu texto, as noções de negócio jurídico, pessoa jurídica, prescrição, decadência, nulidade, etc., as quais são aplicadas perante todas as legislações especiais, dentre as quais se destaca, neste estudo, a Lei dos Planos de Saúde.

Ademais, destaca-se que o diálogo de coerência, no âmbito dos contratos de planos de saúde, também ocorre entre a Lei nº 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, o Estatuto Consumerista é lei geral principiológica em matéria de

para o consumidor, ela poderá se somar ao microssistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. - Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia. - Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido”. (REsp 1037759/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 23/02/2010. Publicado em DJe 05/03/2010).

¹²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo de Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17/66, p. 32.

¹²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. Notas e Revisão da tradução Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 211.

relacionamentos contratuais e de acidentes de consumo, conforme lecionam Marques e Schmitt¹²⁶, *in verbis*:

Lei geral principiológica, porque não trata especificamente de nenhum contrato firmado entre consumidor e fornecedor em especial, nem de atos ilícitos específicos, mas estabelece novos parâmetros e paradigmas para todos esses contratos e fatos juridicamente relevantes, que denomina, então, de *relações de consumo* (art. 4º do CDC). Essa lei consumerista regula, assim, todo fornecimento de serviços no mercado brasileiro e as relações jurídicas daí resultantes, inclusive os de natureza “securitária” (§2º do art. 3º do CDC).

Por sua vez, o diálogo de complementariedade e subsidiariedade ocorre quando uma lei pode se somar à aplicação de outra, de forma direta (complementar) ou indireta (subsidiária), pela incidência de suas regras, princípios ou cláusulas gerais nas situações específicas disciplinadas pela lei a ser complementada. Nesse passo, no que se refere aos contratos de planos de saúde, o Código Civil incide de forma complementar às disposições da Lei nº 9.656/98, na medida em que, além de trazer princípios fundamentais das relações contratuais – dos quais se destacam as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social (arts. 421 e 422) –, também traz disciplina específica acerca dos contratos de adesão – dos quais o plano de saúde é uma espécie –, estabelecendo a interpretação mais favorável ao aderente em seu art. 423 e a nulidade de cláusula que estipule a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio em seu art. 424.

Já quanto à incidência complementar do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de plano de saúde, verifica-se não ser possível lhe fazer qualquer objeção, na medida em que referidas contratações constituem espécie de contrato de consumo, sendo o usuário do plano de saúde o consumidor, ou seja, a parte vulnerável¹²⁷ da relação (art. 4º, I),

¹²⁶ MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71-158, p. 112.

¹²⁷ Com relação ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, afirma Martins que “Compreende-se facilmente que a pessoa consumidora é aquela dotada de fragilidade intensa, desde que cotejada no ambiente onde vive: relação com o mercado; relação com o serviço público; relação com a comunicação”. (MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157/196, p. 177). Nesse sentido, completa o autor que “a pessoa exposta ao mercado e aos agentes de transformação desse ambiente (fornecedores) é vulnerável, mesmo que em graus distintos de vulnerabilidade. [...] Daí falar-se em vulnerabilidade *técnica* (aquela do consumidor em face do empresário detentor monopolístico da tecnologia do produto que coloca no mercado); vulnerabilidade *jurídica* (própria do consumidor que desconhece a extensão e conteúdo de suas obrigações nos contratos de adesão, cativos e conexos em contraposição ao empresário que se apresenta como o predisponente contratual); vulnerabilidade *fática* (que expressa o consumidor envolto às suas circunstâncias próprias como ausência de meios econômicos para litígios ou meras reclamações)”. (Ibid, p. 177/178).

cujo dever de proteção pelo Estado está consagrado no texto constitucional como direito fundamental (art. 5º, XXXII). Assim, p. ex., a análise da possível abusividade de determinada cláusula de contrato de plano de saúde pelo magistrado deve levar em consideração, além das disposições específicas da Lei nº 9.656/98, a disciplina acerca de cláusulas abusivas presente no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que referido texto legal consagra, dentre os direitos básicos do consumidor, a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, IV).¹²⁸

Ademais, ressalte-se a importância do Código de Defesa do Consumidor no tema da responsabilidade civil, haja vista que a Lei nº 9.656/98 se limita à disciplina das atividades atribuídas às operadoras, deixando de lado o tratamento das situações em que há o descumprimento de tais atribuições, ou mesmo vício ou falha no seu exercício/fornecimento¹²⁹. Com efeito, tal situação é bem ilustrada pelo exemplo formulado por Marques e Schmitt¹³⁰, *in verbis*:

¹²⁸ Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “DIREITO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA AUTORIZADA. AUSÊNCIA DE COBERTURA DA COLOCAÇÃO DE PRÓTESES INDISPENSÁVEIS PARA O SUCESSO DO PROCEDIMENTO. I - É legal em contrato de plano de saúde a cláusula que limite os direitos do consumidor, desde que redigida com as cautelas exigidas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2 - Entretanto, se a colocação de próteses é necessária para o tratamento cirúrgico autorizado pela seguradora, é abusiva a cláusula que prevê sua exclusão da cobertura. Recurso Especial provido”. (REsp 811.867/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 13/04/2010, DJe 22/04/2010).

¹²⁹ No tema da responsabilidade civil, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL RECONHECIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde, não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, se for o caso. 2. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço. 3. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa. 4. Tendo em vista as peculiaridades do caso, entende-se devida a alteração do montante indenizatório, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios. 5. Recurso especial provido”. (REsp 866.371/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 20/08/2012).

¹³⁰ MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71-158, p. 139.

Imagine-se que, em um contrato novo, um consumidor de planos de assistência à saúde seja lesado por erro médico (esquecimentos da gaze cirúrgica em seu corpo) ou por negativa de atendimento (má interpretação da carência), em hospital e com médico credenciado e/ou conveniado pela operadora. A lei nova nada determina sobre o tema da responsabilidade da operadora pelo fato do serviço (erro médico), mas a Lei 8.078/90 determina a solidariedade de toda a cadeia de fornecedores, diretos e indiretos (art. 14 e §4º, sobre o privilégio de responsabilidade com culpa do médico), determina a possibilidade de inversão do ônus da prova etc.

No que se refere ao terceiro diálogo possível – de coordenação e adaptação sistemática – tem-se a sua ocorrência quando “os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências da outra”¹³¹, instalando-se, assim, situação de influências recíprocas entre as normas, o que se torna concretizável, principalmente, pela interpretação jurisprudencial. Conforme já visto, no que se refere aos contratos de plano de saúde, o Código de Defesa do Consumidor representou o fundamento para que o Poder Judiciário pudesse, antes do advento da Lei nº 9.656/98, analisar as demandas que lhe eram apresentadas pelos usuários, reprimindo as práticas abusivas adotadas pelas operadoras. Nesse sentido, com a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, toda a construção jurisprudencial já consolidada até então sobre os planos de saúde não se perdeu, mas sim foi a base para a interpretação do novo texto legal, constituindo, destarte, verdadeiro diálogo de coordenação entre as normas.

Pelo exposto, conclui-se que a disciplina dos contratos de plano de saúde no direito brasileiro é realizada por um diálogo de fontes¹³², no qual possuem papéis principais a Lei nº 9.656/98, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. Aliás, no que se refere às duas primeiras normas, verifica-se total convergência de suas disposições, na medida em que, ao regular os contratos de plano de saúde, a Lei nº 9.656/98 trata de uma espécie de contrato de consumo, que exige a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor. Outrossim, entre essas duas normas “há total identidade subjetiva, pois esta lei

¹³¹ TARTUCE, Flávio. A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 205/232, p. 209.

¹³² Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “REVISÃO CONTRATUAL C/C DANOS MORAIS - PLANO DE SAÚDE - REAJUSTE DE MENSALIDADE - IDOSO - AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO - ABUSIVIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO SIMULTÂNEA DA LEI 9.565/98 E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DOUTRINA DO DIÁLOGO DAS FONTES - REDUÇÃO DO PERCENTUAL - DANO MORAL - NÃO-CONFIGURAÇÃO -Restando demonstrada a legalidade da previsão de majoração das taxas de mensalidade de planos de saúde por faixa etária, contratualmente prevista, mas impondo-se a fixação de um limite do percentual correspondente, mister a reforma da sentença declarando o limite máximo de majoração da mensalidade anterior, determinando a devolução simples dos valores pagos a maior, acrescidos de correção desde a data do desembolso- A ocorrência de reajustes excessivos das mensalidades do plano de saúde contratado, embora configure inegáveis aborrecimentos, consoante reiterado entendimento jurisprudencial, não constitui, todavia, infração capaz de gerar indenização por danos morais”. (Apelação Cível 1.0145.10.012513-0/001, Rel. Des. Antônio de Pádua, 14ª Câmara Cível, julgamento em 01/03/2012, publicação da súmula em 08/05/2012).

[Lei nº 9.656/98] cuida dos direitos do usuário (consumidor) e da operadora (controlando-a) e o CDC cuida dos direitos dos consumidores nos contratos de serviços remunerados em geral (art. 3º, §2º)”¹³³.

Contudo, contrariando as ponderações até aqui expostas, a Lei nº 9.656/98 estabelece como forma de incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de plano de saúde a sua aplicação subsidiária. Com efeito, dispõe o seu art. 35-G, *in verbis*: “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 nº 8.078, de 1990”.

Todavia, considerando o já consignado, tem-se ser inadequada a mera incidência subsidiária do Código de Defesa do Consumidor prevista no art. 35-G, na medida em que tal legislação constitui lei geral principiológica concernente a todas as relações de consumo, enquanto que a Lei nº 9.656/98 constitui lei especial relativa a apenas uma modalidade de relação de consumo. Logo, deve haver a aplicação cumulativa e complementar do Código de Defesa do Consumidor à Lei nº 9.656/98, haja vista que da “lei geral extraem-se os comandos principiológicos aplicáveis à proteção do consumidor, ao passo que à legislação específica caberá reger, de forma minudenciada, os planos de saúde”.¹³⁴

Destarte, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor surge com o desiderato de promover a adequada e efetiva proteção da parte vulnerável das relações de consumo (art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Constituição Federal; art. 48 dos ADCT), têm-se que a sua incidência nos contratos de plano de saúde é de natureza cogente, haja vista serem estes típicas relações de consumo. Desse modo, completamente desnecessário o art. 35-G da Lei nº 9.656/98, na medida em que, qualquer lei especial que tenha por objeto a disciplina de relação jurídica em que haja a transação de produtos ou serviços entre consumidor e

¹³³ MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71-158, p. 130.

¹³⁴ GREGORI, Maria Stella. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos planos de saúde. *In*: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 20, n. 78, abr-jun/2011, p. 339/351, p. 346. Nesse sentido, também afirmam Marques e Schmitt, *in verbis*: “Há, em verdade, *aplicação cumulativa* de ambas as leis aos contratos novos e aplicação isolada do CDC aos contratos anteriores. *Há aplicação cumulativa aos contratos novos* do CDC, pelo menos de forma unânime “no que couber”, uma vez que a Lei 9.656/98 trata com mais detalhes os contratos de planos privados de assistência à saúde do que o CDC, que é norma principiológica e anterior à lei especial. A aplicação cumulativa e complementar dessas duas leis pode ser verificada também no plano processual, pois há legitimidade de ações ocasionada pelo CDC e legitimidade administrativa criada pela lei especial, tudo ao mesmo tempo, sem exclusão de um pela criação do autor (cumulatividade e complementaridade).” (MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71-158, p. 139).

fornecedor, deverá obedecer ao Estatuto Consumerista, cuja incidência será complementar e cumulativa.

Ademais, destaca-se que o entendimento acerca da aplicação complementar do Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas de plano de saúde restou consagrado, pelo Superior Tribunal de Justiça, na Súmula nº 469, publicada no DJe em 06/12/2010, com o seguinte texto: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”. Ressalta-se, inclusive, que nenhuma ressalva foi feita com relação à época da formação do contrato – se antes ou após o advento da Lei nº 9.656/98 –, o que leva à conclusão de que as normas consumeristas são aplicáveis a todos os contratos de planos de saúde, sejam antigos ou novos.

Portanto, tendo o constituinte optado pela proteção do consumidor, não cabe ao legislador infraconstitucional limitar a sua incidência à mera subsidiariedade. Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor é “*Código* (todo construído sistemático), de *Proteção* (idéia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do *Consumidor*”¹³⁵. Logo, o que se verifica nos contratos firmados após a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98 é um verdadeiro diálogo de fontes, responsável por otimizar a proteção do usuário do plano de saúde, haja vista que o microssistema normativo dos contratos de saúde privada será complementado pelas regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor, sempre em seu benefício¹³⁶, por ser o sujeito vulnerável da relação.

¹³⁵ MARQUES, Cláudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (et al). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71-158, p. 124.

¹³⁶ Marques defende que o diálogo das fontes deve sempre ser aplicado para a promoção dos direitos do consumidor: “O método do diálogo das fontes é uma generosa luz que ilumina nosso olhar, que nos guia para o caminho justo a seguir. O método do diálogo das fontes esclarece a lógica de tutela e proteção especial ao sujeito consumidor do CDC, possibilita uma visão unitária e coerente do direito privado, conforme à Constituição, e eleva a visão do intérprete para o *telos* do conjunto sistemático de normas. Nesse sentido, alerte-se que o método não deve ser usado para retirar direitos do consumidor: o diálogo só pode ser usado a favor do sujeito vulnerável, ou se transformará em analogia *in pejus*. A luz que ilumina o diálogo das fontes em direito privado é (e deve ser) sempre a constitucional, valores dados e não escolhidos pelo aplicador da lei – daí por que o resultado do diálogo das fontes só pode ser a favor do valor constitucional de proteção dos consumidores. [...] Diálogo das fontes é sempre a aplicação harmônica e sistemática das leis especiais e gerais a favor dos direitos fundamentais e dos valores mais elevados, sociais e públicos”. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 728/729).

2.3 Conceito e espécies de planos privados de assistência à saúde

A Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, responsável por dispor sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, define Plano Privado de Assistência à Saúde em seu art. 1º, inciso I, nos seguintes termos, *in verbis*:

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, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Nesse passo, o contrato de assistência privada à saúde consiste em negócio jurídico de prestação de serviços, por prazo indeterminado, de nítida natureza securitária – haja vista que somente são exigidos, pelos beneficiários, caso venham a necessitar de algum exame/tratamento médico, ou seja, dependem de evento aleatório – por meio do qual, em face do pagamento de prestação mensal¹³⁷ pelo cliente/beneficiário, a operadora se obriga a garantir o tratamento da saúde daquele, sempre que necessário. Tal tratamento engloba, de acordo com o §1º, do art. 1º, da Lei nº 9.656/98, a garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como outras características que o diferencie o contrato de plano de saúde de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

Em vista disso, diante das disposições da Lei nº 9.656/98, é possível classificar os contratos de planos de saúde sob três perspectivas: a) quanto ao momento da contratação; b) quanto ao regime da contratação; e c) quanto à cobertura assistencial contratada.

¹³⁷ A exigência de pagamento de prestação mensal pelo beneficiário de plano de saúde constitui a regra geral e não uma obrigatoriedade. Nesse passo, tal situação é inexistente em plano de autogestão operado pelo próprio empregador do beneficiário, com patrocínio integral.

2.3.1 Quanto ao momento da contratação

A Lei nº 9.656/98 traz disposição expressa acerca da sua abrangência temporal. Com efeito, prevê o art. 35, *caput*, que se aplicam as suas disposições a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 02 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto em referida lei.

Diante do estabelecido no dispositivo legal acima citado, duas observações devem ser feitas. A primeira, diz respeito à data de entrada em vigor da Lei nº 9.656/98. De acordo com seu art. 36, a vigência dessa lei teria início noventa dias após a data de sua publicação. Logo, tendo ocorrido a publicação em 4 de junho de 1998, a Lei nº 9.656/98 entrou em vigor em 2 de setembro de 1998, excetuando apenas alguns dispositivos de natureza administrativa que entraram em vigor em 5 de junho de 1998, data da publicação da Medida Provisória 1.665, responsável por introduzir significativas alterações ao texto de referida lei.

A segunda observação diz respeito à ressalva feita com relação aos contratos firmados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999. Com efeito, há o entendimento de que a Lei 9.656/98 permitiu a comercialização de contratos antigos nesse período, o que é corroborado pelo disposto no §1º, do seu art. 12: “Após cento e vinte dias da vigência desta Lei, fica proibido o oferecimento de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei fora das segmentações de que trata este artigo, observadas suas respectivas condições de abrangência e contratação”. Contudo, tal interpretação é equivocada, pois, de acordo com Sampaio¹³⁸, *in verbis*:

embora não estivessem as operadoras, no reportado período, obrigadas a oferecer contratos de plano de saúde com observância do art. 12, não estão esses contratos imunes ao cumprimento da LPS naquilo que não disser respeito à segmentação ali prevista. [...]. Em suma, não se pode negar aos contratos celebrados entre 02.09.1998 e 01.01.1999 a condição de contratos novos, ou, noutra hipótese, considerá-los híbridos, já que subordinados ao cumprimento da Lei 9.656/1998, exceto no que disser respeito à segmentação introduzida pelo art. 12 da mesma Lei.

Dessa forma, é possível afirmar que todos os contratos de plano de saúde firmados a partir de 2 de setembro de 1998 estão sujeitos à observância das disposições constantes na Lei nº 9.656/98.

¹³⁸ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 216/217.

Entrementes, em alguns dispositivos, a Lei nº 9.656/98 traz normas para regular os contratos anteriores à sua vigência, como é o caso do art. 10, §2º¹³⁹, e do art. 35-E¹⁴⁰. Em razão disso, referidos dispositivos legais são objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1931, proposta pela Confederação Nacional de Saúde, sendo que a medida cautelar pretendida foi concedida em parte pelo Supremo Tribunal Federal, o qual determinou a suspensão da eficácia do art. 35-E e da expressão “atuais e” constante no §2º do art. 10, sob o argumento de violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988. Ressalte-se que ainda não houve o julgamento do mérito da ADI nº 1931.¹⁴¹

Diante disso, afigura-se, no mercado de saúde suplementar, a presença de duas espécies de contratos de planos de saúde: os planos antigos – firmados antes da vigência da Lei nº 9.656/98 – e os planos novos – firmados na vigência da Lei 9.656/98.

Os planos antigos não estão submetidos às regras constantes da Lei nº 9.656/98, haja vista terem sido pactuados anteriormente à sua entrada em vigor e, por isso, são regidos pela legislação anterior especial aos seguros em geral (Decreto-Lei nº 73/66) e pelo Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, conforme já visto, as disposições do Estatuto

¹³⁹ “Art. 10. [...] § 2º As pessoas jurídicas que comercializam produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei oferecerão, obrigatoriamente, a partir de 3 de dezembro de 1999, o plano-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores”.

¹⁴⁰ “Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS; II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS; III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei; IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente. § 1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições: I - a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada; II - para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior; III - a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação; IV - a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS; V - na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo. § 2º Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS. § 3º O disposto no art. 35 desta Lei aplica-se sem prejuízo do estabelecido neste artigo”.

¹⁴¹ Em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o último andamento da ADI 1931 foi em 08/08/2012, tendo o processo sido “apresentado em mesa para julgamento”. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 17 de junho de 2013).

Consumerista são hábeis para que se efetive o controle de cláusulas e práticas abusivas realizadas pelas operadoras de plano de saúde, pois os contratos do ramo de saúde suplementar constituem nítidas relações de consumo.

Já os planos novos estão plenamente submetidos às regras constantes da Lei nº 9.656/98, bem como às Resoluções que dela derivam. Além disso, também lhes são aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor, em verdadeiro diálogo de fontes.

Por fim, cabe ressaltar que, dentre os contratos de planos de saúde novos, também estão presentes os planos adaptados. Referidos planos correspondem àqueles firmados anteriormente à Lei nº 9.656/98, mas que, após a sua entrada em vigor, por meio de aditivo contratual, se adequam às novas normas vigentes, as quais lhe serão incidentes a partir da adaptação. Referida possibilidade está prevista no art. 35, da Lei nº 9.656/98, sendo que o seu §5º estabelece que a “manutenção dos contratos originais pelos consumidores não-optantes tem caráter personalíssimo, devendo ser garantida somente ao titular e a seus dependentes já inscritos, permitida inclusão apenas de novo cônjuge e filhos, e vedada a transferência da sua titularidade, sob qualquer pretexto, a terceiros”.

Ressalte-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) instituiu, em dezembro de 2003, o Programa de Incentivo à Adaptação de Contratos, com a finalidade de estimular a adequação dos contratos de planos de saúde firmados até 2 de janeiro de 1999 às regras e direitos assegurados pela Lei nº 9.656/98.¹⁴²

2.3.2 Quanto ao regime da contratação

O art. 16 da Lei nº 9.656/98 traz o rol de cláusulas obrigatórias em todos os contratos de plano de saúde, sendo que, em seu inciso VII, há a menção sobre a cláusula de regime ou tipo de contratação, a qual pode ser de três espécies: a) individual ou familiar; b) coletivo empresarial; ou c) coletivo por adesão. A regulamentação dessas modalidades de contratação é feita, atualmente, pela Resolução Normativa nº 195, de 14/07/2009 (alterada pelas Resoluções Normativas 200 e 204, ambas de 2009), editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

O plano individual ou familiar é aquele em que a contratação é firmada diretamente entre a operadora e o usuário pessoa física, ao qual pode ser facultada a inclusão

¹⁴² Conforme informações constantes no site da Agência Nacional de Saúde Suplementar: <http://www.ans.gov.br/portal/site/destaque/artigo_complementar_11375.asp>. Acesso em: 08 de abril de 2013.

de seus dependentes ou grupo familiar. Ressalva-se que a extinção do vínculo familiar do titular do plano de saúde não extingue o contrato, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes (§1º, do art. 3º, da Resolução Normativa nº 195/09).

Característica específica do plano individual ou familiar diz respeito à possibilidade do contrato conter cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, em caso de doenças ou lesões preexistentes (art. 4º, da Resolução Normativa nº 195/09). Por doenças ou lesões preexistentes entendem-se aquelas que o beneficiário ou seu representante legal saiba ser portador ou sofredor, no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, de acordo com o art. 11, da Lei nº 9.656/98, o inciso IX, do art. 4º, da Lei nº 9.961/00 e as diretrizes estabelecidas na Resolução Normativa nº 162, de 17/10/2007 (art. 2º, I, da Resolução Normativa nº 162/07).

Dessa forma, no plano individual ou familiar, sendo o usuário portador de doença ou lesão preexistente, poderá a operadora oferecer cobertura total no caso de doenças ou lesões preexistentes, sem qualquer ônus adicional para o beneficiário (art. 6º, da Resolução Normativa nº 162/07); ou, ainda, oferecer agravo, que significa em acréscimo ao valor da mensalidade paga pelo usuário, para que tenha cobertura integral para o tratamento da doença ou lesão preexistente, depois de cumprida a carência.

Como segunda modalidade de regime de contratação, tem-se o plano coletivo empresarial, o qual se caracteriza pela formação do vínculo contratual entre operadora e outra pessoa jurídica, para o atendimento das pessoas que tenham com esta vínculo¹⁴³ empregatício ou estatutário. O vínculo à pessoa jurídica contratante poderá abranger ainda, desde que previsto contratualmente: os sócios da pessoa jurídica contratante; os administradores da pessoa jurídica contratante; os demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à pessoa jurídica contratante – ressalvada a aplicação do disposto no *caput* dos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/98 –; os agentes políticos; os trabalhadores temporários; os estagiários e menores aprendizes; e o grupo familiar até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro dos empregados e servidores públicos, bem como dos demais vínculos dos incisos anteriores (art. 5º, §1º, da Resolução Normativa nº 195/09).

¹⁴³ Quanto ao conceito de vínculo, destaca-se o disposto na Súmula Normativa 17, *in verbis*: “Desde que comprovados, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, os vínculos exigidos nos artigos 5º e 9º, bem como o lapso temporal previsto no artigo 10, todos da RN nº 195, de 2009, as associações comerciais, industriais e entidades similares podem se reunir para contratar planos privados de assistência à saúde coletivos, tudo na forma do inciso I do art. 23 da RN nº 195, de 2009”.

No plano coletivo empresarial, o pagamento dos serviços prestados pela operadora é de responsabilidade da pessoa jurídica contratante (art. 8º, da Resolução Normativa nº 195/09). Sendo o número de participantes igual ou superior de trinta beneficiários, não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência e não poderá haver cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, nos casos de doenças ou lesões preexistentes, desde que, em ambas as hipóteses, o beneficiário formalize o pedido de ingresso em até trinta dias da celebração do contrato coletivo ou de sua vinculação a pessoa jurídica contratante (arts. 6º e 7º, da Resolução Normativa nº 195/09).

Já a terceira modalidade de regime de contratação é o plano coletivo por adesão. Caracteriza-se pelo oferecimento de cobertura para população que mantenha vínculo com uma das seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial: conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão; sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações; associações profissionais legalmente constituídas; cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas; caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução; entidades previstas na Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.398, de 4 de novembro de 1985 (art. 9º, da Resolução Normativa nº 195/09).

No plano coletivo por adesão, é possível, desde que previsto contratualmente, a inclusão do grupo familiar do beneficiário titular, sendo até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, e cônjuge ou companheiro (art. 9º, §1º, da Resolução Normativa nº 195/09). Não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência, desde que o beneficiário ingresse no plano em até trinta dias da celebração do contrato coletivo ou, quando de cada aniversário do contrato, em até trinta dias da data de aniversário (art. 11, da Resolução Normativa nº 195/09).

Ademais, no plano coletivo por adesão, o pagamento dos serviços prestados pela operadora será de responsabilidade da pessoa jurídica contratante, sendo que a operadora contratada não poderá efetuar a cobrança da contraprestação pecuniária diretamente aos beneficiários (arts. 13 e 14, da Resolução Normativa nº 195/09). Destaca-se, ainda, que o contrato do plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão deverá conter cláusula específica que discipline os casos de inadimplemento por parte dos beneficiários, bem como as condições e prazo de pagamento (art. 15, da Resolução Normativa nº 195/09).

Por fim, cabe destacar características idênticas entre os planos coletivos empresarial e por adesão. Em ambas as formas de contratação, as condições de rescisão do

contrato e de suspensão de cobertura devem constar no texto contratual, sendo somente permitida a rescisão imotivada após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias (art. 17, parágrafo único, da Resolução Normativa nº 195/09). Ademais, cabe apenas à pessoa jurídica contratante solicitar a suspensão ou a exclusão de beneficiários dos planos de saúde, salvo nos casos de fraude ou perda dos vínculos do titular, ou de dependência¹⁴⁴, desde que previstos em regulamento ou contrato, em que poderá a operadora excluir ou suspender sem a anuência daquela (art. 18, da Resolução Normativa nº 195/09).

Além disso, em ambas as modalidades de planos coletivos, o contrato não poderá receber reajuste em periodicidade inferior a doze meses, ressalvadas as variações do valor da contraprestação pecuniária em razão de mudança de faixa etária, migração e adaptação do contrato à Lei nº 9.656/98. Ademais, não pode haver aplicação de percentuais de reajuste diferenciados dentro de um mesmo plano de um determinado contrato, nem mesmo a distinção quanto ao valor da contraprestação pecuniária entre os beneficiários que vierem a ser incluídos no contrato e os a ele já vinculados, inclusive na forma de contratação com a participação da Administradora de Benefícios na condição de estipulante do contrato firmado com a operadora de plano de assistência à saúde (arts. 19 a 22, da Resolução Normativa nº 195/09).

¹⁴⁴ Devem ser ressalvadas as hipóteses dos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/98, *in verbis*: “Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral. § 1º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o *caput* será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses. § 2º A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho. § 3º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo. § 4º O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho. § 5º A condição prevista no *caput* deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego. § 6º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar”; “Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral. § 1º Ao aposentado que contribuir para planos coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no *caput* é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo. § 2º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 30. § 3º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º e 4º do art. 30”.

2.3.3 Quanto à cobertura assistencial contratada

Prescreve o art. 16, inciso VI, da Lei nº 9.656/98, que no texto contratual devem constar dispositivos que indiquem com clareza “os eventos cobertos e excluídos”. Contudo, isto não significa que as operadoras detêm ampla liberdade na definição de quais doenças e, por consequência, quais tratamentos médicos pretendem cobrir, na medida em que, conforme se depreende dos arts. 10 e 12 da Lei supracitada, o padrão de cobertura deverá observar, necessariamente, a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionais com a Saúde (CID), da Organização Mundial de Saúde (OMS).

Em vista disso, a Lei dos Planos de Saúde, quanto ao segmento de cobertura, divide os contratos de plano de saúde em duas espécies: plano de referência e planos segmentados.

O plano de referência¹⁴⁵, instituído pelo art. 10 da Lei nº 9.656/98, consiste em espécie contratual de oferecimento obrigatório por todas as operadoras de plano de saúde (§2º, do art. 10), excetuando-se apenas as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos (§3º, do art. 10). Corresponde ao principal e mais completo plano de saúde, na medida em que possui 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 Relacionais com a Saúde (CID), da Organização Mundial de Saúde (OMS) (art. 10, *caput*), inclusive cobertura integral nos casos de emergência, urgência e planejamento familiar (art. 35-C).¹⁴⁶

Contudo, o mesmo art. 10, que traz em seu *caput* a definição e amplitude do plano de referência, é responsável, em seus incisos, por excetuar alguns procedimentos, a saber:

- I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;
- II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

¹⁴⁵ As operadoras de plano de saúde devem registrar o seu Plano de Referência junto a Agência Nacional de Saúde Suplementar, conforme estabelecido na Resolução de Diretoria Colegiada nº 7, de 18/02/2000.

¹⁴⁶ Ressalte-se que existe o impedimento legal de redução da cobertura a ser oferecida pelo plano de referência, mas nada impede que a operadora de plano de assistência privada à saúde ofereça, no mercado, plano com âmbito de cobertura ampliado, o que, aliás, obteve disciplinamento expresso na Resolução Normativa nº 211, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, *in verbis*: “Art. 15. As operadoras de planos privados de assistência à saúde poderão oferecer, por sua iniciativa, cobertura maior do que a mínima obrigatória prevista nesta Resolução Normativa e nos seus Anexos, inclusive medicação de uso oral domiciliar”.

- III - inseminação artificial;
- IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;
- V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;
- VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;
- VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;
- VIII - (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
- IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;
- X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Ademais, prescreve o §4º, do art. 10, que a amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimento de alta complexidade, será definida por normas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o que foi concretizado pela edição da Resolução Normativa nº 211 de 2010, responsável por atualizar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde de Alta Complexidade – PAC (art. 1º, parágrafo único).

Por sua vez, os planos segmentados nada mais são do que ramificações do plano de referência. Subdividem-se em: plano ambulatorial, plano hospitalar, plano hospitalar com atendimento obstétrico e plano odontológico.¹⁴⁷

O contrato de plano de saúde que possua apenas cobertura ambulatorial deve cobrir, como exigência mínima, consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, bem como serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente (art. 12, I, “a” e “b”, da Lei nº 9.656/98). Referida modalidade encontra-se disciplinada pela Resolução Normativa nº 211/10, em seu art. 17.

Já quanto ao plano hospitalar, tem-se que deve cobrir, obrigatoriamente: cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento

¹⁴⁷ Nesse sentido é o disposto no art. 5º, da Resolução Normativa nº 211/2010, *in verbis*: “As operadoras de planos privados de assistência à saúde deverão oferecer obrigatoriamente o plano-referência de que trata o artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998, podendo oferecer, alternativamente, planos ambulatorial, hospitalar, hospitalar com obstetrícia, odontológico e suas combinações, ressalvada a exceção disposta no §3º do artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998”.

de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos (art. 12, II, da Lei nº 9.656/98). A Resolução Normativa nº 211/10 traz, em seu art. 18, rol exemplificativo das situações atendidas por essa modalidade, considerando as delimitações da Lei dos Planos de Saúde.

Ao plano hospitalar pode ser acrescido o atendimento obstétrico, o que torna obrigatória: a cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto; e a inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção (art. 12, III, da Lei nº 9.656/98). A Resolução Normativa nº 211/10, também disciplina referida modalidade de cobertura em seu art. 19.

Por fim, no plano odontológico há a exigência de cobertura de: consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente; de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia; e cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral (art. 12, IV, da Lei nº 9.656/98). Ressalte-se que, os procedimentos buço-maxilo-faciais, por demandarem internação hospitalar, sendo inviável, pois, suas realizações em consultórios, não estão cobertos pelo plano odontológico (art. 20, da Resolução Normativa nº 211/10), mas sim pelo plano hospitalar e, como não poderia ser diferente, pelo plano de referência.

2.4 Operadoras que podem ofertar planos de saúde

A Lei nº 9.656/98, apesar de não trazer um conceito de operadora de plano de saúde, arrola suas principais características em seu art. 1º, inciso II, *in verbis*: “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo”.

Por sua vez, a Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 27 de outubro de 2000, em seu art. 1º, define as operadoras de planos de assistência à saúde como “empresas e

entidades que operam, no mercado de saúde suplementar, planos de assistência à saúde, conforme disposto na Lei nº 9.656, de 1998”, entendendo-se o significado da expressão “operar” como sendo “as atividades de administração, comercialização ou disponibilização dos planos de que trata o *caput* deste artigo”.

Nessa esteira, tem-se que a operadora de plano de saúde é responsável por gerir o fundo comum formado pelos pagamentos das contraprestações periódicas realizadas pelos usuários pagantes, de modo a custear as despesas de assistência médica, hospitalar e odontológica de todos os beneficiários. Para tanto, é necessário que haja equilíbrio entre o valor das mensalidades e os serviços cobertos, sob pena de se inviabilizar a manutenção desse fundo. Logo, a operadora de plano de saúde desenvolve papel de intermediária, na medida em que é responsável pela captação, distribuição e utilização dos recursos do fundo, conforme leciona Sampaio¹⁴⁸:

Obviamente, para que tudo não se resuma a uma espécie de jogo, uma verdadeira “roleta”, e mesmo para que não haja desequilíbrios futuros, a contraprestação inicial a cargo do consumidor – relativa ao momento da contratação – deve ser fixada pela operadora levando em consideração critérios técnicos atuariais, particularmente a lei dos grandes números. Assim, a ideia que preside os planos de saúde é a de reunir um grande número de pessoas expostas aos mesmos eventos (riscos à sua saúde) e, mediante o estabelecimento do equilíbrio entre as suas prestações e o dispêndio da operadora, garantir-lhes o atendimento médico, hospitalar ou odontológico, se e quando necessário, custo a ser absorvido, repita-se, pelo fundo comum, formado pelas contribuições da respectiva carteira de consumidores.

Nesse passo, considerando a sua forma de atuação, as operadoras de planos de saúde são classificadas nas seguintes modalidades: administradora de benefícios; cooperativa médica; cooperativa odontológica; autogestão; medicina de grupo; odontologia de grupo; filantropia; e seguradora especializada em saúde.

2.4.1 Administradora de benefícios

A administradora de benefícios é regulamentada pela Resolução Normativa nº 196, de 14 de julho de 2009, sendo conceituada em seu art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º. Considera-se Administradora de Benefícios a pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que

¹⁴⁸ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 198/199.

presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos, desenvolvendo ao menos uma das seguintes atividades:

I – promover a reunião de pessoas jurídicas contratantes na forma do artigo 23 da RN nº 195, de 14 de julho de 2009.

II – contratar plano privado de assistência à saúde coletivo, na condição de estipulante, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar;

III – oferecimento de planos para associados das pessoas jurídicas contratantes;

IV – apoio técnico na discussão de aspectos operacionais, tais como:

a) negociação de reajuste;

b) aplicação de mecanismos de regulação pela operadora de plano de saúde; e

c) alteração de rede assistencial.

Parágrafo único. Além das atividades constantes do *caput*, a Administradora de Benefícios poderá desenvolver outras atividades, tais como:

I - apoio à área de recursos humanos na gestão de benefícios do plano;

II - terceirização de serviços administrativos;

III - movimentação cadastral;

IV - conferência de faturas;

V - cobrança ao beneficiário por delegação; e

VI - consultoria para prospectar o mercado, sugerir desenho de plano, modelo de gestão.

Trata-se de verdadeira terceirização da execução das atividades das pessoas jurídicas contratantes de planos de saúde coletivos, na medida em que é facultado à Administradora de Benefícios figurar no contrato coletivo celebrado entre a operadora de plano de saúde e a pessoa jurídica contratante na condição de participante ou de representante, mediante formalização de instrumento específico (art. 4º, da Resolução Normativa nº 196/09); ou, ainda, de contratar plano privado de assistência à saúde, na condição de estipulante de plano coletivo, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar, desde que a Administradora assuma o risco decorrente da inadimplência da pessoa jurídica, com a vinculação de ativos garantidores suficientes para tanto (art. 5º).

Outrossim, destaca-se que, na verdade, as Administradoras de Benefícios não são espécie, propriamente dita, de operadora de plano de saúde, mas sim apenas uma intermediária das contratações no âmbito da saúde privada. De fato, a Administradora não pode atuar como representante, mandatária ou prestadora de serviço da Operadora de Plano de Assistência à Saúde nem executar quaisquer atividades típicas da operação de planos privados de assistência à saúde (art. 3º), bem como não pode ter rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos, para oferecer aos beneficiários da pessoa jurídica contratante (art. 8º, da Resolução Normativa nº 196/09).

2.4.2 Cooperativa médica e odontológica

Por sua vez, tanto as cooperativas médicas, quanto as cooperativas odontológicas, constituem sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei nº 5.764/71, que operam exclusivamente planos privados de assistência à saúde ou planos odontológicos, respectivamente (arts. 12 e 13, da Resolução de Diretoria Colegiada nº 39/00). A Lei nº 5.764/71 é responsável por definir a Política Nacional de Cooperativismo e por instituir o regime jurídico das sociedades cooperativas, conceituadas em seu art. 4º¹⁴⁹. Desse modo, a cooperativa médica ou odontológica é aquela em que “os profissionais – médicos ou odontologistas – são simultaneamente sócios e prestadores de serviços, sendo remunerados pela produção individual, além de participar, ao final de cada exercício, do rateio do resultado obtido pela sociedade”¹⁵⁰.

Destaca-se que o profissional médico ou odontólogo que integre a cooperativa não pode ser submetido a regime de exclusividade ou de restrição à sua atividade profissional. Nesse sentido, inclusive, é o disposto do item 2, do Anexo 1, da Resolução Normativa nº 85 de 07 de dezembro de 2004 – acrescido pela Resolução Normativa nº 175, de 22 de setembro de 2008 –, *in verbis*:

Em se tratando de pessoa jurídica organizada sob a forma de sociedade cooperativa, seu ato constitutivo deverá conter a seguinte cláusula: Nenhum dispositivo deste Estatuto deverá ser interpretado no sentido de impedir os profissionais cooperados de se credenciar ou referenciar a outras operadoras de planos de saúde ou seguradoras especializadas em saúde, que atuam regularmente no mercado de saúde suplementar, bem como deverá ser considerado nulo de pleno direito qualquer dispositivo estatutário que possua cláusula de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

¹⁴⁹ Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes; III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais; IV - intransmissibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade; V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade; VI - quorum para o funcionamento e deliberação da Assembleia Geral baseado no número de associados e não no capital; VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia Geral; VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social; IX - neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social; X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa; XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços.

¹⁵⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 219.

Logo, o médico ou odontólogo cooperado pode exercer a sua atividade como profissional liberal, atendendo, inclusive, pacientes que sejam usuários de planos de saúde geridos por outras operadoras. Tal entendimento “beneficia o mercado de saúde suplementar, pois viabiliza que os profissionais tenham acesso a operadoras diversas e, por via de consequência, que os usuários de planos diversos possam contactá-los”¹⁵¹.

2.4.3 Autogestão

Quanto às entidades de autogestão, disciplinadas pela Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006, verifica-se que a característica principal dos planos de saúde por ela geridos diz respeito a não serem disponíveis aos consumidores em geral, mas sim apenas a um grupo restrito, constituindo, pois, um sistema fechado. De acordo com o art. 2º, da Resolução supra, as operadores de autogestão podem ser constituídas em três modalidades diversas:

- I – a pessoa jurídica de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários: a) sócios da pessoa jurídica; b) administradores e ex-administradores da entidade de autogestão; c) empregados e ex-empregados da entidade de autogestão; d) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à entidade de autogestão; e) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; f) grupo familiar dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores, limitado ao terceiro grau de parentesco, consanguíneo ou afim;
- II – a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos que, vinculada à entidade pública ou privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários: a) empregados e servidores públicos ativos da entidade pública patrocinadora; b) empregados e servidores públicos aposentados da entidade pública patrocinadora; c) ex-empregados e ex-servidores públicos da entidade pública patrocinadora; d) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; e) sócios da entidade privada patrocinadora ou mantenedora da entidade de autogestão; f) empregados e ex-empregados, administradores e ex-administradores da entidade privada patrocinadora ou mantenedora da entidade de autogestão; g) empregados, ex-empregados, administradores e ex-administradores da própria entidade de autogestão; h) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à própria entidade de autogestão ou a sua entidade patrocinadora ou mantenedora; i) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; j) grupo familiar dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores, limitado ao terceiro grau de parentesco, consanguíneo ou afim; k) as pessoas previstas nas alíneas "e", "f", "h", "i" e "j" vinculadas ao

¹⁵¹ SILVA, Joseane Suzart Lopes de. **Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 90.

instituidor desde que este também seja patrocinador ou mantenedor da entidade de autogestão; ou

III – a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, constituída sob a forma de associação, que opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos associados integrantes de determinada categoria profissional e aos seguintes beneficiários: a) empregados, ex-empregados, administradores e ex-administradores da própria entidade de autogestão; b) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à própria entidade de autogestão; c) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; e d) grupo familiar dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores, limitado ao terceiro grau de parentesco, consanguíneo ou afim.

Além disso, destaca-se que o ato constitutivo da entidade de autogestão deverá conter o critério e a forma de participação dos beneficiários titulares que contribuam para o custeio do plano, bem como do mantenedor ou patrocinador, na composição dos seus órgãos colegiados de administração superior (art. 4º, da Resolução Normativa nº 137/06). Logo, verifica-se que os planos mantidos pelas operadoras de autogestão podem ser patrocinados ou não patrocinados: no primeiro caso, a garantia dos riscos decorrentes da operação de planos de saúde se dá por meio da apresentação do termo de garantia firmado com o mantenedor (art. 5º, II) – sendo termo de garantia o instrumento por meio do qual o mantenedor obriga-se a garantir os riscos decorrentes da operação de planos privados de assistência à saúde, comprovando a constituição do respectivo lastro financeiro (§1º, art. 5º) –; no segundo caso, a garantia se dá por meio da constituição das garantias financeiras próprias exigidas pela regulamentação em vigor (art. 5º, I).

Nesse passo, três entes são essenciais para a constituição de operadora de autogestão, quais sejam, instituidor, mantenedor e patrocinador, definidos no art. 12, da Resolução Normativa nº 137/06:

I – instituidor: a pessoa jurídica de direito privado, com ou sem fins econômicos, que cria a entidade de autogestão;

II – mantenedor: a pessoa jurídica de direito privado que garante os riscos referidos no *caput* do art. 5º mediante a celebração de termo de garantia com a entidade de autogestão; e

III – patrocinador: a instituição pública ou privada que participa, total ou parcialmente, do custeio do plano privado de assistência à saúde e de outras despesas relativas à sua execução e administração.

2.4.4 Medicina ou odontologia em grupo

Ainda como espécie de operadoras de plano de saúde, tem-se a medicina ou odontologia de grupo. Classificam-se na modalidade de medicina de grupo as empresas ou entidades que operam Planos Privados de Assistência à Saúde, excetuando-se aquelas

classificadas nas modalidades de administradora, de cooperativa médica, de autogestão e de filantropia. Por sua vez, classificam-se na modalidade de odontologia de grupo as empresas ou entidades que operam exclusivamente Planos Odontológicos, excetuando-se aquelas classificadas na modalidade de cooperativa odontológica (arts. 15 e 16 da Resolução de Diretoria Colegiada nº 39/00).

Desse modo, a medicina e a odontologia de grupo são operadoras conceituadas por exclusão, o que, contudo, não lhes retira a importância para o mercado suplementar, na medida em que representam parcela considerável das contratações de plano de saúde em vigor¹⁵². De acordo com Sampaio¹⁵³, tais operadoras podem ser caracterizadas da seguinte maneira:

O que se pode extrair do seu conceito e da realidade da sua atuação no mercado é que se trata de entes privados, com fins lucrativos, responsáveis pela cobertura de assistência médico-hospitalar, ou odontológica, conforme o caso, mediante pagamento, por meio de contratação individual, familiar ou coletiva, com ou sem patrocínio, cujos serviços podem ser prestados por rede exclusivamente própria, credenciada, ou numa combinação de ambas.

2.4.5 Filantropia

Como penúltima modalidade de operadora de plano de saúde, tem-se a filantropia. De acordo com o art. 17, da Resolução de Diretoria Colegiada nº 39/00, *in verbis*:

Classificam-se na modalidade de filantropia as entidades sem fins lucrativos que operam Planos Privados de Assistência à Saúde e tenham obtido o certificado de entidade beneficente de assistência social emitido pelo Ministério competente, dentro do prazo de validade, bem como da declaração de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça ou declaração de utilidade pública estadual ou municipal junto aos Órgãos dos Governos Estaduais e Municipais, na forma da regulamentação normativa específica vigente.

¹⁵² Em junho de 2012, na distribuição percentual dos beneficiários de planos de assistência médica por modalidade da operadora, a medicina de grupo representava 37,4% do total, seguida pela cooperativa médica com 36%, seguradora especializada em saúde com 12,6%, autogestão com 10,9% e, por fim, filantropia com 3,1%, segundo dados divulgados pela ANS em seu “Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos”. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Foco/20121023_total_foco_set_2012.pdf. Acesso em: 21 de janeiro de 2013.

¹⁵³ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 222.

Referida regulamentação é feita, atualmente, pela Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009 – dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social –, notadamente pelos seus arts. 4º ao 11.

2.4.6 Seguradora especializada em saúde

Por fim, como modalidade de operadora de plano de saúde, tem-se as seguradoras especializadas em saúde. Estas foram instituídas pela Lei nº 10.185, de 12 de dezembro de 2001, a qual estabelece, em seu art. 1º, *caput*, que as sociedades seguradoras podem operar o seguro que se enquadra na definição de plano de saúde desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades.

Outrossim, dispõe o art. 2º, da Lei nº 10.185/01, que, para efeito da Lei nº 9.656/98 e da Lei nº 9.961/00, enquadra-se o seguro saúde como plano privado de assistência à saúde e a sociedade seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde. Por isso, a disciplina do seguro saúde cabe, exclusivamente, ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CONSU) e à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) (art. 1º, §3º).

2.5 Conteúdo dos contratos de plano de saúde

Delimitado o harmônico e convergente plexo normativo responsável por disciplinar os contratos de plano de saúde, bem como o conceito, as espécies e as operadoras que podem ofertar tais instrumentos contratuais no mercado de consumo, cumpre, neste momento, passar à abordagem do conteúdo dos contratos de plano de saúde.

Com efeito, conforme restará demonstrado, as relações de plano de saúde são formalizadas por meio de contratos de adesão, em que, regra geral, a operadora – que assume a qualidade de proponente – estipula, unilateralmente, o texto contratual, sendo que o usuário apenas detém a opção de aderir ou não ao texto proposto. Assim, por estar o ramo de saúde privada exposto à prática constante de abusividades pelas operadoras, houve a enumeração, pelo legislador, de várias cláusulas contratuais obrigatórias, que objetivam promover a adequada tutela do direito fundamental à saúde por meio da implementação e conservação do equilíbrio contratual.

2.5.1 Efeitos do modelo de contratação por adesão

Conforme já demonstrado, o contrato de plano de saúde corresponde ao negócio jurídico firmado entre operadora e usuário, em que este contrata o fornecimento, contínuo e por prazo indeterminado, de produtos e serviços, ou o custeio de tais atividades assistenciais, relativos ao atendimento médico, hospitalar e odontológico dos beneficiários, mediante o cumprimento de contraprestação entregue à operadora. Assim, seu conteúdo possui, como objeto principal, a disponibilização, aos beneficiários, do acesso às atividades destinadas à preservação ou recuperação de sua saúde.

Nesse passo, sendo a saúde o estado de completo bem-estar psicofísico da pessoa, tem-se de suma importância o conteúdo dos contratos de plano de saúde para os seus usuários, haja vista ser seu objeto bem de natureza essencial para a manutenção da vida e para o alcance da dignidade humana. Logo, tais relações contratuais, por serem imprescindíveis ao atendimento da subsistência humana, enquadram-se na definição de contratos existenciais.

A atribuição de natureza existencial à relação contratual não lhe retira a característica de ser um instrumento de circulação de riquezas da sociedade, mas sim também o torna um instrumento de proteção dos direitos fundamentais – neste estudo, do direito à saúde, titularizado pelos usuários dos planos de saúde. Desse modo, tem-se que o “atributo econômico exigente a qualquer contrato – *pressuposto* inderrogável da composição contratual – sofre *ponderações razoáveis* frente ao valor da vida humana”.¹⁵⁴

Destarte, diante de uma relação contratual em que se verifique a presença concomitante de interesses existenciais e patrimoniais, estes devem ser protegidos apenas enquanto promovam a concretização daqueles. Com efeito, as obrigações firmadas em contratos existenciais, apesar de serem economicamente mensuráveis, são dotadas de natureza essencial para a pessoa contratante, o que ocasiona a sua total exigibilidade sempre que implique na conservação da vida, da integridade psicofísica e da dignidade do seu beneficiário. Dessa forma, o contrato existencial é identificado pela “*essencialidade* da prestação: o cunho patrimonial da prestação (quantitativo) enseja espaço à intangibilidade da pessoa”.¹⁵⁵

¹⁵⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, v. 79, jul./set./2011, p. 265/308, p. 281.

¹⁵⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de

Tal situação é verificada nos contratos de plano de saúde, em que há permanente tensão entre os interesses da operadora – de cunho patrimonial – e os do usuário – de cunho existencial. O alcance da ponderação desses interesses reside na constatação de que a saúde é um bem cuja defesa não se confunde com a defesa de outros bens de consumo, por estar intimamente vinculada ao direito à vida, à integridade corporal e à psique, possuindo, portanto, caráter extrapatrimonial. Destarte, se ocorre violação ao direito à saúde de determinado usuário, não há como voltar ao *statu quo ante*, o que demonstra sua superioridade a qualquer interesse porventura reclamado pela operadora de plano de saúde.

Assim, diante da natureza essencial da saúde para o desenvolvimento da personalidade humana, deve-se ter a sua elevação à posição de pré-requisito para o válido e legítimo exercício da autonomia privada pelos contratantes, o que faz com que a operadora possa amoldar a proteção desse direito fundamental de acordo com a cobertura contratada, sem, contudo, esvaziar seu conteúdo. Todavia, a obtenção desse equilíbrio contratual é dificultada pela forma de elaboração do texto contratual – adesionismo – e pelo modo de vinculação dos usuários a esses pactos – catividade. Ou seja, os contratos de plano de saúde, além de possuírem natureza existencial, se enquadram, quanto ao método de contratação, dentre os contratos de adesão; e, quanto à sua função na sociedade, constituem espécie de contrato cativo de longa duração.

Os contratos de adesão constituem espécie de modo de contratação em massa¹⁵⁶ – ou estandardizados –, adotado em grande parte das relações contratuais firmadas entre empresas e consumidores. Com efeito, os contratos de massa se caracterizam pela ausência da tão idolatrada igualdade entre os contratantes¹⁵⁷, pois a empresa, buscando economia, praticidade e segurança, estabelece previamente o esquema contratual, que será

Azevedo. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, v. 79, jul./set./2011, p. 265/308, p. 283.

¹⁵⁶ Quanto às espécies de contratos de massa, afirma Marques, *in verbis*: “Dentre as técnicas de conclusão e disciplina dos chamados *contratos de massa*, destacamos, desde a quarta edição, os *contratos de adesão*, as *condições gerais dos contratos* ou *cláusulas gerais contratuais* e os *contratos do comércio eletrônico com consumidores*”. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70/71).

¹⁵⁷ Na teoria contratual clássica (metade do século XVIII e início do século XX), o contrato era fruto de uma relação entre duas partes livres e iguais perante o direito e a sociedade, na qual reinava a autonomia da vontade, cabendo a ambos os contratantes discutir e estabelecer as cláusulas contratuais que os vincularia de forma obrigatória – esses são os contratos paritários ou individuais. Com o desenvolvimento do capitalismo (início do século XX), ocorre a concentração industrial e comercial, fruto da intensa ganância empresarial pela acumulação de capital. Em face da universalização do mercado, da crescente urbanização e da massificação das comunicações, instala-se ambiente de intensa concorrência, obrigando as empresas a racionalizar a produção e as negociações. Para tanto, há a massificação da produção, pois os produtos são produzidos em série, exigindo que a comercialização também adquira esse caráter geral, o que dá origem aos contratos de massa.

disponibilizado para simples adesão de um número indeterminado de pessoas, às quais não será concedida a oportunidade de negociação.

Desse modo, nas contratações de massa, a manifestação de vontade restringe-se apenas ao consentimento, exteriorizado pela mera adesão ao contrato. Percebe-se, assim, que aquele que adere ao conteúdo contratual é a parte vulnerável da relação, não por ser o mais fraco economicamente – apesar da coincidência na maioria dos contratos de massa –, mas por não ter participado da formulação das cláusulas contratuais, bem como por não possuir todo o conhecimento, sobre o produto ou o serviço objeto da relação, detido pelo proponente.

Diante disso, conceitua-se contrato de adesão como aquele em que um contratante – o estipulante – impõe o conteúdo contratual ao outro, a quem caberá apenas decidir entre aderir ou não ao pacto que lhe é imposto. No âmbito consumerista, Marques¹⁵⁸ conceitua contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietu*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito”.

Nesse sentido, tem-se que o contrato de adesão é elaborado de modo a atender uma generalidade de pessoas, ao ser direcionado para a oferta ao público, já previamente impresso – na maioria dos casos – e standardizado. As únicas inserções de conteúdo no texto contratual, no momento da contratação, dizem respeito aos dados pessoais do aderente, à descrição do objeto contratual e ao preço a ser pago, na medida em que incumbe ao aderente apenas aceitar o rol de cláusulas contratuais previamente elaboradas unilateral e uniformemente pelo proponente.¹⁵⁹

Diante disso, verifica-se que os contratos de plano de saúde se enquadram na modalidade de contrato de adesão, caracterizados pela elaboração, de forma prévia e unilateral, das cláusulas contratuais, o que possibilita ao proponente – no caso, as operadoras de plano de saúde – a direcionar o contrato a atender seus interesses, sem levar em consideração a parte que irá aderir à relação. A parte aderente acaba por assinar o instrumento contratual sem ter a correta compreensão de seu conteúdo e dos direitos e obrigações

¹⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

¹⁵⁹ Quanto à caracterização dos contratos de adesão, afirma Marques: “Podemos destacar como características do contrato de adesão: 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, pelo qual o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte”. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77/78).

assumidas, devido à sua desvantagem econômica e técnica, bem como pelo caráter essencial dos serviços contratados.

Desse modo, as contratações de serviços privados de assistência à saúde se exteriorizam a partir de uma proposta pré-estabelecida ofertada ao público, na qual se acha inserido conjunto de cláusulas e disposições determinadas unilateralmente, pela operadora de plano de saúde, em que constarão os limites de atendimento, a forma de pagamento do preço, o prazo contratual, os períodos de carência etc. Portanto, o usuário/aderente fica à mercê da discricionariedade da operadora/proponente, na medida em que seu comportamento restringe-se à simples escolha entre aderir ou não ao contrato que lhe é ofertado.

Logo, verifica-se que a adoção da modalidade de contratação por adesão, no âmbito dos serviços privados de assistência à saúde, é responsável por fundamentar duas formas de juízo de valor, sendo uma de ordem negativa e a outra de ordem positiva.

O ponto negativo da adoção dos contratos de adesão no campo da saúde privada deriva, notadamente, da desigualdade econômica e de informação existente entre os contratantes, o que põe em risco o caráter existencial da avença. Com efeito, devido à essencialidade dos serviços contratados, verifica-se a presença de verdadeira situação de dependência contratual por parte do usuário, o qual se submete, sem qualquer questionamento, às imposições contratuais formuladas pelas operadoras, devido a necessitar de tratamento médico-hospitalar não disponibilizado de modo suficiente e/ou adequado pela saúde pública. E, em face de tal situação, as operadoras de plano de saúde aproveitam do seu poderio contratual para ampliar o lucro obtido pela prestação dos serviços de assistência à saúde, por meio da adoção de práticas abusivas – p. ex., limitação do tempo de internação; hipóteses de rescisão unilateral do contrato; rescisão do contrato em razão da sua alta taxa de utilização (sinistralidade); abuso no valor dos reajustes etc.

Aliás, no que se refere à posição de dependência dos usuários nos contratos de plano de saúde, tem-se que tal forma de vinculação contratual é responsável por enquadrar esses pactos dentre o rol de contratos cativos de longa duração. Com efeito, por contratos cativos de longa duração¹⁶⁰ entendem-se os negócios jurídicos complexos de longa duração,

¹⁶⁰ A denominação “contratos cativos de longa duração” é atribuída por Cláudia Lima Marques aos contratos que se enquadram na seguinte caracterização: “Trata-se de serviços que prometem segurança e qualidade, serviços cuja prestação é descontínua, de fazer e não fazer, de informar e não prejudicar, de prometer e cumprir, de manter sempre o vínculo contratual e o usuário cativo. São serviços contínuos e não mais imediatos, serviços complexos e geralmente prestados por fornecedores indiretos, ‘fornecedores-terceiros’, aqueles que realmente realizam o ‘objetivo’ do contrato – daí a grande importância da noção de cadeia ou organização interna de fornecedores e sua solidariedade. O contrato é de longa duração, de execução sucessiva e protraída, trazendo em si expectativas outras que os contratos de execução imediata. Esses contratos baseiam-se mais na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, pois

em que uma cadeia de fornecedores organizados entre si assume a obrigação de fornecer serviços que assegurem, ao consumidor e à sua família, os bens mínimos para a existência digna durante toda a sua vida, instituindo verdadeira situação de catividade destes com relação à contratação. Assim, tendo em vista que os contratos de plano de saúde têm por objeto a prestação de serviços médico-hospitalares e/ou odontológicos, os quais são essenciais para a preservação e recuperação da saúde, verifica-se que os usuários se tornam totalmente dependentes desses pactos¹⁶¹, os quais são mantidos por vários e vários anos, quiçá, por toda a vida, em inquestionável posição de submissão contratual.

Nesse sentido, cumpre destacar que os contratos cativos de longa duração possuem por objeto obrigações duradouras, em que o débito contratual não se exaure, ou seja, o dever de prestar sempre será total. Isso ocorre porque os efeitos do negócio apenas se realizam por meio do transcurso do tempo, da divisão de riscos no tempo e da cooperação entre os contratantes. Assim, nos contratos de plano de saúde, em específico, verifica-se que “mesmo que, por exemplo, o segurado tenha usado os serviços, o dever de prestar assistência médica ou de reembolsar os gastos com saúde se renova, continua o mesmo e total, conforme o objetivo do contrato”¹⁶². E isso se dá devido a permanente renovação das obrigações no tempo, as quais são periodicamente adimplidas, confirmando o dever de prestação assumido pelas partes.¹⁶³

trazem implícita a expectativa de mudanças nas condições sociais, econômicas e legais da sociedade nestes vários anos de relação contratual. A satisfação da finalidade perseguida pelo consumidor (por exemplo, futura assistência médica para si e sua família) depende da continuação da relação jurídica fonte de obrigações. A capacidade de adaptação, de cooperação entre contratantes, de continuação da relação contratual é aqui essencial, básica”. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 104).

¹⁶¹ Com relação à dependência dos usuários dos planos de saúde, é ilustrativo o afirmado por Marques e Miragem ao abordarem a vulnerabilidade do consumidor idoso, *in verbis*: “Note-se que nestes contratos, ao lado de uma catividade e dependência extrema (os consumidores por vezes desenvolvem relações contratuais de longa duração, justamente para poder usufruírem dos serviços quando se tornem idosos, e estes, por sua vez, se tornem mais necessários), o descumprimento do contrato e a frustração do consumidor idoso envolverão, quase sempre, danos ou temor de dano à integridade física e psíquica do paciente e a perda ou diminuição da cura de doenças. Assim como o sofrimento psicológico decorrente da ausência da prestação do serviço que lhe é devida, em vista da premente necessidade de preservação de sua vida e integridade”. (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 147).

¹⁶² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 104.

¹⁶³ Nesse sentido já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao reconhecer a abusividade da rescisão unilateral do contrato de plano de saúde, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE SEGURO. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO. RESCISÃO UNILATERAL. CLÁUSULA ABUSIVA. - A cláusula que faculta à Seguradora rescindir unilateralmente o contrato por meio de mera notificação é abusiva, ainda que igual direito seja conferido ao consumidor, pois importa em afronta à boa-fé objetiva e à equidade e estabelece vantagem excessiva à fornecedora, tendo em vista as peculiaridades do contrato de seguro. - O contrato em espécie é firmado com o propósito de perdurar no tempo, indefinidamente, e, após anos de contribuição, o consumidor não detém qualquer interesse em

Outrossim, tem-se que o objeto principal dos contratos cativos de longa duração consiste em evento futuro, certo ou incerto, de transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes a futura necessidade, a qual, no presente estudo, refere-se à assistência médica e hospitalar. Assim, para que seja atingido o objetivo contratual,

os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes, exigentes, burocráticas e mais impeditivas do que) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento contratualmente previsto.¹⁶⁴

E, em face disso, decorre a principal característica dos contratos cativos de longa duração que, somada ao modo de contratação por adesão, submete a parte aderente da relação à posição de inferioridade contratual, que é a catividade ou dependência do consumidor.¹⁶⁵ De fato, nesses contratos de trato sucessivo “a relação é movida pela busca de uma segurança, pela busca de uma futura prestação, de um *status* ou de determinada qualidade nos serviços, o que reduz o consumidor a uma posição de ‘cativo-cliente’ do fornecedor e de seu grupo de colaboradores ou agentes econômicos”¹⁶⁶. Assim, após anos de convivência contratual, em que o usuário de plano de saúde pagou rigorosamente todas as mensalidades, de modo a garantir o seu futuro atendimento médico-hospitalar, não mais lhe interessa desvencilhar-se do contrato, o que ocasiona, diga-se mais uma vez, a sua submissão contratual.

Dessa forma, verifica-se a necessidade de que se tenha o controle do conteúdo dos contratos de planos de saúde, de modo a viabilizar a concretização do objetivo contratual pelo equilíbrio dos interesses dos contratantes. Tal controle se dá, principalmente, pela previsão legislativa de requisitos mínimos a serem observados na elaboração das cláusulas contratuais – o que pode ser visto no art. 16, da Lei nº 9.656/98, e na Resolução Normativa nº 42, de 4 de

rescindir o ajuste, mas, sim, em vê-lo efetivamente cumprido”. (Apelação Cível 2.0000.00.508165-8/000. Rel. Des. Heloisa Combat. Julgamento em 01/09/2005. Publicação da súmula em 20/09/2005).

¹⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 105.

¹⁶⁵ Ao conceituar os contratos cativos de longa duração como sendo os “contratos que vigem ou se renovam periodicamente durante vários anos ou durante toda uma vida, dada a essencialidade de seu objeto”, Karam-Silveira afirma, sobre a posição do consumidor em referida contratação, *in verbis*: “O consumidor torna-se escravo daquilo que contratou, e de quem contratou. A vinculação é tão radical, porque ligada a bens e serviços da existência, que acaba por reclamar proteção especial”. (KARAM-SILVEIRA, Marco Antonio. Contratos cativos de longa duração: tempo e equilíbrio nas relações contratuais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 482-503, p. 485 e 488).

¹⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 105.

julho de 2003 –, restringindo, assim, a liberdade contratual da parte estipulante, qual seja, a operadora de plano de saúde.

E, em vista da específica atenção do legislador em detalhar o conteúdo mínimo que deve constar no instrumento contratual, verifica-se o ponto positivo da adoção da forma de contratação por adesão no âmbito da saúde privada. De fato, em que pese tais relações de prestação de serviços se enquadrarem dentre as diversas atividades de mercado, que possuem o lucro como objetivo final a ser alcançado pelo seu titular, o seu caráter existencial necessita ser considerado como o pressuposto central a nortear toda a contratação, sob pena de seu aniquilamento. Assim, ao existir uma padronização legislativa do conteúdo contratual, impede-se a formalização de limitações que retirem ou obstem o fornecimento de serviços inerentes a cobertura contratada, que tornariam o negócio irrelevante para o seu usuário/consumidor.

Dessa forma, o que se verifica nos contratos de plano de saúde é a adoção de modelo de contratação por adesão regulado pela lei, em que aspectos essenciais para a obtenção da finalidade negocial – qual seja, fornecimento adequado de serviços de assistência à saúde – devem, obrigatoriamente, estar presentes no conteúdo contratual, independentemente da cobertura escolhida pelo aderente/consumidor – sendo, inclusive, as espécies de cobertura também reguladas por legislação específica. Logo, o regramento do conteúdo contratual pela ordem jurídica é responsável por realizar as necessárias compensações em prol dos usuários dos planos de saúde, impondo o (r)estabelecimento do equilíbrio contratual desejável e garantindo o respeito ao direito fundamental à saúde, sem, contudo, inviabilizar a atividade financeira desenvolvida pela operadora.

2.5.2 Análise das cláusulas contratuais obrigatórias

Considerando a necessidade de regulamentação do conteúdo mínimo dos contratos de plano de saúde, de forma a possibilitar o alcance do adequado equilíbrio entre os serviços de assistência à saúde disponibilizados ao usuário e o valor da contraprestação pecuniária a ser paga à operadora, a Lei nº 9.656/98, em seu art. 16, *caput*, determina que em todos os contratos, regulamentos ou condições gerais dos planos privados de assistência à saúde, devem constar “dispositivos que indiquem com clareza” as seguintes questões:

- I - as condições de admissão;
- II - o início da vigência;

- III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames;
- IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o *caput* do art. 15;
- V - as condições de perda da qualidade de beneficiário;
- VI - os eventos cobertos e excluídos;
- VII - o regime, ou tipo de contratação:
 - a) individual ou familiar;
 - b) coletivo empresarial; ou
 - c) coletivo por adesão;
- VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica;
- IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária;
- X - a área geográfica de abrangência;
- XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias;
- XII - número de registro na ANS.

Diante do texto legal acima transcrito, verifica-se que a Lei nº 9.656/98 consagra, expressamente, o dever de clareza na redação dos contratos de plano de saúde. Tal previsão é complementada pelo Código de Defesa do Consumidor, que, em seu art. 31, impõe que a oferta de produtos e serviços deva “assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”; e, em seu art. 46, dispõe que os “contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

A necessidade de clareza na redação dos contratos de plano de saúde decorre, notadamente, da linguagem adotada, pois esta se apresenta com grau de complexidade que a torna de difícil compreensão para os leigos – consumidores que irão aderir ao contrato –, principalmente quando há a menção a termos técnicos de conhecimento apenas dos profissionais da saúde ou da área jurídica. Desse modo, nos casos em que se tenha ausência de clareza, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de modo a não prejudicar o consumidor (art. 423, do Código Civil, e art. 47, do Código de Defesa do Consumidor)¹⁶⁷, ou,

¹⁶⁷ Desse modo, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. SEGURO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. INCLUSÃO DE DEPENDENTE. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ART. 35 DA LEI 9.656/98. OPORTUNIDADE DE ADAPTAÇÃO AO NOVO SISTEMA. NÃO CONCESSÃO. CLÁUSULA CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE QUALQUER PESSOA COMO DEPENDENTE. EXCLUSÃO DE COBERTURA DE LESÕES DECORRENTES DE MÁ-FORMAÇÃO CONGÊNITA. EXCEÇÃO. FILHO DE SEGURADA NASCIDO NA VIGÊNCIA DO

não sendo possível tal recurso interpretativo, deve ser reconhecida a não vinculação do consumidor ao teor da cláusula obscura.

Em complemento ao dever de clareza previsto no *caput* do art. 16, o seu parágrafo único estabelece que a todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do instrumento contratual do plano de saúde, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações. Referido comando legal consagra o dever anexo de informação – decorrência direta da boa-fé objetiva contratual – e, assim, tem por finalidade minimizar os riscos decorrentes da adoção da contratação por adesão, na medida em que possibilita ao usuário/aderente o adequado conhecimento acerca dos serviços por ele contratados. Inclusive, a importância do efetivo cumprimento do dever de informação é tão significativa que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), na Resolução Normativa nº 124, de 30 de março de 2006, em seu art. 65, estipula que a não efetivação da entrega daqueles materiais configura infração sancionada com advertência e multa de R\$5.000,00.

Por sua vez, com relação às disposições especificadas nos incisos do art. 16, da Lei nº 9.656/98, cumpre salientar que as relativas aos eventos cobertos e excluídos (inciso VI) e ao regime ou tipo de contratação (inciso VII), foram objeto de análise neste estudo quando abordadas as espécies dos planos privados de assistência à saúde. Nesse passo, tem-se por necessário destacar as questões mais relevantes acerca das demais disposições obrigatórias previstas na Lei nº 9.656/98, possibilitando a correta delimitação do conteúdo dos contratos de plano de saúde.

SEGURO. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR ADERENTE. ABUSIVIDADE DA NEGATIVA DE COBERTURA DE SITUAÇÃO DE URGÊNCIA. 1. A análise de suposta violação de dispositivo constitucional é vedada nesta instância especial, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal. 2. Inaplicabilidade da regra do § 5º do art. 35 da Lei n. 9.656/98 quando ao consumidor não foi dada a oportunidade de optar pela adaptação de seu contrato de seguro de saúde ao novo sistema. 3. Afastada a restrição legal à inclusão de dependentes, permanece em plena vigência a cláusula contratual que prevê a possibilidade de inclusão de qualquer pessoa como dependente em seguro de saúde. 4. Obrigação contratual da seguradora de oferecer cobertura às lesões decorrentes de má-formação congênita aos filhos das seguradas nascidos na vigência do contrato. 5. Cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, mormente quando se trata de contrato de adesão. Inteligência do art. 47 do CDC. 6. Cobertura que não poderia, de qualquer forma, ser negada pela seguradora, por se tratar de situação de urgência, essencial à manutenção da vida do segurado, sob pena de se configurar abusividade contratual. 7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO”. (REsp 1133338/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em 02/04/2013, DJe 09/04/2013). Do mesmo modo, já se posicionou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - CLAUSULA EXCLUDENTE - TRATAMENTO - URGÊNCIA - DÚVIDA - LIMINAR - PRESSUPOSTOS. 1. Havendo dúvida em relação à comprovação imediata, em sede recursal, da existência e clareza de anterior cláusula excludente do direito da autora à cobertura contratual do plano de saúde, impõe-se interpretação favorável à consumidora, nos termos do art. 47 do CDC. 2. Prudente é a manutenção da liminar, que impôs à operadora do plano de saúde a obrigação de autorizar procedimento cirúrgico de sua beneficiária, notadamente quando comprovada a urgência”. (Agravado de Instrumento Cv 1.0024.11.347699-8/001, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, 18ª Câmara Cível, julgamento em 03/04/2012, publicação da súmula em 11/04/2012).

Mas, a fim de corroborar os apontamentos a serem feitos acerca das disposições contratuais elencadas no art. 16, da Lei nº 9.656/98, faz-se mister mencionar que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Resolução Normativa nº 42, de 4 de julho de 2003, responsável por estabelecer os requisitos para a celebração dos instrumentos jurídicos firmados entre operadoras de planos de assistência à saúde e prestadores de serviços hospitalares. Nesse passo, seu art. 2º, *caput*, estabelece o dever contratual de clareza, ao dispor que, *in verbis*:

Os instrumentos jurídicos de que trata esta Resolução Normativa devem estabelecer com clareza as condições para a sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, aplicando-se-lhes os princípios da teoria geral dos contratos.

E, o parágrafo único, do dispositivo supra, arrola como cláusulas obrigatórias, em todo instrumento jurídico, as que estabeleçam:

I – qualificação específica:

- a) registro da operadora na ANS; e
- b) registro da entidade hospitalar no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde, instituído pela Portaria SAS nº 376, de 3 de outubro de 2000, e pela Portaria SAS nº 511, de 2000;

II – objeto e natureza do ajuste, bem como descrição de todos os serviços contratados ou seja:

- a) definição detalhada do objeto;
- b) perfil assistencial e especialidade contratada, serviços contratados, inclusive o Apoio ao Diagnóstico e Terapia;
- c) procedimento para o qual a entidade hospitalar é indicada, quando a prestação do serviço não for integral;
- d) regime de atendimento oferecido pela entidade: hospitalar, ambulatorial, médico-hospitalar e urgência 24h.; e
- e) padrão de acomodação e as seguintes cláusulas correlatas:

1. previsão de que inexistindo vaga na acomodação contratada pelo consumidor, o ônus adicional da internação do mesmo em acomodação superior, conforme determina o artigo 33 da Lei 9.656 de 1998, será da operadora de planos privados de assistência à saúde;
2. previsão acerca da obrigação do prestador de serviço em comunicar imediatamente à operadora de planos privados de assistência à saúde, quando configurada a hipótese do item anterior; e
3. previsão de que, em havendo disponibilidade de vaga na acomodação contratada em outro prestador de serviço, integrante da rede prestadora do produto contratado, poderá a operadora de planos privados de assistência à saúde remover o consumidor, arcando com o ônus desta, considerando suas condições clínicas e desde que autorizado pelo médico assistente.

III – prazos e procedimentos para faturamento e pagamento dos serviços contratados com:

- a) definição de prazos e procedimentos para faturamento e pagamento do serviço prestado;
- b) definição dos valores dos serviços contratados e insumos utilizados;
- c) rotina para auditoria técnica e administrativa, quando houver;

d) rotina para habilitação do beneficiário junto à entidade hospitalar; e
 e) atos ou eventos médico-odontológicos, clínicos ou cirúrgicos que necessitam de autorização administrativa da operadora.

IV - vigência dos instrumentos jurídicos:

- a) prazo de início e de duração do acordado; e
- b) regras para prorrogação ou renovação.

V – critérios e procedimentos para rescisão ou não renovação, com vistas ao atendimento do disposto no art. 17 da Lei nº 9.656, de 1998, em especial:

- a) o prazo mínimo para a notificação da data pretendida para a rescisão do instrumento jurídico ou do encerramento da prestação de serviço; e
- b) a identificação por parte da entidade hospitalar dos pacientes em tratamento continuado, pré-natal, pré-operatório ou que necessitam de atenção especial.

VI – informação da produção assistencial, com a obrigação da entidade hospitalar disponibilizar às operadoras contratantes os dados assistenciais dos atendimentos prestados aos beneficiários, observadas as questões éticas e o sigilo profissional, quando requisitados pela ANS, em atendimento ao disposto no inciso XXXI do art. 4º da Lei nº 9.961, de 2000; e

VII – direitos e obrigações, relativos às condições gerais da Lei 9.656, de 1998, e às estabelecidas pelo CONSU e pela ANS, contemplando:

- a) a fixação de rotinas para pleno atendimento ao disposto no art. 18 da lei acima citada;
- b) a prioridade no atendimento para os casos de urgência ou emergência, assim como às pessoas com mais de sessenta e cinco anos de idade, as gestantes, lactantes, lactentes e crianças até cinco anos de idade;
- c) os critérios para reajuste, contendo forma e periodicidade;
- d) a autorização para divulgação do nome da entidade hospitalar contratada;
- e) penalidades pelo não cumprimento das obrigações estabelecidas; e
- f) não discriminação dos pacientes e da vedação de exclusividade na relação contratual.

Em vista disso, quanto ao primeiro dispositivo obrigatório, qual seja, as condições de admissão de usuários (art. 16, I), tem-se que qualquer pessoa está apta a ser admitida em um plano de saúde, desde que aceite aderir ao contrato que lhe é ofertado, assumindo o pagamento das contraprestações nele previstas. De fato, estabelece o art. 14, da Lei nº 9.656/98, a proibição da operadora de impedir a participação de pessoas nos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do consumidor ou da condição de pessoa portadora de deficiência. Outrossim, é vedado obstar a adesão a tais contratos em razão da nacionalidade do usuário (art. 5º, *caput*, Constituição Federal), sendo possível, pois, a contratação pelos estrangeiros naturalizados no Brasil ou que aqui residam, seja com visto temporário ou permanente.

Ademais, tem-se que a admissão pode se dar na qualidade de dependente do usuário titular do contrato de plano de saúde. Nesse passo, é possível a inscrição dos filhos biológicos ou adotivos (art. 227, §6º, da Constituição Federal), a qual pode ser realizada por qualquer um dos genitores. Inclusive, destaca-se que a Lei nº 9.656/98 prevê, dentre as exigências mínimas que devem constar em todos os planos de saúde, a inscrição de filho

adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante (art. 12, VII). Outrossim, nos contratos que tenha cobertura a atendimento obstetrício, deve ser assegurada a inscrição ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção (art. 12, III, *b*).

Nesse sentido, de modo a complementar a disciplina da Lei nº 9.656/98 acerca da inscrição, como dependente, dos filhos de titular de contrato de plano de saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Súmula Normativa nº 25, de 13 de setembro de 2012, a qual traz regramento específico sobre a inscrição do recém-nascido, filho natural ou adotivo, ou sob guarda ou tutela, bem como sobre a inscrição do menor adotado, sob guarda ou tutela, ou cuja paternidade tenha sido reconhecida. Nesse passo, dentre as disposições de referido texto normativo, destacam-se as constantes em seus itens 7 e 8, *in verbis*:

7. O menor de 12 anos adotado por beneficiário de plano de saúde, ou sob guarda ou tutela deste, independente do tipo de segmentação contratada, pode ser inscrito no plano privado de assistência à saúde em até 30 (trinta) dias a contar da adoção, guarda, ou tutela, aproveitando os prazos de carência já cumpridos pelo beneficiário adotante, seja ele pai ou mãe, ou responsável legal, conforme o caso.

8. O filho menor de 12 anos cuja paternidade tenha sido reconhecida judicial ou extrajudicialmente pode ser inscrito no plano privado de assistência à saúde em até 30 dias do reconhecimento, aproveitando os prazos de carência cumpridos pelo beneficiário pai, independente da segmentação contratada.

Diante de tal regramento, é possível constatar que, no âmbito normativo dos contratos de plano de saúde, a possibilidade de inscrição de uma criança como dependente do beneficiário titular não se restringe à comprovação da existência do vínculo biológico entre eles – filiação biológica –, sendo plenamente possibilitada a inscrição do filho adotivo e do reconhecido judicial ou extrajudicialmente, bem como daquele que esteja sob guarda ou tutela do usuário titular, sem existir, pois, vínculo de filiação juridicamente reconhecido entre eles.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Destarte, há a consagração da hipótese de inscrição de filho socioafetivo como dependente em contrato de plano de saúde, o que, contudo, não se dá de forma plena, por restar vazio legislativo com relação à filiação socioafetiva construída independentemente de qualquer declaração judicial desse estado ou mesmo de registro no assento de nascimento da criança. Entrementes, tendo em vista a isonomia entre todas as espécies de filiação, bem como a superioridade valorativa do vínculo afetivo, tem-se por imperiosa a garantia de inscrição como dependente do filho afetivo fruto de situação exclusivamente fática – hipótese conhecida pela expressão “filho de criação” –, desde que, é claro, esteja plenamente configurada a filiação socioafetiva – ou seja, a posse

Além da hipótese de inclusão de filho como dependente, também é facultado ao usuário titular do contrato de plano de saúde a inscrição do seu cônjuge ou companheiro na qualidade de dependente. Inclusive, restou consagrado na Súmula Normativa nº 12, de 4 de maio de 2010, editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que para “fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo”.

Por sua vez, quanto ao início da vigência do contrato de plano de saúde (art. 16, II), considera-se que o negócio está completamente formado com a adesão do consumidor à proposta ofertada pela operadora, acompanhada pelo pagamento da primeira mensalidade. A partir desse momento, o contrato já se encontra vigente, podendo o usuário, no prazo de vinte e quatro horas, receber atendimento em casos de urgência e emergência (art. 12, V, c), situações essas caracterizadas pelos incisos I e II do art. 35-C, da Lei nº 9.656/98, *in verbis*:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; [...]

Todavia, os contratos de plano de saúde, em sua grande maioria, são dotados de períodos de carência (art. 16, III), os quais podem ser estipulados pelo prazo máximo de trezentos dias para partos a termo e de cento e oitenta dias para os demais casos (art. 12, V, da Lei nº 9.656/98). Quanto ao conceito de carência, o art. 2º, III, da Resolução Normativa nº 186, de 14 de janeiro de 2009, a conceitua da seguinte forma, *in verbis*:

é o período ininterrupto, contado a partir da data de início da vigência do contrato do plano privado de assistência à saúde, durante o qual o contratante paga as mensalidades, mas ainda não tem acesso a determinadas coberturas previstas no contrato, conforme previsto no inciso V do artigo 12 da Lei nº 9656, de 1998, nos termos desta Resolução.

Assim, em que pese o período de carência transparecer ao usuário como desvantagem, pois corresponde ao período em que ele irá adimplir as parcelas sem poder usufruir dos serviços contratados – exceto nos casos de urgência e emergência –, deve ser

do estado de filho –, de modo a não ocorrer ofensa ao equilíbrio econômico-financeiro do plano de saúde. Aliás, quanto à comprovação da posse de estado de filho, a sua verificação reside na presença dos elementos caracterizadores da filiação socioafetiva – notadamente, o nome (*nominatio*), o trato (*tractatus*) e a fama (*reputatio*). Deve-se, assim, comprovar que a criança se encontra inserida no âmbito familiar por tempo razoável a possibilitar o surgimento de vínculos afetivos – perceptíveis, inclusive, no meio social – e que seja essa entidade familiar a responsável pelo fornecimento de todos os bens materiais e imateriais imprescindíveis para o seu desenvolvimento físico, psíquico, social e intelectual.

reconhecida a sua importância para o equilíbrio e manutenção do contrato, pois possibilita a fidelização dos beneficiários. De fato, conforme leciona Silva¹⁶⁹:

Caso o consumidor, logo após a contratação de certo plano ou seguro de saúde, tivesse autorização para fazer uso imediato dos serviços disponibilizados, imediatamente em seguida à realização do atendimento ou tratamento desejado, poderia cessar o pagamento das mensalidades. Esta situação ocasionaria prejuízos de grande monta para as empresas do setor, uma vez que os serviços prestados no campo da saúde, em geral, não apresentam valor exíguo, dada a especificidade das atividades desenvolvidas. Desta forma, o instituto da carência permite que o consumidor, transcorrido certo período de adesão e consequente pagamento das mensalidades, vincule-se a determinado plano ou seguro de saúde e, em contrapartida, a empresa contratada lastreie o seu fundo econômico-financeiro para cumprir as condições contratuais.

Entrementes, existem hipóteses em que não é cabível a estipulação de período de carência. Isso se dá no plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial, com número de participantes igual ou superior a trinta beneficiários, desde que o beneficiário formalize o pedido de ingresso em até trinta dias da celebração do contrato coletivo ou de sua vinculação a pessoa jurídica contratante (art. 6º, da Resolução Normativa nº 195/09). Outrossim, no plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência, desde que o beneficiário ingresse no plano em até trinta dias da celebração do contrato coletivo (art. 11, da Resolução Normativa nº 195/09).

Fixado o início da vigência do contrato de plano de saúde, deve ser destacado o modo de sua renovação e as condições de perda da qualidade de beneficiário (art. 16, V). Assim, de acordo com o art. 13, *caput*, da Lei nº 9.656/98, as contratações de plano de saúde 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. Sendo o contrato firmado de modo individual, terá vigência mínima de um ano, sendo vedadas as seguintes práticas arroladas no parágrafo único do dispositivo citado, *in verbis*:

- 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 sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos 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.

¹⁶⁹ SILVA, Joseane Suzart Lopes de. **Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 190.

Nesse passo, em face da renovação automática dos contratos de plano de saúde, tem-se que, no caso do usuário não ter interesse na manutenção do vínculo contratual, deverá comunicar expressamente à operadora o seu intento de rescisão, presumindo, pois, o seu silêncio como concordância com a conservação da avença. Por sua vez, não pode a operadora rescindir, unilateralmente, a relação contratual, pois, caso contrário, seria extremamente cômoda a ela a extinção do negócio quando houvesse o aumento significativo na taxa de sinistralidade, desprezando todos os contínuos anos de existência do plano de saúde, em total ofensa ao direito fundamental à saúde.

Logo, a rescisão do contrato de plano de saúde pela operadora somente pode ocorrer nas duas hipóteses previstas no inciso II, do parágrafo único, do art. 13, da Lei nº 9.656/98, acima transcrito. Assim, no que tange à prática de ato fraudulento pelo usuário – p. ex., empréstimo da carteira do plano para terceira pessoa conseguir atendimento –, destaca-se que a sua constatação pela operadora do plano de saúde não leva à suspensão ou cancelamento imediato do contrato, haja vista a necessidade de instauração de procedimento administrativo competente, supervisionado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), ou mesmo da propositura de ação judicial em que se pretenderá a declaração da rescisão do contrato.

Já quanto à rescisão do contrato pelo inadimplemento do usuário, é exigido, para a sua configuração, o não pagamento de mensalidade por prazo superior a sessenta dias, contado de forma consecutiva ou não, em um período de doze meses, desde que aquele seja notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência, o que deverá ser documentalmente comprovado. Contudo, ressalte-se que muitos contratos, mesmo posteriores ao advento da Lei nº 9.656/98, trazem a possibilidade de imediata rescisão do negócio jurídico quando da ocorrência do inadimplemento. A interpretação que os tribunais têm realizado para os planos antigos, à luz do Código de Defesa do Consumidor, é a declaração da nulidade de referidas cláusulas, por se entender que a extinção da relação contratual somente é possível quando o usuário tenha sido notificado sobre referida possibilidade, tendo-lhe sido conferido prazo razoável para a regularização de sua situação.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE CONTRATADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.656/98. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. INADIMPLEMENTO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. RESCISÃO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE. Ainda que o contrato de seguro de saúde tenha sido celebrado antes do advento da Lei nº 9.656/98, as previsões nele encerradas devem ser interpretadas à luz e em consonância com as disposições do CDC. O consumidor deve ser notificado das parcelas em atraso para, somente então, ser rescindido o contrato. O recebimento do valor das parcelas em atraso é ato incompatível com a rescisão do contrato”. (Apelação Cível 1.0702.07.387733-5/001, Rel. Des. Marcos Lincoln, 11ª Câmara Cível, julgamento em 28/04/2010, publicação da súmula em 17/05/2010).

Todavia, mesmo que seja verificada a ocorrência de uma das hipóteses de rescisão do contrato por iniciativa da operadora, não poderá esta assim proceder caso o usuário do plano de saúde – titular ou dependente, fazendo-se interpretação extensiva do inciso III, do parágrafo único, do art. 13 – esteja em regime de internação hospitalar.¹⁷¹

Ainda quanto à vigência dos contratos, há disciplina específica para o usuário que integra plano coletivo de assistência à saúde em decorrência de vínculo empregatício, no caso deste se romper pela rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa ou pela sua aposentadoria. Na primeira hipótese, é assegurado ao titular – e aos seus dependentes – o direito de manter a condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral, pelo período de um terço do tempo de permanência, com um mínimo de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses (art. 30, da Lei nº 9.656/98). Já na segunda hipótese, é assegurado ao aposentado que tenha contribuído pelo prazo mínimo de dez anos durante o vínculo empregatício, o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral; no caso da contribuição ter sido por tempo inferior, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo (art. 31, da Lei nº 9.656/98).

¹⁷¹ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “APELAÇÕES CÍVEIS. PLANO DE SAÚDE. TERMO DE PARCELAMENTO DE DÉBITO. CLÁUSULA DE RESCISÃO IMEDIATA DO CONTRATO EM CASO DE INADIMPLENTO. ABUSIVIDADE. INTERNAÇÃO HOSPITALAR DO TITULAR DO PLANO. RECUSA DA OPERADORA. TRATAMENTO E FALECIMENTO NO SUS. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SENTENÇA MANTIDA. É abusiva a cláusula de rescisão imediata do contrato, em caso de inadimplemento de quaisquer das parcelas objeto do Termo de Parcelamento de Débito. O estatuído no artigo 13, parágrafo único, II, da nova Lei dos Planos de Saúde apenas autoriza o cancelamento ou a rescisão unilateral do contrato em situações excepcionais, devidamente descritas na norma, como no caso de fraude ou quando haja cumulativamente o inadimplemento pelo consumidor e a sua notificação devidamente comprovada até o quinquagésimo dia de inadimplência. A ausência de observância das condições impostas, pela lei, para o cancelamento ou a rescisão unilateral do contrato gera o reconhecimento da atitude abusiva da ré. Caso concreto em que o titular do plano necessitou de internação hospitalar, recusada pela requerida, ocasionando a espera de seis horas pelo primeiro procedimento médico e por um leito no SUS, bem como a privação da autora do convívio de seu marido nos momento da enfermidade que culminaram no seu óbito no dia seguinte. Embora o óbito não tenha sido originado da recusa da requerida, o dano moral reside na dor, na frustração, na angústia decorrente da situação vivenciada pela autora a partir de tal recusa, sobretudo a sua impotência diante da negativa perpetrada pela operadora em virtude de um mero atraso de onze dias no pagamento da mensalidade, privando seu marido do tratamento mais adequado e mais humano. A fixação do quantum indenizatório deve sopesar critérios objetivos como a condição econômica das partes, a gravidade do dano, o grau de culpa, atendendo, especialmente, para o caráter punitivo-pedagógico inerente a indenização em tais casos, sem acarretar o enriquecimento ilícito da vítima. Quantum adequadamente reconhecido na sentença. Sentença mantida. APELOS DESPROVIDOS”. (Apelação Cível nº 70046750162. Quinta Câmara Cível. Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho. Julgado em 21/03/2012. Publicado em 27/03/2012).

Ultrapassados tais requisitos, cumpre analisar os que possuem ligação direta com a definição dos valores das mensalidades a serem pagas pelos usuários: as faixas etárias e os percentuais de sua variação; os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária; e os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias (art. 16, incisos IV, IX e XI).

Em regra, a taxa de utilização dos serviços de assistência à saúde cresce com o aumento da idade do usuário, o que exige, conseqüentemente, a majoração do valor das mensalidades. Por isso, o art. 15, da Lei nº 9.656/98, determina 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 incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Nesse passo, houve a edição da Resolução Normativa nº 63, de 22 de dezembro de 2003, responsável por definir os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004. Seu art. 2º traz as dez faixas etárias possíveis de serem adotadas nos contratos de plano de saúde, sendo que o seu art. 3º traz as seguintes condições para a fixação dos percentuais de variação em cada mudança de faixa etária, *in verbis*:

Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições:

I - o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária;

II - a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

III – as variações por mudança de faixa etária não podem apresentar percentuais negativos.

Ao lado dos percentuais de variação das contraprestações pela mudança de faixa etária, o contrato de plano de saúde também deve prever as hipóteses de bônus, descontos ou agravamento da contraprestação pecuniária. Quanto ao agravo do valor da contraprestação, tem-se seu cabimento no caso da existência de moléstia ou lesão preexistente, em que o usuário poderá concordar em pagar quantia mais elevada a fim de ter acesso ao tratamento de referida enfermidade depois de cumprido o prazo regular de carência. A possibilidade de previsão de cláusula de agravo existe nos planos de saúde individual ou familiar e nos planos de saúde coletivo por adesão; já no plano de saúde coletivo empresarial, não pode haver cláusula de agravo nos casos de doenças e lesões preexistentes, desde que tenha número de participantes igual ou superior a trinta beneficiários e estes tenham formalizado o pedido de

ingresso em até trinta dias da celebração do contrato coletivo ou de sua vinculação à pessoa jurídica contratante (arts. 4º, 7º e 12, da Resolução Normativa nº 195/09).

Ainda quanto à definição do valor da contraprestação pecuniária, têm-se os critérios para o seu reajuste e revisão. Nesse passo, devido à constatação de diversos reajustes indevidos nas mensalidades dos planos de saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) regulamentou a matéria, de modo específico, por meio da Resolução Normativa nº 171, de 29 de abril de 2008 – estabelece critérios para aplicação de reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência suplementar à saúde, médico-hospitalares, com ou sem cobertura odontológica, contratados por pessoas físicas ou jurídicas – e da Resolução Normativa nº 172, de 8 de julho de 2008 – dispõe sobre os critérios para aplicação de reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência suplementar à saúde exclusivamente odontológicos.

Diante disso, de acordo com a Resolução Normativa nº 171/08, a aplicação de reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde individuais e familiares, contratados após 1º de janeiro de 1999 ou adaptados à Lei nº 9.656/98, dependerá de prévia autorização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) (art. 2º), a qual publicará no Diário Oficial da União e em sua página da internet, o índice de reajuste máximo a ser por ela autorizado (art. 8º). A operadora que obtiver a autorização da ANS poderá aplicar o reajuste a partir do mês de aniversário do contrato (art. 9º), fazendo constar de forma clara e precisa, no boleto de pagamento enviado aos beneficiários, o percentual autorizado, o número do ofício da ANS que autorizou o reajuste aplicado, nome, código e número de registro do plano e o mês previsto para o próximo reajuste (art. 10).

Já quanto ao reajuste das mensalidades dos planos de saúde contratados até 1º de janeiro de 1999 e não adaptados à Lei nº 9.656/98, deverá ser aplicado o disposto no contrato, desde que contenha o índice de preços a ser utilizado ou critério claro de apuração e demonstração das variações consideradas no cálculo do reajuste (art. 12, §1º). Caso as cláusulas do contrato não indiquem expressamente o índice de preços a ser utilizado para reajustes das contraprestações pecuniárias e/ou sejam omissas quanto ao critério de apuração e demonstração das variações consideradas no cálculo do reajuste, deverá ser adotado percentual limitado ao reajuste estipulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), de acordo com a Resolução Normativa nº 171/08 (art. 12, §2º).

A Resolução Normativa nº 171/08 também determina que, para os planos coletivos médico-hospitalares, com ou sem cobertura odontológica, independente da data da celebração do contrato, deverão ser informados à Agência Nacional de Saúde Suplementar

(ANS) os percentuais de reajuste e revisão aplicados e as alterações de co-participação e franquia.

Por sua vez, de acordo com a Resolução Normativa nº 172/08, nos planos individuais e familiares exclusivamente odontológicos, poderão ser aplicadas as cláusulas de reajuste que sejam claras, assim consideradas as que elejam um índice de preços divulgado por instituição externa (art. 2º, *caput*). Outrossim, a operadora deverá oferecer ao titular do contrato termo aditivo que preveja índice de preços que passe a vigorar como critério de reajuste anual nos contratos em que: a) não haja cláusula de reajuste; b) as cláusulas não indiquem expressamente o índice de preços a ser utilizado para reajustes das contraprestações pecuniárias; c) haja omissão quanto ao critério de apuração e demonstração das variações consideradas no cálculo do reajuste; d) o índice de preços sofra descontinuidade na apuração; ou e) conste exclusivamente o índice de preços divulgado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) (§1º). Já para os planos coletivos exclusivamente odontológicos, independente da data da celebração do contrato com formação de preço pré-estabelecido, deverão ser informados à ANS os percentuais de reajuste e revisão aplicados e as alterações de co-participação e franquia (art. 14).

O último dispositivo elencado no art. 16, da Lei nº 9.656/98, que merece especial atenção neste capítulo, diz respeito à área geográfica de abrangência do plano de saúde (inciso X). De acordo com o art. 12, da Resolução Normativa nº 211/10, *in verbis*:

O atendimento deve ser assegurado independente da circunstância e do local de ocorrência do evento, respeitadas a segmentação, a área de atuação e abrangência, a rede de prestadores de serviços contratada, credenciada ou referenciada da operadora de plano privado de assistência à saúde e os prazos de carência estabelecidos no contrato.

Dessa forma, independentemente do local em que o evento tenha ocorrido, terá o usuário acesso aos serviços de assistência médico-hospitalar contratados, a serem prestados na área de abrangência definida no instrumento contratual¹⁷², a qual pode ficar restrita apenas ao

¹⁷² Exemplificando a licitude da previsão de cláusula de área geográfica de abrangência do plano de saúde, tem-se o seguinte julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “DIREITO DO CONSUMIDOR - AÇÃO ORDINÁRIA - PLANO DE SAÚDE - TRATAMENTO MÉDICO NÃO AUTORIZADO - CLÍNICA LOCALIZADA EM CIDADE FORA DA ÁREA DE ABRANGÊNCIA GEOGRÁFICA - RESTRIÇÃO CONTRATUAL - NEGATIVA LEGÍTIMA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL - SENTENÇA REFORMADA - PRIMEIRO RECURSO NÃO-PROVIDO - SEGUNDO RECURSO PROVIDO. Não havendo urgência e emergência, e nem prova de que o tratamento médico do paciente deveria se dar em clínica ou hospital específico, não é possível a desconsideração de cláusula contratual para que a prestação do serviço pela cooperativa médica seja feita fora da área de abrangência do plano de saúde contratado”. (Apelação Cível 1.0024.08.255786-9/001, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, 16ª Câmara Cível, julgamento em 19/09/2012, publicação da súmula em 28/09/2012).

âmbito municipal ou estadual, ou mesmo abranger todo o território nacional e, até, fazer referência à cobertura fora do país.

2.6 Contratos de assistência privada à saúde e socialização do Direito Contratual: aspectos de ponderação e otimização

Do irrestrito liberalismo ao dirigismo contratual, profundas alterações ocorreram na teoria dos contratos, transformando-os de simples instrumentos de circulação de bens e serviços para garantidor de solidariedade e fraternidade social. Com efeito, o contrato é fruto da vontade das partes, capaz de disciplinar seus interesses e necessidades, vinculando-as de forma obrigatória. Mas a autonomia da vontade e a capacidade de vinculação não são absolutas, pois devem ser exercidas com respeito às exigências do bem comum, dos fins sociais, da boa-fé objetiva e da eticidade, além de não configurar o contrato uma relação jurídica de subordinação e sim um liame entre duas situações jurídicas, em conexão de cooperação.

Nesse passo, verifica-se que a socialização da teoria contratual produz reflexos no âmbito dos contratos de plano de saúde, na medida em que justifica o dever, por parte das operadoras, de assegurar a efetividade do direito fundamental à saúde. Deveras, o contrato, no Estado Democrático de Direito, além de ser instrumento de circulação de riqueza, representa instrumento funcionalizador de direitos sociais, imprimindo às partes, assim, o dever de agirem com lealdade e boa-fé, sem prejudicar uns aos outros ou a sociedade, de modo a alcançar a sua função social. Logo, deve-se exercer juízo de ponderação entre a liberdade contratual – e os interesses econômicos das operadoras – e o direito à saúde, cujo resultado deve tender para a prevalência deste, sem que haja a eliminação daquela, de modo que os contratos de plano de saúde se adaptem aos valores da vida e da dignidade humana.

Em vista do exposto, passa-se à análise da evolução principiológica da teoria contratual para, em seguida, abordar os reflexos da teoria contratual social nos contratos de plano de saúde.

2.6.1 Da evolução principiológica da teoria contratual

A análise da evolução da teoria contratual demonstra que o contrato perde a característica individualista – própria de sua conceituação clássica – para se tornar um instrumento social. Com efeito, a atual visão do contrato ainda o identifica como sendo

instrumento regulador da vontade das partes, mas também reconhece a presença de seus reflexos externos sobre terceiros e sociedade em geral, destinando-se a favorecer a circulação de riquezas e a promover os valores da solidariedade, da livre iniciativa, da justiça social e da dignidade humana.

Nessa esteira, para a adequada compreensão da evolução principiológica da teoria contratual, cumpre iniciar a análise pela concepção clássica do Direito Contratual, cujo desenvolvimento coincide com a instituição do Estado Liberal (metade do século XVIII até o início do século XX).

De fato, no Estado Liberal há a supervalorização da liberdade na esfera privada, sendo a justiça o reflexo da mínima intervenção estatal na economia. Predominava a noção de individualismo, sendo a vontade individual a responsável por garantir o equilíbrio econômico e o direito de propriedade, em prol da manutenção da ordem liberal. Nesse sentido, “a teoria clássica do contrato percebe na vontade intersubjetiva o fundamento último dos contratos, na medida em que, sob tal perspectiva, o homem é, antes de tudo, um ser livre, e o contrato é o campo por excelência de atuação do indivíduo para regular seus interesses”¹⁷³.

Destarte, a vontade é o fundamento principal do contrato – levando-se em conta que as partes estão em posições iguais –, o que impossibilita a intervenção do Estado – seja por intermédio das leis ou pela atuação jurisdicional – no conteúdo contratual. Os contratantes possuem ampla liberdade para estipular as obrigações às quais se sujeitarão, cabendo à lei e ao Poder Judiciário apenas assegurar esta vontade criadora, bem como proteger a concretização dos efeitos por eles pretendidos.

Nesse sentido, percebe-se que a teoria contratual clássica fundamenta-se nas noções de liberdade, vontade e igualdade. Em razão disso, seus princípios contratuais centrais são: consensualismo, autonomia da vontade, relatividade dos efeitos contratuais e obrigatoriedade contratual.

O princípio do consensualismo é resultado da valorização extremada da vontade individual nas negociações econômicas, significando que o contrato nasce do puro consenso dos interessados, por ser a vontade sua entidade geradora. Assim, para a perfeição do contrato torna-se necessário apenas que os contratantes obtenham um acordo de vontade capaz de

¹⁷³ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 247-284, p. 255.

atender seus interesses, não dependendo de forma pré-estabelecida. Ocorrendo mútuo consentimento sobre determinado interesse, nasce o contrato.¹⁷⁴

Como a vontade das partes é o nascedouro das relações contratuais, mister que essa seja livre e consciente, manifestada sem influências externas coatoras. Tal ideia faz surgir a Teoria dos Vícios do Consentimento¹⁷⁵, a qual visa proteger a vontade dos contratantes, pois “se o consentimento viciado não obriga o indivíduo, o consentimento livre de vícios o obriga de tal maneira que, mesmo sendo o conteúdo do contrato injusto ou abusivo, não poderá ele, na visão tradicional, recorrer ao direito a não ser em casos especialíssimos de lesão”¹⁷⁶. Logo, se o consentimento é manifestado de forma viciosa, falta o elemento principal do contrato, permitindo à lei a promoção da declaração de ineficácia do negócio obtido pela anuência defeituosa.

Por sua vez, percebe-se, na teoria contratual clássica, que a autonomia da vontade é o fundamento central da teoria contratual, pois a vontade representa a origem, a legitimação e o poder vinculante do contrato. Dessa forma, referido princípio significa que a obrigação contratual tem por fonte única a vontade das partes, que podem convencionar o que desejarem, na forma que quiserem, dentro dos limites de ordem pública. “Cabe a lei apenas assegurar o respeito ao que foi livremente estipulado e fornecer elementos interpretativos ou supletivos da vontade das partes”¹⁷⁷.

A ideia de autonomia da vontade está ligada à noção de vontade livre, consequentemente, de liberdade contratual. O homem, como ser social, tem a liberdade por essência, vinculando-se somente quando considere necessário para a sua sobrevivência. Excepcionalmente, pode sofrer alguma constrição em sua liberdade, a qual se restringe a apenas àquelas que ele mesmo reconhece ou as que a ordem jurídica, de forma extraordinária e limitada, lhe assinala. Destarte, a teoria contratual clássica pauta-se na existência de uma plena liberdade no negociar, sem qualquer barreira ou dificuldade, baseando sua atuação apenas na vontade manifestada pelos contratantes.

¹⁷⁴ É claro que tal desligamento de formalidades comporta algumas exceções, nas quais são exigidas formas determinadas, como se percebe nos dizeres de Pereira: “Somente por exceção conservou algumas hipóteses de contratos reais e formais, para cuja celebração exigiu a *traditio* da coisa e a observância de formalidades”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. v. III. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 19).

¹⁷⁵ Os vícios do consentimento abarcam as noções sobre erro, dolo e coação. Ao lado desses também existem os vícios sociais, que são a simulação e a fraude. Tanto o primeiro quanto o segundo são abrangidos pela teoria dos defeitos do negócio jurídico.

¹⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 69.

¹⁷⁷ FIUZA, César; Roberto, Giordano Bruno Soares. **Contratos de Adesão**. Mandamentos: Belo Horizonte, 2002, p. 25.

Outrossim, como consequência do princípio da autonomia da vontade, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais significa que os efeitos derivados do contrato afetam apenas as partes contratantes, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Isto porque, por ser o contrato resultado da manifestação de vontade das partes, apenas a estas podem ser impostos seus efeitos, não cabendo a terceiro ficar sujeito a uma relação jurídica na qual não manifestou sua vontade e que não lhe é imposta por lei.¹⁷⁸

Nesse sentido, é imperioso esclarecer que o princípio da relatividade refere-se apenas aos efeitos do contrato, isto é, este cria direitos e obrigações apenas entre os contratantes, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Em relação à existência desse negócio jurídico, esta é imposta a todos, por ser um fato que não há de ser ignorado.

Ademais, sendo o contrato fruto da manifestação da vontade livre e soberana das partes, deve ser cumprido por elas, não podendo fugir às suas consequências, a não ser com a anuência do outro contratante. Tal ideia resume-se no princípio da obrigatoriedade contratual, ou, como é denominado classicamente, *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos).

De acordo com esse princípio, o vínculo contratual estabelecido pela manifestação de vontade das partes e com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, é responsável por originar direitos e obrigações entre os contratantes, o qual se traduz em uma força obrigatória reconhecida e protegida juridicamente¹⁷⁹. Assim, o acordo de vontades faz lei entre as partes, só podendo ser rompido mediante outro acordo de vontades, por erro substancial anulatório de todo ato jurídico, ou, no caso de impossibilidade de cumprimento, por caso fortuito e força maior.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Nesse sentido, afirma Ribeiro, *in verbis*: “Pela primazia do princípio da autonomia da vontade decorre o princípio da relatividade dos efeitos do contrato: o vínculo havido pelas partes a partir da celebração do acordo emana efeitos àqueles que pretenderam se vincular (por sua vontade), não surtindo efeitos em relação a terceiros (*res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*). Não há como obrigar aquele que não celebrou o contrato, terceiro à relação contratual. Por outro lado, o terceiro não há que se beneficiar dos efeitos no contrato do qual não é parte. O contrato é um todo único e completo, autônomo em relação ao ambiente”. (RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 429-454, p. 431).

¹⁷⁹ Othon Sidou, ao analisar a teoria clássica do direito contratual, concluiu que esta defendia que: “se o contrato se perfaz respeitando a lei, noutras palavras, se a lei, à época de sua formação, não o proíbe nem dispõe de modo diverso, lei se torna entre as partes”. (SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1984, p. 23).

¹⁸⁰ O Código Civil disciplina o caso fortuito e a força maior em seu art. 393, *in verbis*: “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.” Analisando o dispositivo, afirma Gonçalves: “O *caso fortuito* geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. *Força maior* é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto. Ambos, equiparados no dispositivo legal supracitado, constituem excludentes da responsabilidade porque afetam a relação de causalidade, rompendo-a, entre o ato

A essa intangibilidade atribuída pela lei aos contratos cumpre a função de garantir a segurança nas relações jurídicas. De nada valeria o contrato, se a avença firmada entre as partes não possuísse força obrigatória. Esse princípio, também denominado de intangibilidade dos contratos, traduz a natural cogência que deve emanar do contrato, a fim de que se lhe possa reconhecer utilidade econômica e social.

Diante do explanado, verifica-se que, para a teoria contratual clássica, cuja base consiste na existência da liberdade e da igualdade formal, a justiça e a utilidade do pacto advêm da vontade. Ou seja, a “lógica contratual é a lógica da vontade. O contrato, por justo em si, eis produto da manifestação de vontade de homens livres e ‘iguais’, não era perquirido em sua lógica interna”¹⁸¹. Por isso, o conteúdo do contrato é tido por intangível, cabendo as partes cumprirem-no como pactuado.

Entrementes, com a revolução capitalista, que ocorreu principalmente no início do século XX, os ideais individualistas que permeavam a sociedade sofrem alterações lentas e graduais, firmando-se, em contrapartida, a noção de que o Estado deve atender às demandas de satisfação das necessidades dos cidadãos. O Estado, além de ser garantidor da ordem jurídica para o exercício dos direitos individuais, passa a ter a missão de solucionar os problemas sociais que escapam do controle dos particulares.

Nesse contexto, surge o Estado Social, cuja característica principal se traduz pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas relações privadas. Dessa forma, o Estado possui como dever limitar e controlar os poderes econômicos e sociais privados, tutelando, assim, a parte mais fraca da relação jurídica.

Em vista disso, as relações contratuais que, durante o Liberalismo, possuíam como fonte única a autonomia da vontade, baseada em uma liberdade formal das partes e na manifestação de vontade livre e soberana, passam a se tornar insuportáveis em uma economia caracterizada pelo desequilíbrio econômico-social. As relações jurídicas de massa, formadas em série, somadas ao acúmulo de capitais e à formação de grandes empresas e grupos econômicos, diminuem a importância do voluntarismo jurídico, que dá espaço à preocupação sobre os efeitos do contrato na sociedade e sobre a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas.

do agente e o dano sofrido pela vítima.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. IV. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 451.)

¹⁸¹ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 247-284, p. 256.

Assim, a lei, que durante o Estado Liberal possuía um papel meramente interpretativo ou supletivo, passa a ter carácter cogente, como forma de exteriorizar a intervenção do Estado Social nas relações privadas.¹⁸² A norma jurídica torna-se garantidora de determinados interesses sociais, servindo como instrumento limitador do poder da vontade.¹⁸³

Dessa forma, a concepção clássica da teoria contratual é substituída por uma concepção social dos contratos, pois o Estado Social de Direito promove o aumento crescente das normas de ordem pública para harmonizar a esfera do individual com a do social.¹⁸⁴ “A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a *confiança* depositada no vínculo, as *expectativas* e a *boa-fé* das partes contratantes”¹⁸⁵.

Destarte, pela concepção social do contrato, aquele que declara algo referente ao negócio que está prestes a concluir, deve responder pela confiança que a outra parte nele depositou ao contratar. Isto porque, o Direito dos Contratos assume a função de realizar a equitativa distribuição de direitos e deveres entre os contratantes, buscando atingir a justiça contratual, a qual se perfectibiliza, pois, na exata equivalência das prestações ou sacrifícios suportados pelas partes, bem como na proteção da confiança e da boa-fé de ambos os contratantes.

Logo, a concepção social dos contratos é orientada por novos princípios informadores, os quais não substituem os antigos, que continuam a integrar o Direito Contratual; “não se abandonam os princípios clássicos que vinham informando a teoria do

¹⁸² Ao analisar a doutrina da função social, afirma Lucas Abreu Barroso, *in verbis*: “Assim chegando aos contratos, imprimiu uma nova ordem destinada a condicionar a autonomia privada e a liberdade contratual. Estas devem ser postas dentro dos limites dos reclamos que afluem da sociedade e das normas jurídicas plantadas no intuito de limitá-las. Trata-se do dirigismo contratual, provocado pela intervenção estatal, bastante difundido no direito da atualidade. Por meio dele se restringe o campo da liberdade individual, substituindo-se as normas de carácter francamente individualistas por normas de ordem pública (cogentes)”. (BARROSO, Lucas Abreu. O contrato de seguro e o direito das relações de consumo. *In: A realização do Direito Civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 93/109, p. 101).

¹⁸³ Sobre o reflexo do Estado Social na teoria contratual, afirma Teizen Júnior, *in verbis*: “Este ‘Estado Social’ surge como uma forma de corrigir os exageros e as distorções provocadas pelo livre-arbítrio das partes. Revisa-se o velho espírito revolucionário, impondo limites democráticos de justiça por meio de uma nova ordem legal, como normas de “ordem pública”, impondo limites à liberdade contratual (não da liberdade de contratar), impedindo a opressão do fraco pelo forte, do tolo pelo esperto, do pobre pelo rico. O poder público começa a proporcionar, pelo ordenamento jurídico, uma apropriação mais efetiva dos princípios de igualdade e de liberdade”. (TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 91).

¹⁸⁴ Nesse sentido, afirma Lucas Abreu Barroso, *in verbis*: “Enfim, a decisiva transformação do direito dos contratos no último século e meio – ou, melhor ainda, desde a vitória burguesa – foi a sujeição da vontade dos contratantes ao interesse coletivo, em conformidade com as exigências do bem comum. A disciplina contratual hodierna reclama por um comprometimento ético e político dos contratantes, alargando enormemente as fronteiras de seu instrumento técnico”. (BARROSO, Lucas Abreu. A evolução histórica do contrato. *In: A realização do Direito Civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 45/54, p. 52).

¹⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 210 (grifos da autora).

contrato sob o domínio das idéias liberais, mas se lhe acrescentam outros, que vieram a diminuir a rigidez dos antigos e a enriquecer o direito contratual com apelos e fundamentos éticos e funcionais”¹⁸⁶. Assim, obriga-se o intérprete a conciliar o antigo e o novo, atribuindo maior ou menor importância a um ou outro princípio, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e os interesses envolvidos.

O contrato continua sendo fruto de um acordo de vontades, que vincula as partes contratantes, produzindo efeitos entre elas. Mas, deve também atender à justiça social, buscando atingir o equilíbrio, a proporcionalidade, a repulsa ao abuso, a segurança jurídica e o bem comum¹⁸⁷. Desse modo, constituem princípios norteadores da concepção social dos contratos: princípio da boa-fé objetiva, princípio da função social do contrato e princípio do equilíbrio econômico do contrato.

Em primeiro lugar, com relação ao princípio da boa-fé objetiva, cumpre delimitar a sua dimensão conceitual. Com efeito, a boa-fé pode ser compreendida sob dois enfoques: o subjetivo e o objetivo.

A boa-fé subjetiva consiste no estado de espírito do agente, sendo caracterizada pela análise das intenções da pessoa cujo comportamento se queira qualificar. Traduz-se na sinceridade, veracidade ou franqueza com que a parte se relaciona, não se utilizando de mentira, hipocrisia ou duplicidade, enfim, não se utilizando de má-fé.

Já como princípio informador da validade e eficácia contratual, deve ser observada a boa-fé objetiva, princípio integrante da concepção social do direito contratual, que representa uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais.¹⁸⁸

Destarte, a boa-fé objetiva consiste em dever geral de conduta, que atribui às partes o dever de agir no sentido da recíproca cooperação, confiança, lealdade, correção e lisura, a fim de se garantir a segurança e a manutenção das relações jurídicas. Deve estar

¹⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Contrato e sua Função Social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

¹⁸⁷ Segundo Nelson Rosenvald, o bem comum, “na relação obrigacional, traduz a solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade de credor e devedor”. (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 70).

¹⁸⁸ Nesse sentido, leciona Hironaka, *in verbis*: “Trata-se, portanto, da boa-fé objetiva entranhada no comportamento dos contratantes, capaz de exigir, deles, uma postura que sobrepasse a singela idéia de ser o contrato apenas uma auto-regulamentação de interesses contrapostos, um instrumento de composição de interesses privados antagônicos. O comportamento delineado pelo atributo da boa-fé objetiva é um comportamento tal que faz transcender a noção de colaboração entre os que contratam, antes de mais nada. E que os faz, por isso, mais leais, reciprocamente, mais informados, mais cuidadosos e mais solidários na persecução da finalidade contratual comum”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado – superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira**. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução Crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 117/132, p. 125).

presente em todas as fases contratuais, isto é, na fase pré-contratual, na contratual e na pós-contratual¹⁸⁹, garantindo a promoção do valor constitucional do solidarismo e incentivando o sentimento de justiça social.¹⁹⁰

A boa-fé objetiva possui caráter tridimensional, que se exterioriza por meio de três funções: integrativa, de controle e interpretativa. A principal função é a integrativa, pois este princípio é fonte de deveres anexos ou acessórios, que se constituem em verdadeiras obrigações contratuais, às quais os contratantes também devem cumprir, além da obrigação principal¹⁹¹. Com efeito, a análise desses deveres parte da constatação da relação obrigacional como uma totalidade, na qual as partes compartilharão de lealdade e confiança, visando, com essa postura colaboracionista, atingir o adimplemento e o bem comum. Credor e devedor não são mais posições antagônicas, como eram na teoria clássica, pois, sendo complexa a relação obrigacional, ambos estão sujeitos a direitos potestativos, ônus jurídicos e expectativas jurídicas, não se resumindo no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação.

Os deveres acessórios se resumem a três principais: o dever de informar – possibilita o direito de escolha de cada parte, pois as informações integram a relação contratual, devendo ser cumpridas na execução –, o dever de cooperação – atribui às partes a obrigação de agir com lealdade, agir de forma positiva para que o fim contratual seja alcançado –, e o dever de cuidado – preservação mútua dos contratantes contra danos à integridade pessoal (moral ou física) e de seu patrimônio.

Além de ser fonte de deveres anexos, a boa-fé objetiva também possui como função controlar, limitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos dos contratantes. Por consequência, restringe a liberdade de atuação das partes, pois atua como critério de

¹⁸⁹ Nesse sentido, tem-se o Enunciado 25, da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”.

¹⁹⁰ Cláudia Lima Marques reproduz bem o que representa a boa-fé objetiva no direito contratual: “Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes” (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 216).

¹⁹¹ Nesse sentido, tem-se o consignado no Enunciado nº 24, da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

diferenciação entre o exercício regular e o irregular ou abusivo de direitos frente à outra parte na relação obrigacional.¹⁹²

Terceira função atribuída à boa-fé objetiva é de interpretação dos contratos. Com efeito, constitui critério hermenêutico que exige a interpretação das cláusulas contratuais de modo a sempre privilegiar o sentido mais conforme a lealdade e a honestidade entre os contratantes. Dessa forma, a boa-fé objetiva auxilia na determinação do sentido das estipulações contidas no contrato, observando, para tanto, a necessidade de cooperação e respeito entre as partes.¹⁹³

Em face das três funções atribuídas ao princípio da boa-fé objetiva, percebe-se que os contratantes, desde as negociações até o momento posterior à execução do contrato, devem observar seus deveres de conduta, tratando o outro com lealdade e respeito, não danificando o patrimônio do próximo e não impedindo que o outro cumpra com os seus deveres.¹⁹⁴ Assim, cabe as partes cooperar, na medida do possível e segundo o ordenamento jurídico, para que o contrato atinja sua finalidade econômica e social.

Por sua vez, a função social do contrato é responsável por dar novo sentido à relação contratual, pois “significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas”¹⁹⁵. Com efeito, o modo como os contratantes predispõem suas prerrogativas contratuais deve respeitar os padrões da sociedade, a fim de se garantir a segurança dos bens comuns a todos, atendendo, assim, à função social do contrato. Qualquer relação jurídica afeta, de alguma maneira, o ambiente social, não sendo aceitável que essa prejudique terceiros, nem que esses prejudiquem a relação.

¹⁹² Assim, afirma Silva: “Destarte, busca-se evitar o abuso de direito, reduzindo a liberdade de atuação dos contratantes, pois, determinados comportamentos, ainda que lícitos, não observam a eticidade preconizada pelo princípio da boa-fé objetiva, e assim, negligenciam os ditames da lealdade, honestidade e confiança mútua, que devem nortear a conduta das partes nas relações jurídicas, ferindo assim a legítima expectativa da outra parte”. (SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil: Atualidades III** – princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 405-450, p. 416).

¹⁹³ Nesse sentido, tem-se o disposto no Enunciado nº 26, da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “Art. 422: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.

¹⁹⁴ Nesse sentido, tem-se o previsto no Enunciado nº 170, da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

¹⁹⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206.

Nesse sentido, o princípio da função social do contrato é responsável por delimitar o âmbito de eficácia do princípio da relatividade dos efeitos contratuais e, por consequência, de seus princípios base, quais sejam, a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos.

Em relação à autonomia da vontade e à força obrigatória dos contratos, a função social lhes confere uma nova roupagem, pois a prerrogativa de autodeterminação conferida aos indivíduos passa a estar submetida às regras impostas pela lei, exigindo que seus fins coincidam com o fim social ou que, ao menos, não o contrarie. Assim, se o contrato atender a vontade das partes, mas infringir interesses coletivos *lato sensu*, tais como o meio ambiente e os direitos do consumidor, é possível a sua revisão e modificação, ou até mesmo a declaração de sua nulidade¹⁹⁶.

Dessa forma, não há como negar que os contratantes dispõem da liberdade contratual, porém essa liberdade é limitada pelas exigências de ordem pública e pelas garantias do bem comum. Essa generalidade e indeterminação de conteúdo trazida pela função social do contrato conferem ao magistrado maior liberdade ao solucionar os conflitos em cada caso concreto.

Já em relação à mitigação do princípio da relativização dos efeitos do contrato, existem duas hipóteses básicas: a) terceiros à relação contratual devem respeitar os efeitos do contrato no meio social, sendo vedada a atuação dolosa que prejudique o direito subjetivo do contratante¹⁹⁷; e b) terceiros à relação contratual possuem o direito de não sofrerem reflexos prejudiciais dessa relação da qual não fazem parte.¹⁹⁸ “Seja ‘vítima’, seja ‘ofensor’, a posição

¹⁹⁶ Nesse sentido, tem-se o disposto no Enunciado nº 23, da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

¹⁹⁷ Essa primeira hipótese refere-se à “tutela externa do crédito” (Cf. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 241), pois trata da responsabilidade do terceiro que contribuiu para o inadimplemento de uma obrigação originária de um contrato do qual não seja parte. Assim, o terceiro que contrata com o devedor com uma obrigação incompatível com obrigação contratual anteriormente assumida, é responsável por possível descumprimento contratual que possa ocorrer na primeira relação jurídica, independentemente da existência da intenção de prejudicar o credor por parte do terceiro.

¹⁹⁸ Em face do princípio da função social do contrato, o que se entende por parte assume nova concepção, pois deixa de representar somente quem realmente consentiu para a criação do contrato e passa a englobar o indivíduo que possa ser afetado pela relação contratual. Assim, este, que antes era considerado terceiro à relação contratual, torna-se legitimado para requerer a indenização pelos prejuízos suportados ao devedor inadimplente. Tal entendimento é aplicável no caso de responsabilidade civil nas relações de consumo, em que o consumidor pode pleitear a reparação de defeitos de um produto diretamente ao fornecedor, com o qual não possui qualquer relação jurídica; também no caso da vítima promover execução diretamente contra a seguradora, e não contra o segurado, devido à inadimplência deste etc.

jurídica do terceiro implica necessariamente a análise do princípio da relatividade dos efeitos do contrato à luz do princípio da função social”¹⁹⁹.

Nesse sentido, entende-se que a função social do contrato é responsável por harmonizar os interesses individuais com os interesses sociais, garantindo que o contrato não venha a prejudicar terceiros e que esses não prejudiquem o contrato. Dessa forma, o fim precípua da função social é garantir algum direito fundamental, o qual, em última análise, tutela também direitos individuais.²⁰⁰

Já quanto ao princípio do equilíbrio econômico do contrato, verifica-se que este assegura a justiça contratual, isto é, a relação de paridade nas relações comutativas, de sorte que as prestações estipuladas em favor de uma parte não leve a outra ao cumprimento de uma obrigação excessivamente onerosa, desproporcional à vantagem auferida pela primeira. De fato, o princípio do equilíbrio econômico do contrato é responsável por manter certo nível de paridade entre os contratantes, os quais, na maioria das vezes, encontram-se situados em grupos econômicos diversos. Possibilita, assim, uma ligação entre o justo e o jurídico no domínio dos contratos.²⁰¹

Desse modo, pelo princípio do equilíbrio econômico, há a relativização do *pacta sunt servanda*, pois o contrato só permanecerá intangível caso mantenha patamar mínimo de equilíbrio entre as obrigações das partes, desde a formação da relação contratual, até a produção de todos os seus efeitos.

Assim, a vontade perde o seu reinado absoluto na esfera contratual, no que se refere ao estabelecimento do grau de equivalência entre as prestações, de acordo com os interesses dos contratantes, pois a justiça substancial que interessa é a objetiva, isto é, a que decorre da obtenção de vantagens aproximadamente equivalentes pelas partes, contrabalanceando seus encargos. Dessa forma, a análise do equilíbrio entre as prestações é realizada em dois momentos contratuais: na fase originária do contrato, que se refere às

¹⁹⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 229.

²⁰⁰ Nesse sentido, afirma Rosendal: “Terceiros não podem ser credores ou devedores de prestações em contratos que não foram partes. Todavia, eles podem ser credores ou devedores de deveres de conduta – sobretudo de proteção –, pois a complexidade de qualquer obrigação exige que no processamento da relação jurídica as partes não possam lesar a sociedade ou por elas ser lesadas. Há uma via de mão dupla que demanda um atuar dos contratantes para o bem comum, assim como um agir da sociedade que não sacrifique o bem individual, considerado solidário em relação aos bens dos demais”. (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115).

²⁰¹ Sobre o que vem a ser um contrato justo, afirma Negreiros: “Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou a excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade”. (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 166-167).

normas sobre lesão; e na fase funcional do contrato, que se refere às normas sobre onerosidade excessiva.

Portanto, diante do desenvolvimento principiológico da teoria contratual, percebe-se quão importante é a existência e a permanência do equilíbrio econômico do contrato. Com efeito, este constitui instrumento de circulação de riquezas²⁰² que não pode ser utilizado com o único intuito de uma das partes se beneficiar com o prejuízo da outra, haja vista a relação contratual também ser peça fundamental para a promoção da pessoa humana, para a preservação da dignidade do homem. Assim, somente com a garantia da justiça substancial das obrigações, em respeito à confiança gerada em ambos os contratantes, é que a relação contratual poderá alcançar a sua função social.

2.6.2 Dos reflexos da teoria contratual social nos contratos de plano de saúde

Conforme visto, na concepção social da teoria dos contratos, a vontade mantém seu *status* de fundamento da relação contratual, mas deixa de ser o seu elemento nuclear, pois tal relação está sujeita à influência de fatos e circunstâncias exteriores que lhe insere em um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo do controle dos contratantes. Assim, há o rompimento do dogma da vontade absoluta e da igualdade formal como instrumento de justiça contratual, uma vez que a massificação dos contratos torna a liberdade contratual um poderoso instrumento de abuso e de opressão do contratante em situação de inferioridade econômica. Logo, o contrato, como mecanismo propulsor da circulação da riqueza, deve ser concebido e executado respeitando os valores éticos, a boa-fé, o equilíbrio econômico e a sua função social.

Nesse contexto, constata-se que os contratos de plano de saúde sofrem reflexos diretos da teoria contratual social. De fato, conforme já se consignou, a relação de plano de saúde é exemplo de contratação de massa, que se caracteriza pela inexistência da tão idolatrada igualdade entre os contratantes, uma vez que a operadora de plano de saúde, visando economia, praticidade e lucratividade, estabelece previamente o esquema contratual,

²⁰² Assim afirma Lucas Abreu Barroso, *in verbis*: “O contrato possui função econômica na medida em que concretiza um instrumento de circulação de riqueza e difusão de bens, sendo esta sua essencial destinação, eis que contrato sem função econômica simplesmente não é contrato. O seu substrato é a *patrimonialidade*, melhor ainda, a *economicidade*, pois opera exclusivamente nas relações que têm por base o elemento econômico. Não obstante, mesmo que as partes sejam movidas por interesses subjetivos (ideal, moral, cultural etc.) ao contratar, ainda assim o contrato terá que resultar objetivamente em uma operação econômica. Em outros termos: sem transferência de riqueza não há que se falar em contrato, mesmo que exista entre as partes a convicção de se obrigarem legalmente”. (BARROSO, Lucas Abreu. O conceito e as funções do contrato. *In: A realização do Direito Civil*: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 55/65, p. 56).

que será disponibilizado para simples adesão de um número indeterminado de pessoas, às quais não será concedida a oportunidade de negociação e, portanto, de questionar as abusividades presentes. Logo, devem ser reconhecidos meios aptos para se obter um mínimo de equilíbrio possível, capaz de conformar o justo e o útil contratual e, por consequência, de assegurar a promoção do direito à saúde.

Dessa forma, de modo a conferir certeza e segurança aos contratos de planos de saúde, faz-se necessária a sua prévia regulação, em abstrato e de forma geral, pelas normas jurídicas. De fato, a lei, ao mesmo tempo em que reconhece a autonomia das partes, atribui-lhe limites, com o intuito de garantir a criação e sobrevivência dos contratos, em face da onerosidade excessiva, de acontecimentos imprevisíveis, da justiça social, da lesão, do abuso de direito, flexibilizando, assim, a liberdade contratual e a máxima *pacta sunt servanda*.

Nesse sentido, de modo a coibir as práticas abusivas por parte das operadoras, é construído verdadeiro arcabouço normativo responsável por elencar todos os itens de presença obrigatória nos contratos de plano de saúde, os quais traduzem as condições e exigências mínimas para que o sistema de saúde privada forneça assistência médico-hospitalar adequada e efetiva aos seus usuários.²⁰³ Logo, toda a disciplina legal aplicável às relações privadas de assistência à saúde – notadamente o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 9.656/98 e as Resoluções Normativas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – constituem piso sobre o qual os usuários podem reivindicar seus direitos específicos, ultrapassando a sua posição de vulnerável²⁰⁴ presente em referido vínculo contratual e, portanto, promovendo o equilíbrio das prestações contratadas.

²⁰³ Nesse sentido já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESSARCIMENTO - PLANO DE SAÚDE - DOENÇA PREEXISTENTE - PERÍODO DE CARÊNCIA - DESCONSIDERAÇÃO - PROCEDIMENTO DE EMERGÊNCIA - LEI Nº 9.656/98 - CIRURGIA CARDÍACA - RISCO DE VIDA - NEGATIVA DE COBERTURA - RECUSA ILEGAL - DEVER DE RESSARCIR DESPESAS - FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. I- É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente. II- Comprovado que a beneficiária do plano de saúde necessitou submeter-se a cirurgia cardíaca em situação de emergência enquadrada nas hipóteses de que trata o art.35-C, da Lei nº 9.656/98, deve-se exigir para efeito de cobertura, somente o prazo máximo de 24 horas de carência previsto em lei, desconsiderando-se a carência prevista para a hipótese de doença preexistente. III- Realizado o confronto entre as disposições contratuais e o disposto na legislação em vigor, criada para assegurar ao máximo o acesso ao direito fundamental à saúde e à vida, devem prevalecer as garantias contratuais condizentes à finalidade do contrato, qual seja: a prestação dos serviços médicos necessários à manutenção da saúde da beneficiária do plano de saúde, sobretudo quando se trata de relação de consumo, na qual o contrato deve ser visto em razão de sua função social”. (Apelação Cível 1.0172.08.017251-0/001. Rel. Des. João Cancio. 18ª Câmara Cível. Julgamento em 13/11/2012. Publicação da súmula em 21/11/2012).

²⁰⁴ Quanto ao significado de vulnerabilidade, dissertam Marques e Miragem, *in verbis*: “Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A

Outrossim, por ser o contrato de plano de saúde exemplo típico de relação consumerista e, ainda, por ser dotado de caráter nitidamente existencial, verifica-se que o respeito à boa-fé objetiva assume posição de suma importância nesses contratos. Com efeito, de um lado, a operadora do plano de saúde necessita ter a segurança de que as mensalidades pagas pelos usuários serão suficientes para a manutenção de saldo positivo do fundo comum destinado à cobertura dos serviços médico-hospitalares contratados. De outro lado, os usuários detêm a expectativa de que, caso venham a necessitar de algum tratamento médico, terão acesso a todos os serviços médico-hospitalares necessários para o restabelecimento de sua saúde, os quais serão prontamente fornecidos/custeados pela operadora de plano de saúde contratada.

Em vista disso, o dever de informação – dever contratual acessório, decorrente da boa-fé objetiva – é de importância inquestionável nos contratos de plano de saúde, na medida em que protege as legítimas expectativas geradas por ambos os contratantes e, assim, impede o surgimento de conflitos e questionamentos ao longo da execução do objeto contratado.

De fato, com relação ao usuário do plano de saúde, verifica-se que a linguagem contratual apresenta, em regra, certa complexidade que dificulta – ou até mesmo impossibilita – a perfeita compreensão da cobertura de assistência à saúde por ele contratada. Aliás, ressalta-se não ser incomum o usuário aderir ao contrato sem ter conhecimento de seu real conteúdo, acreditando que obterá amparo geral de assistência médico-hospitalar a todos os riscos futuros à sua saúde, sobretudo em situações de urgência e iminente risco de vida, em razão de não deter conhecimento técnico suficiente para discernir se determinada doença ou procedimento está ou não excluída da cobertura.

Logo, deve ser conferida ao usuário informação correta, clara, precisa e de fácil constatação (arts. 31 e 46 do Código de Defesa de Consumidor; art. 16, *caput*, da Lei nº 9.656/98) acerca dos termos contratuais, possibilitando-lhe, assim, ter a perfeita compreensão da cobertura contratada.²⁰⁵ Nesse sentido, tem-se ser legítima a previsão de cláusula

vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa”. (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 117).

²⁰⁵ Quanto aos reflexos da observância do dever de informação, ressalte-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - CONTRATO ANTERIOR À LEI Nº 9.656/98 - UNIMED/CL - PROCEDIMENTOS SOLICITADOS - EXPRESSA EXCLUSÃO DE COBERTURA - LIMITAÇÃO DA ÁREA DE COBERTURA - DANOS MORAIS - NÃO CONFIGURAÇÃO. - Se o contrato celebrado entre as partes exclui, expressamente, o procedimento pleiteado pelo autor, relativo à angiografia de cateter, não há como exigir, da ré, a cobertura contratual para as respectivas despesas. Ademais, tratando-se de contrato anterior à Lei nº 9.656/98, a qual

contratual limitativa ou de exclusão de cobertura de serviços médico-hospitalares, desde que redigida com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (art. 54, §4º, do Código de Defesa do Consumidor), e em respeito às exigências de cobertura mínima constantes da legislação específica (arts. 12 e 35-C, da Lei nº 9.656/98).²⁰⁶ Caso não haja cláusula contratual que exclua expressa e indubitavelmente determinada cobertura, será totalmente abusiva a negativa de fornecimento do serviço de saúde ao usuário pela operadora²⁰⁷, a qual será responsabilizada pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais a que der causa.

Ressalte-se, ainda, que o dever de informar atribuído à operadora resta expressamente consagrado na Lei nº 9.656/98, notadamente em seu art. 16, parágrafo único, o qual dispõe, *in verbis*:

A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.

Por sua vez, com relação à proteção da legítima expectativa gerada na operadora do plano de saúde, verifica-se que o usuário, no momento da contratação, também possui o dever de prestar informações fidedignas acerca do seu atual estado de saúde, a fim de se

traçou novos limites para os planos de saúde, não há falar em extensão de seus efeitos, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito. - A cláusula que limita a rede de abrangência do plano de saúde, por si só, não é nula, por abusividade, quando redigida de forma clara e inteligível -, ao informar clara e adequadamente o consumidor sobre a restrição da cobertura contratual -, cumpre com o dever de informação acerca dos serviços contratados, possibilitando sua imediata e fácil compreensão (art. 54, §§ 3º e 4º do CDC). - Se o plano de saúde nega a realização do procedimento com base em cláusula contratual, a recusa é fundada e não revela dever de indenizar por danos morais”. (Apelação Cível 1.0183.09.163555-1/001. Rel. Des. Osmando Almeida. 9ª Câmara Cível. Julgamento em 01/02/2011. Publicação da súmula em 21/02/2011).

²⁰⁶ Nesse sentido, tem-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “PLANO DE SAÚDE - DOENÇA PRÉ-EXISTENTE - PROVA - CARÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA. Restando provado nos autos o pleno conhecimento pela contratante do prazo de carência e da pré-existência da doença á contratação do plano, não há se falar em indenização, vez que se afigura lícita a recusa de tratamento dentro do prazo convencionado”. (Apelação Cível 1.0701.07.192951-0/001. Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes. 15ª Câmara Cível. Julgamento em 28/06/2012. Publicação da súmula em 05/07/2012).

²⁰⁷ Nesse sentido, destaca-se o seguinte entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “PROCESSUAL CIVIL E CIVIL- APELAÇÃO PRINCIPAL E ADESIVA- AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DAS CUSTAS DE PORTE DE REMESSA E DE RETORNO- DESERÇÃO- VERIFICAÇÃO DE OFÍCIO- APELAÇÃO ADESIVA NÃO CONHECIDA- AÇÃO DECLARATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER- CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE- CDC- APLICAÇÃO- COBERTURA PARA CIRURGIA BARIÁTRICA- TÉCNICA DE VIDEOLAPAROSCOPIA- RECOMENDAÇÃO MÉDICA- NÃO EXCLUSÃO NO CONTRATO- CUSTEIO DO TRATAMENTO PELA UNIMED- INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR- COBERTURA DA CIRURGIA PELA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE- CABIMENTO- MANUTENÇÃO DA SENTENÇA- RECURSO PRINCIPAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. [...] - Se a técnica cirúrgica indicada ao contratante não é expressamente excluída dos procedimentos cobertos pelo contrato, nem é vedada pela Agência Nacional de Saúde, a administradora do plano de saúde deve arcar com os custos da cirurgia, por interpretação mais favorável do contrato em proveito do consumidor. - Apelação principal conhecida e não provida”. (Apelação Cível 1.0145.11.049987-1/001. Rel. Des. Márcia De Paoli Balbino. 17ª Câmara Cível. Julgamento em 21/02/2013. Publicação da súmula em 04/03/2013).

verificar, notadamente, a presença de doença ou lesão preexistente. Não se está aqui contrariando entendimento consolidado pelos Tribunais pátrios no sentido de que, se não foram exigidos exames médicos prévios pela operadora, não pode esta negar cobertura ao usuário sob o argumento de omissão de informação por parte deste.²⁰⁸ Mas sim, é importante esclarecer que a má-fé do usuário no sentido de omitir a existência de doença, no momento da contratação, que possa influenciar na aceitação da proposta com a intenção de obter vantagem indevida para si ou para seus dependentes, constitui circunstância que legitima a negativa de cobertura pela operadora.²⁰⁹

Ainda sob a influência do princípio da boa-fé objetiva, verifica-se que a tutela da confiança é de significativa importância na execução das obrigações decorrentes do contrato de plano de saúde. Com efeito, pela teoria da confiança, pretende-se “proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, que confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro”²¹⁰, imputando a este a responsabilidade pelos danos que venha a causar em razão de falsas expectativas criadas.

Dessa forma, pela concepção social do contrato, aquele que declara algo referente ao negócio que está prestes a concluir, deve responder pela confiança que a outra parte nele depositou ao contratar. Isto porque o direito dos contratos assume a função de realizar a equitativa distribuição de direitos e deveres entre os contratantes, buscando atingir a justiça contratual, a qual se perfectibiliza, pois, na exata equivalência das prestações ou sacrifícios suportados pelas partes, bem como na proteção da confiança e da boa-fé de ambos os contratantes.

²⁰⁸ Assim é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE EXAMES. OMISSÃO DO SEGURADO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVA. INADMISSIBILIDADE. I - Consoante entendimento desta Corte, a seguradora que não exigiu exames médicos previamente à contratação não pode eximir-se do pagamento da indenização, sob a alegação de que houve omissão de informações pelo segurado. II - É inviável em sede de recurso especial o reexame do acervo fático-probatório dos autos. Agravo improvido”. (AgRg no Ag 1062383/RS. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 02/10/2008. DJe 15/10/2008).

²⁰⁹ A título exemplificativo, destaca-se o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA CIRÚRGICA. DOENÇA PREEXISTENTE. MÁ-FÉ DA SEGURADA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 1. Em se tratando de contrato de plano de saúde, não é a preexistência da doença que exclui o direito à indenização, mas sim a má-fé do segurado em não declarar a existência de circunstâncias que possam influenciar nas condições contratuais por parte da seguradora. 2. Evidenciada a má-fé do segurado, que omitiu intencionalmente o seu real estado de saúde no momento da contratação, é de se julgar improcedente o pedido de indenização”. (Apelação Cível 1.0479.10.004944-0/002. Rel. Des. Wagner Wilson. 16ª Câmara Cível. Julgamento em 25/04/2012. Publicação da súmula em 11/05/2012).

²¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 281.

Nesse sentido, não é permitido à operadora de planos de saúde frustrar as legítimas expectativas do seu beneficiário quanto a ter acesso ao tratamento adequado da doença de que é portador, ao argumento, p. ex., de que o procedimento solicitado está fora da cobertura do contrato, apesar do tratamento de referida enfermidade constar expressamente no rol da segmentação contratada.²¹¹ Do mesmo modo, configura exemplo de ofensa à confiança gerada no usuário, a hipótese de resolução unilateral do contrato em vigor há vários anos, em razão de inadimplemento mínimo do usuário – p. ex., atraso no pagamento de uma única parcela –, sem que a operadora tenha notificado o usuário sobre a possibilidade de resolução contratual e, ademais, tenha recebido o pagamento das parcelas subsequentes sem realizar qualquer ressalva, conduta esta plenamente contraditória e, portanto, repudiada pelo sistema jurídico (*venire contra factum proprium*).²¹²

²¹¹ Com efeito, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, havendo a cobertura do tratamento de determinada doença, o usuário tem direito de acesso a medicamentos, procedimentos e materiais que lhe garantam a maior possibilidade de êxito no tratamento, decorrentes dos avanços e conquistas da medicina. Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado: “Civil. Recurso especial. Ação cominatória cumulada com pedido de compensação por danos morais. Plano de saúde firmado em 1992. Recusa de cobertura de gastroplastia redutora, conhecida como 'cirurgia de redução de estômago', sob alegação de ausência de cobertura contratual. Operação recomendada como tratamento médico para gravíssimo estado de saúde e não com intuito estético. Técnica operatória que passou a ser reconhecida nos meios médicos brasileiros em data posterior à realização do contrato. Acórdão que julgou improcedentes os pedidos com base na necessidade de manutenção da equivalência das prestações contratuais. Extensão da cláusula genérica relativa à cobertura de 'cirurgias gastroenterológicas' para a presente hipótese. - O CDC é aplicável à controvérsia, ao contrário do quanto afirmado pelo acórdão. - A discussão sobre a equivalência das prestações deveria ter levado em conta que a análise contratual correta, em termos econômicos, depende, necessariamente, do estudo de dois momentos distintos no contrato de seguro-saúde: o primeiro é relativo à definição das doenças cobertas, e o segundo, às eventuais previsões de tratamentos específicos para tais doenças. - Se o contrato previa a cobertura para a doença, qualquer constatação de desequilíbrio financeiro a partir da alteração do tratamento dependeria, naturalmente, de uma comparação analítica entre os custos derivados das duas prescrições – aquela prevista no momento da contratação e aquela desenvolvida mais tarde. - Sem tal comparação, a argumentação desenvolvida é meramente hipotética, pois se presume, sem qualquer demonstração, que a nova técnica é necessariamente mais custosa do que a anterior. - Não se desconsidera, de forma apriorística, a importância do princípio da equivalência das prestações nos contratos comutativos; porém, é de se reconhecer que a aplicação desse cânone depende da verificação de um substrato fático específico que aponte para uma real desproporção entre as prestações, não se admitindo que a tutela constitucional dos direitos do consumidor seja limitada com base em meras suposições. - A ausência de adaptação do contrato às disposições da Lei nº 9.656/98 – que prevê expressamente a cobertura para a cirurgia de redução de estômago – é ponto irrelevante, pois a controvérsia, conforme visto, se desenvolve unicamente na perspectiva da análise do contrato firmado em data anterior a tal Lei. - A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor. - É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. Precedentes do STJ. Recurso especial provido”. (REsp 1106789/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 15/10/2009. DJe 18/11/2009).

²¹² A título exemplificativo, destaca-se o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “AÇÃO ORDINÁRIA - PLANO DE SAÚDE - INADIMPLÊNCIA - NOTIFICAÇÃO PRÉVIA - AUSÊNCIA - PARCELAS VENCIDAS - RECEBIMENTO - RESCISÃO UNILATERAL - ILICITUDE. A ausência de prévia notificação ao consumidor, a respeito de sua inadimplência quanto ao pagamento de mensalidade do plano de saúde, somada ao recebimento, pela operadora do plano, de parcelas vencidas após o período da inadimplência, caracterizam a ilicitude da rescisão unilateral do contrato celebrado entre as partes”. (Apelação

Em vista das análises pontuais aqui desenvolvidas, nota-se que a teoria contratual social é responsável por assegurar o equilíbrio da relação contratual de plano de saúde, na medida em que permite a satisfação dos interesses globais envolvidos: para os usuários, garante que os termos contratuais serão respeitados, em conformidade às exigências mínimas previstas na lei, bem como pela interpretação restritiva das hipóteses de exclusão de cobertura, tendo em vista o caráter adesionista do pacto; para as operadoras, garante o equilíbrio econômico-financeiro do plano de saúde, uma vez possuem a certeza de que os eventos a serem cobertos devem respeitar os limites da cobertura contratada.

Portanto, tendo em vista a função social do contrato de plano de saúde – acesso a serviços de assistência médico-hospitalar adequados e efetivos –, exige-se das partes a plena observância dos deveres contratuais de proteção e cooperação recíproca, a fim de atuarem de modo convergente para a proteção da integridade existencial e material uns dos outros, bem como para a promoção do completo adimplemento do contrato. Destarte, diante da necessidade de se privilegiar o conteúdo material do contrato de plano de saúde, a interpretação das suas cláusulas deve ocorrer de modo a privilegiar as legítimas expectativas dos contratantes, notadamente da parte vulnerável da relação contratual, possuindo, como fim último, a concretização do direito fundamental social à saúde.

3 INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

Assentado o caráter fundamental e social do direito à saúde – o qual integra a ideia de garantia mínima que deve ser assegurada às pessoas, com esboço na conservação pacífica da sociedade e na promoção do valor humano –; a permissão de prestação de assistência à saúde por entes privados – possuindo os contratos de plano de saúde enorme importância na sociedade brasileira, por constituírem meio alternativo ao sistema público de saúde ineficiente –; como também a caracterização dos instrumentos contratuais firmados entre operadoras e usuários – à luz do diálogo de fontes entre a Lei nº 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor, bem como da concepção social do direito contratual –; torna-se possível enfrentar o tema propriamente dito do presente estudo: a intervenção judicial nos contratos de plano de saúde para a ponderação dos interesses das operadoras e dos beneficiários.

Deveras, ao se permitir a prestação da assistência à saúde por entes privados de forma paralela à atividade estatal, por meio de contratos de serviço de saúde, torna-se duvidoso o respeito ao direito fundamental à saúde face à finalidade lucrativa atribuída por tais entes aos serviços prestados. Em vista disso, surge a indagação: há o dever, por parte das operadoras de assistência privada à saúde, de promoção do direito fundamental à saúde, ou, em outras palavras, pode-se afirmar que o direito fundamental à saúde incide imediata e diretamente nos contratos de planos de saúde?

A resposta à referida indagação reside na própria caracterização das relações privadas de assistência à saúde. De fato, é sabido que os planos de saúde ganham espaço no mercado por representarem meio alternativo ao sistema público de saúde ineficiente e que, em razão da sua importância para a população, confere ao sistema de saúde suplementar resultados altamente lucrativos. Outrossim, além do desequilíbrio substancial existente entre usuários e operadoras, que se exterioriza, notadamente, pela catividade contratual dos primeiros, verifica-se que, por serem relações de longa duração, os contratos de plano de saúde possuem curva de utilidade inversa para as partes, pois a contratação é mais vantajosa ao usuário anos após a adesão, enquanto para a operadora, apenas no início da vigência da avença.

Em vista dessas constatações, tem-se como obrigatória a incidência direta e imediata do direito fundamental à saúde nos contratos de plano de saúde, como forma de se evitar a completa mercantilização desse direito, o que tornaria, mais uma vez, impossibilitado

o acesso efetivo e adequado à saúde. E, nesse sentido, havendo a adoção de práticas abusivas pelas operadoras, cabe aos usuários dos planos de saúde o recurso ao Poder Judiciário, para que o magistrado avalie, de forma objetiva, se as cláusulas questionadas podem ser alteradas, ou até mesmo declaradas nulas, com o fim de se obter a justiça substancial do contrato, com a preservação das legítimas expectativas das partes, e, por decorrência, o respeito ao direito fundamental à saúde.

Desse modo, no presente capítulo, será analisada a eficácia horizontal do direito fundamental à saúde, abordando os seus reflexos nas relações privadas de assistência à saúde, notadamente a ponderação de interesses dos usuários e operadoras. Em seguida, será abordado o fenômeno denominado de neoprocessualismo e, por decorrência, o papel exercido pelo Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. Após, tentar-se-á delimitar o momento em que a adoção de cláusulas contratuais restritivas de direito ultrapassa a finalidade de manutenção do equilíbrio financeiro das prestações para caracterizar verdadeira prática abusiva, ofensiva ao objetivo contratual e as legítimas expectativas dos usuários. Diante disso, serão analisados aspectos pontuais relativos à proteção do usuário de plano de saúde, relativos às principais situações ensejadoras de litígios entre os contratantes, abordando as posições normativas, doutrinárias e jurisprudenciais sobre as hipóteses elencadas. Ao final, diante das conclusões parciais obtidas, adotar-se-á posicionamento acerca da necessidade de intervenção judicial nos contratos de assistência privada à saúde, a fim de possibilitar a harmonização dos interesses econômicos das operadoras com a eficácia do direito à saúde, visando, como fim último do ramo de saúde suplementar, a máxima efetividade desse direito fundamental social.

3.1 Da eficácia horizontal do direito fundamental à saúde

No primeiro capítulo deste estudo, constatou-se que o direito à saúde é expressamente reconhecido como direito fundamental na ordem constitucional vigente e que, assim, é de observância obrigatória na produção e aplicação das normas infraconstitucionais, bem como na atuação dos entes públicos e dos entes privados, visando a sua efetiva proteção e promoção. Nesse sentido, não há dúvidas acerca da incidência desse direito nos contratos de plano de saúde, tendo em vista, inclusive, a sua natureza social, que confere ao Estado a obrigação de normatizar e fiscalizar o sistema privado de assistência à saúde, seja quanto aos aspectos relativos à constituição e atuação das operadoras ou quanto às questões específicas acerca do conteúdo contratual.

Destarte, a eficácia do direito fundamental à saúde ultrapassa o âmbito das relações travadas entre Estado e cidadãos – eficácia vertical –, para abarcar as relações jurídicas firmadas entre os cidadãos, limitando a autonomia das partes com o intuito de se obter a máxima concretização do aspecto existencial, sem, contudo, eliminar os interesses materiais. Suscita-se, pois, a eficácia horizontal do direito fundamental à saúde, visualizando a incidência direta e imediata desse direito nos contratos de plano de saúde.

3.1.1 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Quando da análise da natureza social do direito à saúde, consignou-se que os direitos fundamentais são considerados, em primeiro momento, como direitos de defesa, ou seja, como poderes jurídicos outorgados aos indivíduos para se protegerem contra a opressão do Estado. Tem-se, assim, a eficácia vertical das normas de direito fundamental, uma vez que estas “influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Judiciário”.²¹³ Logo, por alcançar as relações travadas entre os indivíduos e o Estado, a eficácia vertical dos direitos fundamentais tem por escopo proteger aqueles das ingerências por parte deste na sua esfera pessoal, bem como imputar aos Poderes Públicos a obrigação de promover e zelar pelo respeito desses direitos.

Contudo, com a revolução capitalista que ocorreu, principalmente, no início do século XX, os ideais individualistas que permeavam a sociedade sofrem alterações lentas e graduais, firmando-se, em contrapartida, a noção de que o Estado deve atender às demandas referentes à satisfação das necessidades básicas dos cidadãos. Dessa forma, são reconhecidos os direitos sociais, com a finalidade de tentar solucionar a profunda crise de desigualdade social instalada em razão da concentração industrial e comercial, à universalização do mercado e à crescente urbanização, cabendo ao ente estatal a promoção desses direitos, por meio da garantia aos indivíduos dos recursos materiais essenciais à obtenção de uma existência digna.

Ocorre que a implementação de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção social à parcela vulnerável da população não é capaz de atender, de modo completo e satisfatório, à demanda social, na medida em que a efetiva realização das prestações reclamadas somente é possível com o dispêndio de recursos, dependendo, pois, da conjuntura

²¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 523/524.

econômico-financeira. Por consequência, abre-se o caminho para a atuação de entes privados no fornecimento e realização dos direitos sociais, o que, todavia, não ocorre de forma equilibrada, em razão, notadamente, da essencialidade desses direitos, colocando seus destinatários em verdadeira posição de dependência e sujeição. Destarte, percebe-se que o Estado não é o único a titularizar a posição de ofensor às liberdades individuais, mas também o próprio particular, ao se relacionar com o seu semelhante.

Desse modo, passa a ser considerada a eficácia horizontal²¹⁴ dos direitos fundamentais, a qual se refere à incidência e aplicação desses direitos no âmbito das relações privadas, uma vez que as violações a esses direitos não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas também nas relações travadas entre pessoas naturais e jurídicas de direito privado. Com efeito, a existência de forças sociais, como os conglomerados econômicos, sindicatos, empresas multinacionais, associações patronais, entre outros, exige que se reconheça a aplicação dos direitos fundamentais em face de pessoas e entes privados, na medida em que, devido ao poder financeiro e social que aqueles possuem, acabam por, incontáveis vezes, oprimir e abusar do cidadão comum, parte hipossuficiente da relação, desvirtuando o interesse social em prol da consecução de interesses privados.

Em vista disso, é inquestionável que a eficácia dos direitos fundamentais perante o particular não se concretiza da mesma forma como ocorre em face dos Poderes Públicos, tendo em vista que aquele é titular de direitos fundamentais, possuindo o direito e o poder de autodeterminação de seus próprios interesses, enquanto que a estes incumbe a obrigação de garantir o efetivo exercício desse direito/poder por todas as pessoas, de modo que não seja alterado o equilíbrio social. Outrossim, o fato de ambos os pólos das relações privadas estarem ocupados por titulares de direitos fundamentais dificulta a visualização da eficácia horizontal desses direitos, tendo em vista a complexidade da determinação de qual dos direitos, no caso concreto, deverá prevalecer.

Desse modo, visando à compatibilização entre a tutela dos direitos fundamentais e a autodeterminação dos entes privados, surgiram algumas teorias acerca da eficácia horizontal

²¹⁴Quanto à delimitação e à nomenclatura da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, afirma Canotilho, *in verbis*: “Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou colectivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados? Esta questão era conhecida, inicialmente, como questão da **eficácia externa** ou **eficácia em relação a terceiros** dos direitos, liberdades e garantias (*Drittwirkung*). Hoje prefere-se a fórmula <efeitos horizontais> (*Horizontalwirkung*) ou a expressão <eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada> (*Geltung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung*)”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1286).

dos direitos fundamentais, as quais podem ser reunidas, basicamente, em dois posicionamentos: a eficácia indireta ou mediata e a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

De acordo com a teoria da eficácia indireta ou mediata²¹⁵, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas depende de sua regulação pelo legislador infraconstitucional, seja de modo específico ou por intermédio de cláusulas gerais pertencentes ao Direito Privado, as quais são concretizadas a partir de interpretação em conformidade aos direitos fundamentais. Nega-se, assim, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações travadas entre entes privados, na medida em que a Constituição é vista como ordem de valores a orientar a produção e a aplicação das normas infraconstitucionais, não investindo as pessoas da titularidade de direitos subjetivos que possam ser invocados perante seus semelhantes.

Dessa forma, a concepção da eficácia indireta ou mediata sustenta que a proteção dos direitos fundamentais no campo privado não se dá por meio de instrumentos constitucionais, mas sim de mecanismos do próprio direito civilista. De fato, diante da irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico, a força jurídica dos direitos fundamentais alcança as relações privadas em razão da atuação do legislador privado, a quem cabe proceder à prévia ponderação entre referidos direitos e a autonomia privada. Há, assim, a primazia do legislador em detrimento do magistrado na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado, pois ao Poder Judiciário caberia apenas “o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos”.²¹⁶

Por sua vez, a teoria da eficácia direta ou imediata²¹⁷ defende que os direitos fundamentais são diretamente aplicáveis nas relações privadas, independentemente de prévia

²¹⁵ Segundo Sarmento, *in verbis*: “A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*) foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Günter Dürig, em obra publicada em 1956, e tornou-se a concepção dominante no direito germânico, sendo hoje adotada pela maioria dos juristas daquele país e pela sua Corte Constitucional. Trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta desses direitos na esfera privada”. (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 197/198).

²¹⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 200. Referido autor completa, *in verbis*: “Apenas em casos excepcionais, de lacuna do ordenamento privado, e de inexistência de cláusula geral ou de conceito indeterminado que possa ser preenchido em harmonia com os valores constitucionais, é que se permitiria ao juiz a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, independentemente da mediação do legislador”. (Ibid, p. 200/201).

²¹⁷ Segundo Sarmento, *in verbis*: “A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Nipperdey, a partir do início da década de 50. Segundo ele,

atuação legislativa, o que significa, portanto, que a consagração desses direitos no texto constitucional, por si só, vincula os entes públicos e os entes privados. De fato, os direitos fundamentais “dirigem-se, segundo tal concepção, não apenas contra o Estado, mas também contra os (em cada caso, outros) sujeitos de direito privado. Os direitos fundamentais não carecem, assim, de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, *sem mais*, a proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado”.²¹⁸

Destarte, segundo a concepção da eficácia direta ou imediata, os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente sobre as relações entre particulares, assegurando, mesmo na ausência de norma infraconstitucional regulamentadora, garantias subjetivas aos seus integrantes, sem que sejam necessárias artimanhas interpretativas para que produzam efeitos. Logo, os direitos fundamentais não necessitam da existência de cláusulas gerais ou de qualquer outro mecanismo para se irradiarem no ordenamento privado, haja vista que, por ser a ordem jurídica uma unidade, em que a Constituição figura como a sua Lei Maior, todas as demais normas, bem como todas as relações jurídicas, somente são válidas e legítimas se respeitarem os valores e limites impostos pelo texto constitucional.

Em vista dessas concepções acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a conclusão a que se chega, sem a adoção de posicionamento favorável ou desfavorável a apenas uma das teorias, é a de que, tanto os Poderes Públicos, quanto os entes privados, devem orientar a sua atuação de modo a não ofender os direitos essenciais da pessoa humana consagrados no texto constitucional. Deveras, a Carta Magna constitui verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa, o que impõe, por consequência, a leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica. Dessa forma, verifica-se, “entre as normas constitucionais e o direito privado, não o estabelecimento de um abismo, mas uma relação pautada por um contínuo fluir, de tal

embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*. Nipperdey justifica sua afirmação com base na construção de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. A opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares”. (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 204/205).

²¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53.

sorte que, ao aplicar-se uma norma de direito privado, também se está a aplicar a própria Constituição”.²¹⁹

Nesse sentido, o que se percebe é a necessidade da coexistência das eficácias direta e indireta dos direitos fundamentais. De fato, o reconhecimento da vinculação por meio de efeitos diretos não implica que todo direito fundamental seja, impreterivelmente, aplicável às relações privadas, ou que se encontre afastada a atividade do legislador. Com efeito, a verificação da autoaplicabilidade deve ser individualizada, levando em conta a necessidade de ponderação²²⁰ desses direitos com a autonomia privada, de modo a permitir o exercício equivalente da liberdade individual pelas partes, com a incidência direta dos direitos fundamentais na hipótese em que a dignidade humana for posta sob ameaça ou ocorra intervenção abusiva na esfera da intimidade pessoal.²²¹ Outrossim, admitir a incidência direta dos direitos fundamentais não elimina a atividade legislativa, por ser esta necessária à ponderação da autonomia privada com as normas fundamentais, mas sim autoriza a incidência imediata desses direitos quando não houver regra ordinária específica sobre a matéria ou, existindo, versar em verdadeiro descompasso.²²²

Inclusive, cabe aqui mencionar o posicionamento defendido por Canaris, o qual constitui, de certa forma, uma variação da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, que considera, todavia, a necessidade de garantia desses direitos no âmbito das relações privadas. De fato, segundo o autor, os entes privados e a sua atuação “não estão, em

²¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 400/401.

²²⁰ Quanto à definição de ponderação, esclarece Barroso, *in verbis*: “a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*”. (BARROSO. Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In: Revista da Escola Nacional de Magistratura*. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, 2006, p. 26/72, p. 37).

²²¹ Segundo Moraes, *in verbis*: “O problema maior do Direito na atualidade tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e do direcionamento de sua vida particular, de sua trajetória individual”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. *In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos*. v. 3. (Contratos: princípios e limites). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 342/364, p. 355).

²²² Em complemento a tal ideia, afirma Luiz Guilherme Marinoni: “A lei que impede a realização dos direitos fundamentais constitui um obstáculo visível que deve ser suprimido, enquanto a omissão de lei, ao impedir a efetividade desses mesmos direitos, não deve deixar de ser considerada apenas porque, em uma primeira perspectiva, aparece com invisível. Tal invisibilidade é apenas aparente, porque se faz concreta quando o juiz conclui que a omissão representa uma negação de proteção a um direito fundamental. Nesse caso, como também naquele em que atua mediante o preenchimento das cláusulas gerais, o juiz deverá atentar para a necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais, pois a tutela de um direito fundamental, com a supressão da omissão legal, poderá atingir outro direito fundamental.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Curso de Processo Civil. v. 1. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 81).

princípio, sujeitos à vinculação imediata aos direitos fundamentais. Estes desenvolvem, porém, os seus efeitos nesta direção, por intermédio da sua função como imperativos de tutela”.²²³ Assim, defende Canaris que o destinatário das normas de direitos fundamentais é, em princípio, apenas o Estado, mas não os sujeitos privados. Contudo, reconhece a existência da produção de efeitos sobre os particulares, bem como a necessidade de sua proteção, conforme restou consignado no seguinte trecho do seu estudo, *in verbis*:

A circunstância de, não obstante, os direitos fundamentais exercerem efeitos sobre estes últimos [sujeitos de direito privado] explica-se a partir da sua função como imperativos de tutela. Pois o dever do Estado de proteger o outro cidadão, contra uma lesão dos seus bens garantidos por direitos fundamentais, deve ser satisfeito também – e justamente – ao nível do direito privado. Esta concepção tem a vantagem de, por um lado, não abdicar da posição de que, em princípio, apenas o Estado, e não o cidadão, é destinatário dos direitos fundamentais, mas, por outro lado, oferecer, igualmente, uma explicação dogmática para a questão de saber se, e porquê, o comportamento de sujeitos de direito privado está submetido à influência dos direitos fundamentais.²²⁴

Traçadas questões gerais acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como fixada a necessidade de observância desses direitos no âmbito das relações travadas entre particulares – a fim de possibilitar a superação das desigualdades financeiro-sociais existentes entre as partes –, cumpre trazer a discussão para a ordem jurídica pátria.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 não traz disposição normativa específica acerca da vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais – o que ocorre no direito lusitano, conforme disposição do art. 18/1 da Constituição Portuguesa.²²⁵ Todavia, verifica-se uma tendência, na doutrina²²⁶ e na jurisprudência²²⁷ pátrias, pela adoção da teoria

²²³ CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 132.

²²⁴ CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 133.

²²⁵ Dispõe o art. 18/1, da Constituição da República Portuguesa, *in verbis*: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

²²⁶ Como expoentes, têm-se: Ingo Wolfgang Sarlet (**A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008); Luís Roberto Barroso (Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In: Revista da Escola Nacional de Magistratura*. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, 2006, p. 26/72); e Daniel Sarmiento (**Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010). Inclusive, cumpre destacar os seguintes dizeres deste último autor, *in verbis*: “No Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição de 88, é indubitável que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado (*e.g.*, direitos do preso). A Carta de 88 não chanceou a clivagem absoluta entre o público e o privado, na qual se assentam as teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”. (*Ibid*, p. 328).

²²⁷ Nesse sentido, tem-se o entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 201.819-8/RJ, *in verbis*: “SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE

da eficácia direta e imediata, tendo em vista a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, prevista no art. 5º, §1º, da Carta Magna.²²⁸ Outrossim, corrobora referido posicionamento a consagração, como princípio geral da atividade econômica, da necessidade de defesa do consumidor e da busca pela redução das desigualdades sociais (art. 170, V e VII, da Constituição Federal de 1988), o que traduz a necessidade de se tentar alcançar a justiça substancial das relações privadas.

Portanto, a análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais exterioriza a compreensão de que o ordenamento jurídico deve ser enxergado em sua totalidade, a qual

COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO”. (RE nº 201.819-8. Rel. Originária Min. Ellen Gracie. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Data do Julgamento: 11/10/2005. Data da Publicação: 27/10/2006).

²²⁸ Ressalte-se, todavia, a existência de defensores da teoria da eficácia indireta ou mediata, dentre os quais se destacam Dimoulis e Martins, os quais afirma, *in verbis*: “Em resumo, no ordenamento jurídico brasileiro, vale como regra geral que destinatário dos deveres que correspondem aos direitos fundamentais é o Estado, tanto no sentido do dever de abstenção como no sentido do dever de ação mediante prestações. Os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais (o direito fundamental à vida corresponde à punição do homicídio etc.). No mais, os direitos fundamentais desenvolvem como aludido um efeito de irradiação na interpretação da legislação comum, principalmente de cláusulas gerais”. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 106).

deve ser construída em plena harmonia e pautada pela necessidade de garantia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a eficácia desses direitos no âmbito das relações privadas necessita ser mediada pela lei – responsável pela prévia ponderação da autonomia privada com os direitos fundamentais –, sem, contudo, estar condicionada à sua edição, uma vez que, omitindo-se o legislador, será aplicável a eficácia imediata das normas fundamentais, exigindo-se, pois, o exercício do poder jurisdicional pelo Estado.

3.1.2 Eficácia do direito fundamental à saúde nos contratos de plano de saúde

Já se consignou neste estudo que a saúde, enquanto direito fundamental social, tem por finalidade assegurar ao indivíduo, mediante fornecimento de recursos materiais e prestação de serviços de assistência médico-terapêutico essenciais, o desenvolvimento digno de sua existência. Dessa forma, no momento em que a Constituição Federal de 1988 faculta à iniciativa privada a atuação na área dos serviços de saúde, verifica-se que a atividade desenvolvida por esses entes privados vem a suprir as deficiências da medicina pública e, ao assumirem a atuação do Estado, também assumem para si o dever de assegurar o direito à saúde.

Assim, em uma primeira análise, pode-se afirmar que a incidência do direito à saúde nos contratos de plano de saúde não encontra qualquer limitação ou impedimento, na medida em que referidos negócios jurídicos têm por finalidade complementar os serviços públicos de saúde²²⁹, que se mostram ineficientes para suprir a crescente demanda social. Aliás, sabe-se que “o primeiro requisito para o reconhecimento de uma vinculação do particular a determinada obrigação positiva, decorrente de um direito social, diz respeito à existência de alguma conexão entre a relação jurídica mantida pelas partes e a natureza da

²²⁹ Com efeito, conforme lecionam Sarlet e Figueiredo, *in verbis*: “No caso brasileiro, é preciso destacar a existência de deveres impostos aos particulares e que são diretamente decorrentes da garantia da saúde, como dá conta a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990), cujo artigo 2º, depois de elencar obrigações contidas no dever estatal de efetivação do direito à saúde, explicita que “[o] dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”. Releva notar, a propósito da participação da iniciativa privada, que a própria Lei Orgânica da Saúde já trata de esclarecer que se destina à regulação das ações e dos serviços de saúde “*executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado*”, tudo a indicar, na esteira da previsão constitucional, que o SUS abrange não somente a proteção e promoção da saúde pelo Poder Público, mas envolve também a iniciativa privada, igualmente submetida, ainda que se possa discutir eventuais peculiaridades, aos mesmos princípios e diretrizes, constitucionais e legais”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. *In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Ano 2, nº 4, 2013, p. 3183/3255. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_04_03183_03255.pdf. Acesso em: 10 de junho de 2013, p. 3194/3195).

obrigação jusfundamental em discussão”²³⁰, razão pela qual, sendo o contrato de plano de saúde o negócio jurídico em que a operadora se obriga a prestar serviços médico-hospitalares, mediante o recebimento de contraprestação pecuniária paga pelo usuário, tem-se por obrigatório o reconhecimento da natureza existencial do objeto contratual, pois visa assegurar a saúde do seu beneficiário.

Contudo, devido ao desequilíbrio econômico-financeiro existente entre operadora e usuário de plano de saúde, ao caráter essencial dos serviços contratados e, notadamente, à forma adesionista pela qual os contratos de plano de saúde são firmados, verifica-se a instalação de verdadeira situação de opressão e abuso contratual, em que o interesse existencial e social é suprimido pela prevalência do interesse patrimonial, sob a justificativa da legitimação atribuída pela autonomia privada dos contratantes.

Nesse sentido, para que as operadoras de planos de assistência privada à saúde atuem de forma a concretizar o dever constitucional de promoção, proteção e recuperação da saúde, tem-se a necessidade de limitar o âmbito de aplicação e observância da autonomia privada dos contratantes, de forma a possibilitar que o interesse existencial e social – garantia do direito fundamental à saúde – se sobreponha ao interesse meramente patrimonial – da busca pelo lucro – sem, contudo, eliminar este último, pois, caso contrário, restaria impossibilitada a atuação dos entes privados no ramo de assistência à saúde.

Em vista disso, deve-se esclarecer que a autonomia privada a que se refere não se restringe à mera noção de liberdade contratual, concernente ao poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica – que é o fundamento central da teoria contratual liberal (cujo auge é a metade do século XIX), em que a vontade representa a origem, a legitimação e o poder vinculante do contrato. Com efeito, o conceito aqui adotado possui maior amplitude, por dizer respeito a um dos componentes primordiais da liberdade, representado pelo poder do indivíduo de auto-regulamentar seus próprios interesses, ou seja, “a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual”.²³¹

Dessa forma, a autonomia privada não é absoluta, na medida em que, primeiramente, o indivíduo não se encontra isolado no meio social, convivendo, pois, com

²³⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 301.

²³¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 154. Sobre o significado e amplitude da autonomia privada, Sarmento completa, *in verbis*: “tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade”. (Ibid, p. 174).

outros sujeitos de direito com idêntica parcela de liberdade, o que exige a efetiva proteção das legítimas expectativas geradas pelas pessoas nas relações jurídico-sociais. Outrossim, a autonomia privada não pode sufocar outros valores que também são essenciais para a constituição e preservação do Estado Democrático de Direito – dentre os quais se destacam a democracia, a segurança, a igualdade e a solidariedade –, bem como não pode impedir a concretização do mínimo existencial necessário para a construção de uma vida digna.

Nesse passo, para o real exercício da autonomia privada, é necessário que os sujeitos de direito ocupem posições jurídicas e fáticas isonômicas. Com efeito, o mero reconhecimento e proteção das liberdades jurídicas ligadas à autonomia privada, sem o questionamento acerca da posição econômico-social ocupada pelos indivíduos, não significa que os interesses das partes envolvidas em uma dada relação serão respeitados de forma equilibrada, podendo restar configurada, na verdade, situação de opressão e de exploração econômica e social.²³² Destarte, a proteção da autonomia privada somente é possível na medida em que sejam conferidas, a todos os sujeitos de direito, as condições mínimas de liberdade para o seu exercício.²³³

Diante disso, no âmbito contratual, deve ser assegurada a autodeterminação da personalidade individual, o que exige a presença de proporcionalidade e equivalência entre os poderes de negociação das partes. Assim, havendo desequilíbrio de poder entre os contratantes, que impeça o exercício da liberdade de decidir por um deles, por não deter a faculdade de disposição sobre os termos pactuados, verifica-se a presença real do risco de violação de direitos fundamentais da parte vulnerável, o que exige, pois, a limitação²³⁴ da

²³² Segundo Sarlet, *in verbis*: “também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 400).

²³³ Nesse sentido, indaga Sarmento, *in verbis*: “Até que ponto um ato aparentemente livre de um particular hipossuficiente, numa relação travada com outro mais poderoso, é o resultado da sua autodeterminação, ou se trata do produto de constrangimentos externos, de origem econômica e social, aos quais o Direito não pode permanecer indiferente?”. (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 143).

²³⁴ Ao abordar o alcance do consentimento nas relações contratuais, afirma Nino, *in verbis*: “la validez de los contratos no depende sólo de que se haya materializado el consentimiento de las partes en el caso particular, sino también de que él se haya dado dentro de un marco normativo jurídico que asegure que, sin ese consentimiento, la autonomía de uno de los individuos no está subordinada a la del otro. Un contrato es moralmente inválido cuando está respaldado por un sistema de prohibiciones que supedita la materialización del plan de vida de un individuo a la concreción prioritaria del proyecto vital de outro”. (NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 294/295).

autonomia privada do contratante “dominador”, pela ausência de situação fático-jurídica aproximadamente igual entre os particulares.²³⁵

Em vista disso, quanto aos contratos de plano de saúde em específico, verifica-se que o exercício efetivo da autonomia privada é realizado apenas pela operadora, pois a atuação do usuário se limita à aceitação dos termos contratuais ofertados no mercado de saúde suplementar. Vale dizer, os negócios jurídicos de plano de saúde são típicas relações de adesão, que se caracterizam pela longa duração e pela catividade do contratante vulnerável, o qual, assim, não atua em virtude de uma decisão autônoma, mas sim em razão da imprescindibilidade dos serviços objeto da contratação. Logo, tem-se por necessária a limitação e/ou regulação da autonomia privada das operadoras, impedindo o seu exercício de forma abusiva, de modo a prestigiar a confiança depositada pelo usuário no pacto firmado, bem como possibilitar a proteção e promoção de sua saúde.

Dessa forma, considerando que a ordem constitucional pátria em vigor se caracteriza pela valorização do “ser” em detrimento do “ter” – notadamente em razão do reconhecimento da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro –, a garantia dos interesses patrimoniais presentes em determinada relação jurídica somente é cabível na exata medida em que também promovam a concretização dos interesses existenciais que com eles concorram. Nesse sentido, a proteção irrestrita da autonomia privada somente se faz possível, em dado negócio jurídico, quando envolva seres sociais com poder econômico-social equivalente e que possua por objeto bens de caráter exclusivamente patrimonial, pois, na hipótese da existência de certa vulnerabilidade por uma das partes e/ou de ser levantada questão de natureza essencial para o desenvolvimento da personalidade humana, verificar-se-á a necessidade de restringir a atuação do ente privado que ocupe posição privilegiada, de modo a assegurar a concretização dos interesses existenciais.²³⁶

²³⁵ Nesse sentido, afirma Duque, *in verbis*: “Assim, quando em uma relação jurídica o desequilíbrio de poder impede que a parte mais fraca tenha liberdade de decidir, não há falar em liberdade no verdadeiro sentido do termo e, portanto, menos ainda em igualdade. Por isso, contrato justo é aquele no qual ambas as partes têm plena liberdade de negociação e opções, já que apenas quando se garante reais condições para o exercício da liberdade, é que se atinge a igualdade nas relações privadas. Quando uma parte abafa a outra no contrato, seja por meios explícitos ou implícitos, não há falar em autonomia ou igualdade contratual”. (DUQUE, Marcelo Schenk. Os direitos fundamentais sob a perspectiva de um contrato de garantia. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais – Direito do Consumidor**: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 328/362, p. 346).

²³⁶ Ao se posicionar favoravelmente à aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, afirma Luís Roberto Barroso, *in verbis*: “Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (*e.g.*, se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (*e.g.*, escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores

Destarte, a autonomia privada nos contratos de plano de saúde encontra-se limitada pela incidência direta e imediata do direito fundamental à saúde nessas contratações, a qual visa assegurar o adequado e efetivo cumprimento das obrigações contratuais pelas partes. Com efeito, além de possuir por objeto bem de essencial importância para a manutenção da vida e para o alcance da dignidade humana, tais contratos não surgem de situação jurídica e fática aproximadamente igual dos interessados – situação necessária para o exercício da autonomia privada – mas sim de situação de desigualdade financeira, técnica e social das partes envolvidas. Logo, o recurso à eficácia horizontal do direito à saúde visa compatibilizar os interesses dos usuários com os das operadoras, de modo a promover o equilíbrio das prestações, por meio da equivalência entre os serviços médico-hospitalares cobertos e os valores das mensalidades pagas; diante dessa harmonização do contrato, torna-se possível a efetivação da finalidade lucrativa buscada pela operadora, bem como do objetivo de acesso à assistência à saúde titularizado pelo usuário, alcançando-se, pois, a plena realização do desiderato contratual.

Ressalte-se que referida limitação do exercício da autonomia privada pela operadora é efetivada, em primeiro momento, pelo legislador, o qual, por meio da edição de normas específicas sobre os contratos de plano de saúde, delimita os requisitos mínimos a serem observados na elaboração dos instrumentos contratuais. Todavia, o controle normativo, por si só, não é suficiente para impedir a adoção de práticas abusivas pelas operadoras, permanecendo presente, assim, a vulnerabilidade do usuário, o qual tem sua dimensão existencial posta sob ameaça de lesão. Dessa forma, faz-se necessário o recurso à intervenção do Estado-juiz – mediante a provocação da parte interessada –, a fim de que, por meio do cotejo das cláusulas contratuais com as normas infraconstitucionais e, principalmente, as normas constitucionais – de aplicabilidade direta e imediata –, declare o abuso da prática adotada, bem como determine o cumprimento do objeto contratual.²³⁷

Em face disso, deve ser ressaltada, todavia, a impossibilidade de se exigir o irrestrito fornecimento de serviços de assistência à saúde pelas operadoras aos seus usuários,

existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (*e.g.*, ninguém pode se sujeitar a sanções corporais)”. (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In: Revista da Escola Nacional de Magistratura*. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, 2006, p. 26/72, p. 56).

²³⁷ Ao analisar a função regulatória do contrato, afirma Lucas Abreu Barroso, *in verbis*: “O dirigismo contratual – como é mais conhecida a intervenção estatal na economia do contrato – é provocado tanto por meio da utilização de normas de ordem pública (cogentes), quanto pela intervenção judicial nos contratos, estando fundamentado na prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais, a fim de reduzir as desigualdades fáticas verificáveis entre os contratantes”. (BARROSO, Lucas Abreu. O conceito e as funções do contrato. *In: A realização do Direito Civil*: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 55/65, p. 59).

sob o argumento da incidência direta e imediata do direito fundamental à saúde nessas relações. Deveras, o ramo da assistência privada à saúde, apesar de sua função social, constitui típica atividade de mercado, atividade de cunho financeiro, que necessita da obtenção de lucro para a sua existência. Logo, ao ser reconhecida a eficácia horizontal do direito à saúde, busca-se a elevação desse direito à posição de pré-requisito para o válido e legítimo exercício da autonomia privada, podendo a operadora amoldar a proteção de referido direito face à cobertura contratada, sem, contudo, esvaziar seu conteúdo.

Portanto, eventuais conformações ou limitações à cobertura contratada são válidas para possibilitar o equilíbrio financeiro do fundo mantido pela operadora do plano de saúde, as quais, contudo, não podem desfigurar a utilidade do contrato, a ponto de tornar impossibilitada a proteção e promoção do direito fundamental à saúde. Vale dizer, as operadoras possuem a obrigação de não adotar qualquer prática que possa ameaçar ou lesar a saúde do beneficiário do plano de saúde, bem como de fornecer, de modo adequado e tempestivo, o atendimento médico-hospitalar nos moldes contratados, os quais devem estar de acordo com a regulamentação traçada pelo legislador – a quem incumbe, inquestionavelmente, a ponderação, em âmbito geral, dos direitos fundamentais com os interesses privados. Dessa forma, torna-se assegurado o cumprimento do objetivo contratual: a promoção e proteção da saúde de seus beneficiários.

3.2 Neoprocessualismo e o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais

As análises sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais exteriorizam que, no Estado Democrático de Direito, tanto os Poderes Públicos quanto os particulares têm sua atuação no meio social vinculada à promoção da efetividade desses direitos, em razão da existência de um dever geral de respeito, vale dizer, podem agir apenas na exata medida em que não provoquem qualquer ofensa ou ameaça de lesão a direito fundamental titularizado por outrem. Ademais, as normas de direitos fundamentais independem de regulamentação para que produzam seus efeitos – ou seja, são dotadas de aplicabilidade imediata nas relações sociais –, sendo que, por sua vez, os textos normativos infraconstitucionais – de origem estatal (p. ex., lei, decreto etc.) ou privada (p. ex., contrato) – encontram seu fundamento de validade e eficácia nas regras e nos princípios constitucionais, devido à força normativa e vinculante da Carta Magna.

Nesse sentido, constata-se que, na atual conformação jurídico-política do Estado – marcada por sua natureza social e democrática –, a Constituição supera a sua simples identificação a documento político, destituído de força normativa, para ocupar o ápice do sistema jurídico – outrora ocupado pelos Códigos e pelas leis, em razão da individualidade e da igualdade formal reinantes no Estado Liberal. Assim, o texto constitucional se torna o centro gravitacional do sistema jurídico, sendo que nos direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos, está contida ordem dirigida ao Estado e aos cidadãos, no sentido de que a estes incumbem à obrigação permanente de concretização e efetivação desses direitos essenciais. Dessa forma, referidos direitos representam o parâmetro do controle de constitucionalidade dos demais atos normativos do Estado e das relações entre cidadãos na esfera privada, servindo de referencial para toda e qualquer aferição de validade do ordenamento jurídico.²³⁸

Destarte, com o surgimento do Estado Constitucional Democrático de Direito²³⁹ e, por decorrência, o reconhecimento da supremacia material e axiológica da Carta Magna, verifica-se o advento de novo paradigma a orientar a ciência jurídica, que restou consagrado pela denominação “neoconstitucionalismo”²⁴⁰. De fato, referido fenômeno é responsável por reconhecer a Carta Magna como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa. Assim, consagra a subordinação da própria legalidade ao texto constitucional, além de alteração no conteúdo da Constituição, uma vez que há a incorporação explícita em seus textos “de *valores* (especialmente associados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais) e *opções políticas*

²³⁸ Nesse sentido, disserta Sarmiento, *in verbis*: “No Brasil [...] existe ampla possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade, como questão prejudicial em qualquer processo judicial, inclusive nos relativos a litígios de natureza privada. Ademais, o direito de ação tem expresso fundamento constitucional (art. 5º, XXXV, CF), razão pela qual sempre existirá um instrumento jurisdicional para tutelar qualquer direito fundamental lesado ou ameaçado, inclusive no contexto de uma relação entre particulares, mesmo que o caso não se amolde à hipótese de cabimento de nenhum dos remédios constitucionais expressamente agasalhados pelo texto magno. Portanto, nada obsta que numa ação ordinária, cautelar, ou de qualquer outra espécie, o Poder Judiciário faça incidir os direitos fundamentais na resolução de conflitos de índole jurídico-privada”. (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 276/277).

²³⁹ Segundo Luís Roberto Barroso, *in verbis*: “A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria”. (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In: Revista da Escola Nacional de Magistratura*. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, 2006, p. 26/72, p. 27/28).

²⁴⁰ Por todos: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In: Revista da Escola Nacional de Magistratura*. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, 2006, p. 26/72.

gerais (como a redução das desigualdades sociais) e *específicas* (como a obrigação de o Estado prestar serviços na área de educação e saúde)”.²⁴¹

Dessa forma, o neoconstitucionalismo diz respeito a um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e na ordem constitucional, assim sintetizado por Barroso²⁴², *in verbis*:

(i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Nesse sentido, ao confirmar a posição de supremacia da Constituição e a incorporação em seu texto de valores e de opções políticas gerais e específicas, além de reconhecer eficácia expansiva aos valores constitucionais, o neoconstitucionalismo promove a constitucionalização do Direito²⁴³, pois passa a requerer leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica.²⁴⁴ Assim, a interpretação e a aplicação das normas infraconstitucionais tornam-se condicionadas à realização e concretização dos programas constitucionais necessários para assegurar as condições de existência mínima e digna das pessoas.

²⁴¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 40.

²⁴² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Revista da Escola Nacional de Magistratura**. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, 2006, p. 26/72, p. 38.

²⁴³ Quanto à origem do processo de constitucionalização do direito, destaca Barroso, *in verbis*: “Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do direito, público ou privado, e vinculam os poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958”. (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Revista da Escola Nacional de Magistratura**. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, 2006, p. 26/72, p. 41/42).

²⁴⁴ Segundo Farias e Rosenvald, *in verbis*: “É necessário reconhecer, nesse passo, que as disposições da Carta Constitucional modificaram o substrato das categorias jurídicas, até então separadas no público e no privado. Ao recepcionar, em sede constitucional, temas que antes, na dicotomia tradicional, eram emolduradas em sede exclusivamente privada (como a família, a propriedade, o consumidor, o contrato, entre outros), deu-se um rompimento, no sentido de atender às aspirações maiores da sociedade brasileira.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 14).

Destarte, sendo a Constituição dotada de força normativa vinculante e imperativa, com produção de efeitos diretos²⁴⁵ e imediatos em face dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e dos particulares, verifica-se a necessidade de que todo o ordenamento jurídico assuma perfil constitucional, de modo a possibilitar, em caso de inobservância de qualquer de suas normas, o recurso aos mecanismos próprios de cumprimento forçado. Dessa forma, a constitucionalização do Direito é responsável por retirar dos Códigos – e, portanto, das normas infraconstitucionais –, o núcleo de investigação do intérprete, promovendo verdadeira inversão da lógica hermenêutica, de modo a buscar a unidade do sistema jurídico e a concretização dos valores sociais e existenciais fundamentais, enfeixados na concepção da dignidade da pessoa humana. Logo, tem-se que a Constituição atribui à ciência jurídica conteúdo social, elevando a sua eficácia prática, por conduzir o intérprete ao encontro da solução mais justa e humana para os diversos conflitos de interesses.

Nesse passo, considerando que a Constituição é responsável por consagrar, expressa ou implicitamente, os valores, os princípios e as regras de natureza imprescindível para a compreensão do fenômeno jurídico-social e, notadamente, para a promoção do mínimo existencial necessário ao desenvolvimento da personalidade humana; bem como consistir no núcleo e diretriz normativa para a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais; tem-se que o Direito Processual também sofre influência direta do texto constitucional, por ser o processo instrumento de inquestionável importância para a concretização dos direitos reconhecidos na Lei Fundamental. Assim, sob os mesmos pilares teórico-jurídicos fundantes da concepção do neoconstitucionalismo, surge novo paradigma a orientar a produção e aplicação das normas processuais, denominado de neoprocessualismo.²⁴⁶

De fato, verifica-se que a Constituição, ao mesmo tempo em que consagra inúmeros direitos materiais fundamentais, também arrola direitos e garantias processuais de observância obrigatória para a concretização dos primeiros, substituindo os Códigos de Processo na centralidade do ordenamento processual. Nesse sentido, o processo se volta à

²⁴⁵ Segundo Canotilho, *in verbis*: “as normas constitucionais além de serem direito actual no sentido acabado de precisar, valem também como normas de *aplicação directa*”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1178).

²⁴⁶ Por todos: CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em: 15 de junho de 2013. Ressalte-se o que referido autor afirma sobre a expressão “neo”, *in verbis*: “A expressão “neo” (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas. Pretende colocar a crise entre dois modos de operar a Constituição e o Processo, para, de forma crítica, construir “*dever-seres*” que sintonizem os fatos sempre cambiantes da realidade ao Direito que, para não se tornar dissociado da vida, tem de se ajustar – sobretudo pela hermenêutica – às novas situações ou, ainda, atualizar-se para apresentar melhores soluções aos velhos problemas”. (Ibid, p. 2).

tutela de uma ordem de princípios e direitos essenciais, de intensa carga valorativa, que se sobrepõe aos interesses dos litigantes e que, em seu todo, busca a realização do bem comum e da pacificação social.²⁴⁷

Aliás, ao prever a Constituição Federal a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), tem-se a consagração do direito ao acesso à justiça e, por consequência, do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva. Destarte, o processo representa o instrumento democrático por meio do qual o Estado exerce o seu poder jurisdicional, cujo objetivo não se exaure nos interesses individuais das partes na solução do litígio, por também buscar promover a função social da ordem constitucional em vigor.

Desse modo, vale dizer que o termo acesso à justiça não se restringe somente à noção de acesso ao Poder Judiciário e às suas instituições, por também abranger uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, que não se limita apenas ao ordenamento jurídico processual. Assim, o conceito de acesso à justiça é muito mais amplo do que o simples acesso ao processo com intuito de buscar a solução de seu litígio; representa, na verdade, a “viabilização de acesso à ordem jurídica justa”²⁴⁸.

Dessa forma, o acesso à justiça é, pois, a ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal dos princípios e garantias destacados na Carta Magna, quais sejam, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a revisão das decisões, a isonomia das partes, a motivação das decisões, entre outros. Aliás, a adoção desses princípios constitucionais nada mais representa do que a atual postura instrumentalista que envolve a ciência processual.

Assim, o neoprocessualismo sintetiza a noção de que o processo constitui o instrumento responsável pela proteção e promoção dos direitos fundamentais, abarcando,

²⁴⁷ Nesse sentido, afirma Cambi, *in verbis*: “Com efeito, o processo distancia-se de uma conotação privatística, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social. O processo está voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e de valores que estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum. A preponderância da ordem pública sobre os interesses privados em conflito manifesta-se em vários pontos da dogmática processual, tais como, por exemplo, na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício (objeções) e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas nulidades absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilibrado, na ampla defesa, no dever de veracidade e de lealdade, na repulsa à litigância de má-fé etc”. (CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em: 15 de junho de 2013, p. 25/26).

²⁴⁸ WATANABE, Kazuo. Acesso a justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

pois, a dupla dimensão desses direitos: “o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva)”²⁴⁹. Logo, as técnicas processuais devem ser criadas de modo mais adequado à tutela dos direitos fundamentais²⁵⁰, sendo normatizadas em pleno respeito às diretrizes traçadas por esses direitos.

Destarte, o neoprocessualismo almeja uma ordem jurídica pautada na instrumentalidade do processo, por visar à construção de técnicas processuais efetivas, rápidas e adequadas para a realização do direito processual. Assim, busca minimizar a distância entre direito material e processo, pois este deixa de ser visto como mero procedimento, passando a constituir instrumento tendente a alcançar o acesso à justiça.

Desse modo, cumpre destacar que a instrumentalidade é dotada de aspectos positivos e negativos. Sob o ponto de vista positivo, o processo deve buscar produzir todos seus escopos institucionais (jurídicos-políticos-sociais), o que se refere a quatro pontos sensíveis do Direito Processual: a admissão ao processo (ingresso em juízo), o modo de ser do processo (observância do devido processo legal), a justiça das decisões e a efetividade das decisões. Já sob o ponto de vista negativo, combate-se o formalismo processual, por ser este capaz de menosprezar o caráter instrumental do processo, mas sem perder de vista a necessidade de observância de certos requisitos com o fim de dar segurança jurídica às decisões.²⁵¹

Em vista disso, para que o processo consiga ser um instrumento de promoção e proteção dos direitos fundamentais, torna-se necessária a observância de princípios e regras processuais também dotados de caráter fundamental, responsáveis por possibilitar a justa e efetiva composição dos litígios. Dentre as garantias processuais consagradas pela Constituição, uma é de crucial importância para o adequado exercício da atividade jurisdicional, por ser a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, qual seja, o devido processo legal.

²⁴⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 11. ed. JusPodivm: Salvador, 2009, p. 27.

²⁵⁰ No que se refere à construção de novas técnicas processuais, várias já foram desenvolvidas a fim de possibilitar a adequada tutela dos direitos materiais. Dentre elas, tem-se a adoção do princípio da adequação do procedimento à causa; a adoção do processo sincrético, no qual a execução torna-se uma fase posterior à prolação da sentença condenatória no processo de conhecimento; a adoção do princípio da atipicidade dos meios executivos, previsto no §5º, do art. 461, do CPC; a concessão de tutela antecipada quando parcela do pedido formulado for incontroverso (art. 273, §6º, CPC).

²⁵¹ Sobre a teoria da instrumentalidade do processo, destaca-se: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Com efeito, o princípio do devido processo legal encontra previsão expressa no texto constitucional pátrio, ao dispor, em seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Representa, assim, verdadeira garantia às partes, que vêm resguardado seu direito de ação e sua atuação de forma paritária na relação jurídica processual, bem como constitui garantia dos fins do processo, pois possibilita a prestação de tutela jurisdicional justa e efetiva pelo Estado-juiz.²⁵²

Referida compreensão acerca do devido processo legal diz respeito à sua feição procedimental – *procedural due processo of law* –, a qual compreende o conjunto de garantias processuais constitucionais destinadas a assegurar a todas as pessoas e entes que tenham algum interesse ou participação no processo o pleno exercício de suas faculdades e poderes processuais, bem como a atribuir legitimidade ao exercício da atividade jurisdicional. Assim, dentre os princípios oriundos do devido processo legal, merecem destaque: o contraditório; a ampla defesa; a isonomia processual; o juiz natural; a motivação das decisões; a vedação à utilização de provas ilícitas; a publicidade; a inafastabilidade da jurisdição etc. Logo, a “cláusula *procedural due processo of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”.²⁵³

Todavia, ainda sob a feição procedimental do devido processo legal, deve-se destacar que a “palavra ‘processo’, aqui, deve ser compreendida em seu sentido amplo: qualquer modo de produção de normas jurídicas (jurisdicional, administrativo, legislativo ou negocial)”.²⁵⁴ Ou seja, não se restringe ao processo judicial, por englobar sob sua incidência todos os procedimentos voltados à construção normativa – de natureza geral ou específica –, o que leva à conclusão de que o devido processo legal se aplica às relações privadas, seja na fase pré-contratual ou durante a fase executiva. Com efeito, esclarece Didier²⁵⁵, *in verbis*:

²⁵² Nesse sentido, lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco, *in verbis*: “Entendem-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo objetivamente considerado como fator legitimante do exercício da jurisdição”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 88).

²⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal (processo civil, penal e administrativo)**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 85.

²⁵⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 11. ed. JusPodivm: Salvador, 2009, p. 29.

²⁵⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 11. ed. JusPodivm: Salvador, 2009, p. 31.

Na fase pré-contratual, deve-se lembrar, por exemplo, que a oferta é uma postulação e que toda norma que regula o negócio jurídico, quanto aos seus requisitos, é norma de processo negocial. Assim, também nos negócios jurídicos deve-se respeitar o devido processo legal (ex. escritura pública para transferência de imóvel: se ela não existir, não existe a tradição). Na fase executiva, deve-se ver, por exemplo, que a imposição de sanção convencional deve atender aos requisitos estabelecidos no negócio e/ou na lei abstrata, bem assim observar o direito de defesa do infrator (ex. imputação de multa por conduta anti-social de condômino –art. 1.337, *caput* e parágrafo único, do CC), não podendo ultrapassar as raiais da razoabilidade/proporcionalidade (devido processo legal formal e substancial).

Por sua vez, o devido processo legal também é dotado de feição substancial – *substantive due process of law* –, representando a garantia do trinômio vida, liberdade e propriedade. Dessa forma, abarca, indiscutivelmente, a obrigação estatal de resposta imediata ao jurisdicionado, com observância do procedimento previsto em lei, mas, principalmente, significa a necessidade de assegurar aos membros do corpo social o exercício efetivo e equilibrado dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, notadamente, os constantes no *caput* de seu art. 5º, quais sejam: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.²⁵⁶

Destarte, a vertente substancial do devido processo legal tem correspondência direta com o princípio da proporcionalidade, na medida em que se traduz na “devida ponderação dos bens e valores concretamente tensionados, de modo a que se identifique uma relação específica de prevalência entre eles”.²⁵⁷ Referida ponderação de interesses deve se fazer presente tanto em situações reais – p. ex., processo judicial – quanto em situações abstratas²⁵⁸ – p. ex., edição de textos legais –, permitindo, assim, a manutenção do equilíbrio e

²⁵⁶ Nesse sentido, leciona Mesquita, *in verbis*: “Assim, a determinação constitucional de que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ reflete num primeiro momento a proibição de que os cidadãos sejam privados daqueles bens jurídicos somente através de intervenção do Estado, exercendo a função jurisdicional. Num momento seguinte, a atuação estatal deve estar fundada num sistema de *promessas, garantias e limitações*, ou seja, a condução pelos magistrados da atividade jurisdicional deverá atender aos pilares do Estado Democrático de Direito externados já no preâmbulo da Constituição Federal, sendo-lhes vedado o exercício da jurisdição além dos limites de sua competência, bem como intervir na esfera jurídica do cidadão além do que é permitido pelos mandamentos constitucionais”. (MESQUITA, Gil Ferreira de. **Teoria Geral do Processo**. Uberlândia: IPEDI, 2004, p. 80).

²⁵⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 11. ed. JusPodivm: Salvador, 2009, p. 34.

²⁵⁸ Quanto à ponderação de interesses em situações abstratas, cabe destacar o seguinte posicionamento do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996 - COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - VEDAÇÃO ESTABELECIDA PELA LEI N. 9.100/95 (ART. 6º) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, § 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO - AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO - AÇÃO DIRETA - LEGITIMIDADE ATIVA - INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. [...] VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS -

da unidade do sistema jurídico, necessários para o alcance da efetividade de sua incidência nas relações jurídico-sociais.

Portanto, a conclusão obtida por meio da análise dos reflexos do fenômeno da constitucionalização do Direito e, por decorrência, do neoprocessualismo, é a de que todo o ordenamento jurídico está voltado para a promoção e proteção dos direitos fundamentais, os quais, assim, condicionam a atuação dos Poderes Públicos e dos entes privados. E, nesse sentido, sendo o processo o instrumento por meio do qual a jurisdição cumpre o seu dever e exerce o seu poder, deve ser compreendido e estruturado de forma a possibilitar a entrega das tutelas prometidas pelo direito material, o que é possível pela garantia de prestação jurisdicional efetiva, justa e célere, visando alcançar o acesso à ordem jurídica justa.

Neste ponto reside, pois, a importância do Poder Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais. Deveras, a pacificação social constitui o escopo magno da tutela jurisdicional, o que atribui ao Estado-juiz a posição de efetivo partícipe na construção dos destinos da sociedade e do país, bem como na efetivação do bem-estar da coletividade. Logo, ao magistrado – enquanto ser social que corporifica a atribuição jurisdicional –, incumbe a obrigação de dirimir as lides que lhe são apresentadas de forma que atribua proteção aos bens jurídicos tutelados pelas normas garantidoras dos direitos fundamentais.²⁵⁹

Destarte, a atuação do Poder Judiciário não se restringe à mera aplicação mecânica da norma ao fato, por meio da atuação do intérprete limitada à descrição da lei e à busca da vontade do legislador. De fato, a aplicação solitária da lei genérica e abstrata

PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL - RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador”. (ADI 1407 MC. Relator Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgado em 07/03/1996. Publicado em 24/11/2000).

²⁵⁹ Nesse sentido, cumpre destacar o previsto no art. 25, da Convenção Americana de Direito Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), *in verbis*: “1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso”.

desconsidera a pluralidade e a complexidade social, bem como a necessidade de promoção de um mínimo existencial necessário ao desenvolvimento digno da personalidade humana. Assim, cabe ao magistrado realizar a interpretação da norma de acordo com a realidade fática, à luz dos valores constitucionais fundamentais, atribuindo, pois, solução adequada e efetiva ao litígio *sub judice*, por exteriorizar a diretriz axiológica do sistema jurídico vigente.

Dessa forma, ao Poder Judiciário incumbe o dever de interpretar e aplicar as normas infraconstitucionais de acordo com a Constituição, promovendo a compatibilização e a efetivação dos direitos fundamentais que, no caso concreto, sejam conflitantes. Assim, a sua atividade não implica em “criação do direito” – vale dizer, o magistrado não edita textos normativos, o que é de competência, regra geral, do Poder Legislativo –, mas sim em promover a construção da norma jurídica, na medida em que atribui sentido ao texto normativo, sempre orientado pelo conteúdo constitucional.²⁶⁰

E, nesse sentido, o exercício da atividade jurisdicional ultrapassa a restrita concepção de declaração do direito, na medida em que incumbe ao magistrado promover a tutela concreta do direito material fundamental. Deveras, ao juiz cabe “atribuir sentido ao caso, definindo as suas necessidades concretas, para então buscar no sistema jurídico a regulação da situação que lhe foi apresentada, ainda que tudo isso obviamente deva ser feito sempre a partir da Constituição”.²⁶¹ Para tanto, faz-se necessário que o magistrado assuma posição presente no andamento processual – sem, contudo, romper com sua imparcialidade –, por meio do constante diálogo com os litigantes, a quem deve ser assegurado participação ampla, dialética e isonômica durante a realização dos atos processuais, contribuindo eles, pois, para a construção do provimento final.²⁶²

²⁶⁰ Nesse sentido, afirma Marinoni, *in verbis*: “Porém, quando se compreende a distinção entre texto normativo e ‘norma jurídica’, vendo-se essa última como interpretação do texto legal, torna-se fácil atribuir ao juiz a missão de construir a ‘norma jurídica’ que cristaliza a compreensão da lei na medida das normas constitucionais – ou mesmo, na hipótese específica de tutela de direitos fundamentais colidentes, a razão jurídica determinante, diante do caso concreto, da prioridade de um direito fundamental sobre o outro”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Curso de Processo Civil. v. 1. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 136).

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Curso de Processo Civil. v. 1. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 136.

²⁶² Nesse sentido, leciona Nunes, *in verbis*: “Ao magistrado cumpre, na alta modernidade, o papel democrático de garantidor dos direitos fundamentais, não podendo ser omissor em relação à realidade social e devendo assumir sua função institucional decisória num sistema de regras e princípios, embasado no debate endoprocessual, e no espaço público processual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam a formação dos provimentos”. (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011, p. 256).

Em resumo, incumbe ao Poder Judiciário promover a tutela adequada e efetiva dos direitos fundamentais presentes nos litígios levados à sua apreciação.²⁶³ Independente da natureza da relação jurídica objeto da demanda judicial – pública ou privada –, cabe ao juiz aplicar a norma infraconstitucional por meio de interpretação baseada nos valores constitucionais, cujo vértice é ocupado pelo princípio da dignidade humana. Assim, havendo conflito de interesses entre usuários e operadoras de plano de saúde – problemática do presente estudo –, a provocação do Poder Judiciário para a sua composição é perfeitamente cabível, hipótese em que caberá ao magistrado promover a efetivação do conteúdo contratual, fazendo incidir a legislação específica ao caso concreto a partir do direito fundamental à saúde.

3.3 Cláusulas restritivas de direitos e abusividade: a proteção das legítimas expectativas dos usuários

O contrato de plano de saúde é marcado pela presença de duas características que exigem a sua regulamentação e a sua interpretação de modo particular e específico, quais sejam: visa tutelar a saúde do usuário e constitui espécie de contrato de consumo. Quanto à primeira característica, já se consignou, em suma, que o exercício da autonomia privada nesses contratos é limitado pela incidência direta e imediata do direito fundamental à saúde, de forma a possibilitar o adequado e o efetivo cumprimento das obrigações contratuais. Por sua vez, quanto à sua identificação ao gênero relação de consumo, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da configuração de prática contratual abusiva, visando à proteção das legítimas expectativas dos consumidores – *in casu*, dos usuários de plano de saúde.

²⁶³ A título exemplificativo, destaca-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - PLANO DE SAÚDE - QUIMIOTERAPIA - MEDICAMENTO “AVASTIN” - TUTELA ANTECIPADA - EXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA E DE FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL - CONCESSÃO. INTELIGÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA, À SAÚDE E DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Se o autor da ação conseguiu demonstrar seu direito, de forma inequívoca, e comprovou o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, impõe-se a concessão da tutela antecipada. Não se revela razoável privilegiar a norma do art. 273, § 2º do CPC, que veda a concessão da medida, caso haja perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, uma vez que o interesse econômico do requerido não pode se sobrepor ao direito indisponível à vida e à sobrevivência digna. Anota-se que o artigo 5º, CF/88, assegura a todos a igualdade perante a lei e a inviolabilidade do direito à vida, podendo se valer da tutela cautelar, expressamente, contemplada na legislação processual vigente, qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil, sendo dever indeclinável do Poder Judiciário assegurar a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF)”. (Agravado de Instrumento Cv 1.0433.10.321708-2/001. Relator Des. Rogério Medeiros. 14ª Câmara Cível. Julgamento em 17/02/2011, publicação da súmula em 12/04/2011).

Nesse passo, dentre as alterações de paradigma efetivadas pela Constituição Federal de 1988 no âmbito do Direito Privado, encontra-se a previsão da criação de um diploma legal voltado à proteção do consumidor (art. 48, dos Atos de Disposição Constitucionais Transitórias), responsável pela efetivação do dever estatal fundamental de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), o qual também é reconhecimento como princípio geral da atividade econômica brasileira (art. 170, V). Assim, o consumidor é definido como sendo a parte vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor), que exige, pois, atenção especial do legislador para a promoção da igualdade substancial nas relações jurídicas de consumo.

Aliás, vale dizer que a atribuição de tutela diferenciada pelo sistema jurídico aos consumidores não configura atitude meramente assistencialista do Estado, pois tem por objetivo assegurar a existência de equilíbrio econômico nas relações consumeristas, o qual é constantemente ofendido pelo abuso da posição contratual efetuado pelo detentor dos meios de produção e/ou de fornecimento de serviços. Logo, o reconhecimento da necessidade de proteção do consumidor exterioriza a superação da ideia de que as relações negociais são justas por serem fruto da manifestação de vontade das partes, pois, na sociedade pós-moderna, a igualdade formal não traduz a ausência de opressão social.²⁶⁴

Em vista disso, dentre as balizas teórico-jurídicas existentes para a regulação dos contratos de consumo, o princípio da boa-fé objetiva representa o paradigma máximo para a tutela das relações contratuais. De fato, referido princípio “implica na exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim com o respeito às expectativas legítimas geradas no outro”.²⁶⁵ Logo, o exercício da autonomia privada no âmbito contratual não pode ser orientado no sentido de atender os interesses de apenas uma das partes, devendo, pois, considerar os

²⁶⁴ Nesse sentido, se posiciona Stiglitz, *in verbis*: “O certo é que essa velha concepção de *liberdade* (meramente formal), baseada no argumento de que, em termos absolutos, é melhor deixar que os homens regulem suas relações jurídicas antes de tratar de regulá-las pela força da Lei – não obstante ter sido justificável no Século XVIII para superação do feudalismo – logo se revelou falaz, ao menos a partir do início deste Século [século XX]. Com efeito, a passagem dos tempos e a manifestação das concretas desigualdades entre os homens demonstram que tal liberdade não era real, nem completa; que, se não imperasse a *força da lei*, imperaria a *lei do mais forte*, consagrando o esmagamento dos mais débeis. A partir de então, o Direito se nutriu de uma nova concepção, solidarista, reclamando a intervenção do Estado para restabelecer o equilíbrio social; ou seja, que o Direito outorgue uma proteção mais intensa àqueles que ocupam os segmentos inferiores, pois eles precisam do Direito para elevar-se. Assim sendo, a lei acaba por se tornar o instrumento adequado para assegurar a liberdade aos mais vastos setores de nossa sociedade”. (STIGLITZ, Gabriel A. O Direito do Consumidor e as práticas abusivas: realidade e perspectivas na Argentina. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Doutrinas Essenciais – Direito do Consumidor**: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1197/1205, p. 1198/1199).

²⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 72.

interesses e as expectativas de ambos os contratantes, em verdadeiro contexto de equilíbrio e confiança contratual.

Nesse sentido, o art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, arrola, como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, *in verbis*:

harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Destarte, a boa-fé objetiva compreende uma faceta negativa e outra positiva. Quanto à primeira, refere-se à obrigação de lealdade, correção e lisura, que deve orientar a atuação das partes ao longo das fases contratuais, impedindo, pois, a ocorrência de comportamentos desleais e de condutas ofensivas ao equilíbrio contratual.²⁶⁶ Já quanto ao seu viés positivo, a boa-fé objetiva se traduz na obrigação de cooperação entre as partes, com o intuito de se obter o adequado cumprimento do objeto contratual legitimamente esperado pelos contratantes. Dessa forma, a boa-fé objetiva representa a superação da visão egoísta do contrato, pois se traduz no pensar sobre o outro contratante, sobre as suas condutas e interesses, visando o adequado processamento da relação obrigacional e à satisfação dos interesses gerais envolvidos.²⁶⁷

Desse modo, dentre as funções atribuídas à boa-fé objetiva²⁶⁸, destaca-se, para a identificação de cláusulas contratuais abusivas, a sua função de controle. De fato, esta se

²⁶⁶ Nesse contexto, disserta Martins, *in verbis*: “Na função de limite a exercícios subjetivos, a boa-fé transparece com um cariz negativo, de evitar que a parte abuse de sua prerrogativa, pois inconcebível atuar conforme a disposição normativa, mas negar-lhe vigência ao espírito. Para a justiça do contrato, três *nuances* são referência: (i) o exercício inútil danoso de um direito; (ii) o *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*; (iii) a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem”. (MARTINS, Fernando. **Princípio da justiça contratual**. (Col. Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 398).

²⁶⁷ Nesse sentido, afirma Hironaka sobre o princípio da boa-fé objetiva, *in verbis*: “Trata-se de um parâmetro de caráter genérico, objetivo, em consonância com as tendências do direito contratual contemporâneo, e que significa bem mais que simplesmente a alegação da ausência de má-fé, ou da ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médico, o padrão jurídico *standard*”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado – superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução Crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 117/132, p. 124).

²⁶⁸ Segundo Negreiros, “a boa-fé objetiva atua como eixo comum de diversas teorias que se vêm difundindo seja na formulação de critérios de interpretação-integração do contrato, seja para impor a criação de deveres no contexto da relação contratual, ou para limitar o exercício de direitos. Em comum, as diversas ramificações da boa-fé têm um sentido e um fim éticos, segundo os quais a relação contratual deve ser compreendida como uma relação de cooperação, impondo-se um dever de recíproca colaboração entre os contratantes em vista da realização do programa econômico estabelecido no contrato”. (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 130).

caracteriza como sendo uma função limitadora, “seja reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta”.²⁶⁹ Logo, torna-se possível afirmar que determinada cláusula será abusiva quando, de maneira excessiva e irrazoável, contrariar as exigências da boa-fé objetiva e, por decorrência, desnaturar a essência e a finalidade do contrato.²⁷⁰

Nesse sentido, tem-se que a finalidade econômico-social de qualquer contrato – civil ou consumerista – deve ser enxergada à luz da boa-fé objetiva. Com efeito, é abusiva a relação contratual em que, sob o fundamento de respeito à autonomia privada e à intangibilidade contratual, seja configurada situação de verdadeiro desequilíbrio prestacional, em razão do enriquecimento injustificado de um dos contratantes em detrimento do outro, ocupando este posição de dependência e submissão contratual, pois, em referida hipótese, encontram-se totalmente suprimidos os deveres de cooperação e de lealdade, necessários para a conservação dos fins da relação negocial.²⁷¹

Destarte, verifica-se a relação direta existente entre a boa-fé objetiva e a teoria do abuso de direito, pois ambas visam limitar ou impedir o exercício de direitos e de poderes jurídicos que emergem da relação contratual, tendo em vista a preservação do objetivo do contrato. Vale dizer, a boa-fé objetiva, sob o viés da função de controle, consiste em elemento constitutivo do abuso do direito, conforme leciona Negreiros, *in verbis*:

Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de

²⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 215.

²⁷⁰ A título exemplificativo, destaca-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “PLANO DE SAÚDE. LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DO CONTRATANTE. BOA FÉ OBJETIVA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. CIRURGIA. Não é permitido aos Planos de Saúde frustrar as legítimas expectativas dos consumidores no que toca à realização da cirurgia com médico com o qual estabeleceram relação de confiança, face à autorização para a consulta previamente concedida. Isto porque, forte na especialização funcional da boa fé objetiva que veda o abuso de direito, não é lícito o *venire contra factum proprium*, isto é, exercer direito, pretensão ou ação, ou exceção, em contradição com a atitude anterior”. (Apelação Cível 1.0625.09.087694-1/001. Rel.(a): Des.(a) Selma Marques. 11ª Câmara Cível. Julgamento em 16/09/2009, publicação da súmula em 28/09/2009).

²⁷¹ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “PLANO DE SAÚDE. Pleito declaratório, cumulado com obrigação de fazer. Procedência bem decretada. Aplicação das normas do CDC. Disposição da Súmula 469 do STJ. Incidência, por analogia, do disposto no artigo 13 da Lei nº 9.656/98. Abusividade reconhecida. Relação de consumo que não permite que o fornecedor obtenha vantagem exagerada em detrimento dos interesses dos consumidores. Ajuste celebrado em que devem prevalecer os postulados da cooperação, solidariedade, confiança e boa-fé objetiva. Recurso desprovido”. (Apelação 0036367-63.2012.8.26.0564. Rel. Des. Galdino Toledo Júnior. 9ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 21/05/2013. Data de publicação: 22/05/2013).

legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica.²⁷²

Outrossim, constata-se que a boa-fé objetiva, no âmbito das relações contratuais, está intimamente interligada às legítimas expectativas que a negociação gera nos contratantes. De fato, a “legítima confiança das partes se determina em relação a quanto à outra tenha dado a entender mediante a própria manifestação de vontade e seu próprio comportamento, somado às circunstâncias e valorado segundo uma medida de normal diligência”.²⁷³ Assim, o contrato não se resume ao instrumento escrito, por também englobar todo o processo de negociação anterior à sua elaboração, o qual traduz a finalidade da sua criação e os interesses que pretende atender.²⁷⁴

Dessa forma, ao se valer de atuação pautada pela boa-fé objetiva – vale dizer, com lealdade, transparência e honestidade –, permite-se o cumprimento das expectativas reciprocamente despertadas pelos contratantes, tutelando-se, pois, a confiança contratual. Deveras, cuida-se a proteção da confiança de princípio fundamental para a concretização da boa-fé, na medida em que visa garantir as expectativas legítimas que surgem em determinado contratante, por ter este acreditado na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado em razão da manifestação de vontade do seu parceiro contratual. Por isso, a confiança – e, por decorrência, a boa-fé objetiva – é fonte de responsabilidade contratual, pois aquele que rompe a expectativa legitimamente criada e depositada no vínculo contratual deve responder pelos prejuízos – de ordem patrimonial e extrapatrimonial – suportados pelo seu parceiro no contrato.

²⁷² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 141.

²⁷³ VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato: ponderação de interesses e solução de conflitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 135.

²⁷⁴ Nesse sentido, cabe trazer à baila trecho do voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de Recurso Especial, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, em que a questão suscitada referia-se à cobertura de doença preexistente, *in verbis*: “A empresa que explora planos de saúde e admite associado sem prévio exame de suas condições de saúde, e passa a receber as suas contribuições, não pode, ao ser chamada ao pagamento de sua contraprestação, recusar a assistência devida sob a alegação de que o segurado deixara de prestar informações sobre o seu estado de saúde. O segurado é um leigo, que quase sempre desconhece o real significado dos termos, cláusulas e condições constantes dos formulários que lhe são apresentados. Para reconhecer a sua malícia, seria indispensável a prova de que, (1) realmente, fora ele informado e esclarecido de todo o conteúdo do contrato de adesão, e, ainda, (2) estivesse ciente das características de sua eventual doença, classificação e efeitos. A exigência de um comportamento de acordo com a boa fé recai também sobre a empresa que presta a assistência, pois ela tem, mais do que ninguém, condições de conhecer as peculiaridades, as características, a álea do campo de sua atividade empresarial, destinada ao lucro, para o que corre um risco que deve ser calculado antes de se lançar no empreendimento. O que não se lhe pode permitir é que atue indiscriminadamente, quando se trata de receber as prestações, e depois passe a exigir estrito cumprimento do contrato para afastar a sua obrigação de dar cobertura às despesas”. (REsp 86.095/SP. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. Julgado em 22/04/1996, DJ 27/05/1996, p. 17877).

Em vista de tais considerações acerca do princípio da boa-fé objetiva, torna-se possível voltar à análise das relações contratuais de consumo, em que a proteção da confiança assume significativa importância em razão da vulnerabilidade do consumidor, o qual, assim, necessita ter as suas legítimas expectativas asseguradas em face da atuação do fornecedor. Nesse sentido, cabe abordar a identificação das práticas abusivas que podem surgir nas relações consumeristas, desenhando o liame existente entre a regularidade e a abusividade contratual.

Nesse passo, destaca-se, em primeiro lugar, o dever de informação que deve imperar nos contratos de consumo. De fato, as informações acerca do objeto contratual possibilitam o exercício adequado do direito de escolha pelos contratantes, bem como integram a confiança gerada pelo negócio, sendo, pois, exigíveis quando do cumprimento das obrigações contratadas. Por isso, dispõe o Código de Defesa do Consumidor que os contratos não obrigam os consumidores se “não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance” (art. 46); e que as “declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica” (art. 48).

Outrossim, dispõe o art. 47, do Estatuto Consumerista, que as “cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Referida diretriz hermenêutica se faz necessária em razão da vulnerabilidade do consumidor, agravada pela identificação das relações de consumo à modalidade de contratação por adesão, conceituada como aquela “cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo” (art. 54, *caput*).

Por decorrência, o art. 6º, IV, do Código de Defesa do Consumidor, consagra como direito básico do consumidor, a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. Diante de referido direito, o art. 51, do Estatuto Consumerista, traz rol exemplificativo²⁷⁵ de cláusulas contratuais abusivas, declarando-as nulas de pleno direito. Ressalte-se que o reconhecimento da nulidade absoluta

²⁷⁵ Segundo Miragem, “a enumeração das espécies de cláusulas abusivas feita pelo artigo 51 do CDC é meramente exemplificativa (*numerus apertus*), incumbindo ao juiz, tanto a subsunção das espécies normativas do artigo 51 ao caso concreto, quanto a identificação, na dinâmica dos contratos, de outras estipulações que violem de modo antijurídico o interesse dos consumidores”. (MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 224).

de determinada cláusula contratual – que depende da provocação do Poder Judiciário²⁷⁶ –, implica na sua adequação ou na sua retirada do texto contratual, mas não na invalidação total do contrato, hipótese esta passível de ocorrer apenas se da ausência da cláusula nula, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes (art. 51, §2º).

Dentre as situações de cláusulas abusivas arroladas pelo art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, a consignada em seu inciso IV, combinada com o disposto no §1º desse mesmo dispositivo, constitui a “*cláusula geral* proibitória da utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo”.²⁷⁷ De fato, dispõe o art. 51, IV e §1º, *in verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...]

§1º 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 equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. [...]

Diante do texto legal acima transcrito, verifica-se a plena identificação das cláusulas abusivas àquelas que sejam contrárias à boa-fé objetiva e ao equilíbrio contratual. De fato, todo contrato é dotado de determinada finalidade que justifica e orienta a sua formação, devendo, pois, ser repudiada do seu texto qualquer previsão que elimine ou impossibilite o cumprimento de prestação inerente à natureza do contrato. Assim, o contrato

²⁷⁶ Importa ressaltar que o magistrado somente pode se manifestar sobre a abusividade de determinada cláusula contratual quando provocado para tanto, não cabendo, pois, o controle judicial *ex officio*. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou esse entendimento, por meio de decisão proferida segundo as diretrizes dos recursos repetitivos, *in verbis*: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. (...) ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão. (...)” (REsp 1.061.530/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi. 2ª Seção. Data de Julgamento: 10/03/2009). No mesmo sentido tem-se, *in verbis*: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRATO BANCÁRIO. DISPOSIÇÕES ANALISADAS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. QUESTÃO SEDIMENTADA NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPETITIVO. 1. A Segunda Seção, no julgamento do REsp n. 1.061.530/RS, apreciado nos termos do art. 543-C (recurso repetitivo), sedimentou o entendimento de que é vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. 2. Embargos de divergência providos.” (EResp 707394/RS. Rel. Min. João Otávio de Noronha. 2ª Seção. Data de Julgamento: 09/12/2009. Data de Publicação: 16/12/2009).

²⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 972.

não pode se tornar um instrumento a serviço apenas dos interesses de um dos contratantes, que aproveita da posição de dependência e vulnerabilidade do seu parceiro contratual²⁷⁸, para obter vantagem excessiva e injustificada, pois, dessa forma, provoca a impossibilidade de concretização das legítimas expectativas próprias do vínculo contratual e, portanto, impede o alcance do objetivo econômico-social do pacto.²⁷⁹

Em vista disso, denota-se a importância da boa-fé objetiva para a verificação da presença ou não de abusividade nos contratos de planos de saúde, haja vista ser responsável por impor às operadoras, em razão da essencialidade do objeto contratado e da posição de dependência contratual assumida pelos usuários/consumidores, a obrigação de exercício de sua autonomia privada de forma qualificada pelos deveres de informação, cooperação e cuidado para com estes, visando, assim, o efetivo cumprimento da obrigação contratual. Dessa forma, exclusões genéricas de cobertura, alterações unilaterais do conteúdo contratual, dentre outras práticas responsáveis por desequilibrar a relação de plano de saúde, devem ter sua abusividade reconhecida, por ofenderem, diretamente, as legítimas expectativas geradas nos beneficiários, os quais detinham, até então, a confiança de ter contratado a cobertura de serviços médico-hospitalares aptos à efetiva tutela de sua saúde.

3.4 Aspectos pontuais relativos à proteção do usuário de planos de saúde

Ao longo deste estudo, constatou-se que a saúde, enquanto direito fundamental social, constitui bem jurídico cuja defesa não se confunde com a defesa de outros bens de consumo, por ser pressuposto para o alcance de uma vida digna. Nesse sentido, sendo o contrato de plano de saúde instrumento para a promoção e proteção desse direito fundamental, verifica-se que os usuários se tornam plenamente dependentes desses pactos, os quais têm a

²⁷⁸ Nesse sentido, afirma Marques, *in verbis*: “Em resumo, não deve o fornecedor do serviço abusar da sua posição contratual preponderante de poder impor ‘normas’, cláusulas, em relação com o consumidor, que façam este ter de suportar gastos desnecessários, destruam o seu patrimônio, ou cláusulas que tentem obtruir, ou expor o consumidor a situação constrangedora, quando tenta simplesmente cumprir com suas obrigações contratuais ou adimplir”. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 242).

²⁷⁹ A título exemplificativo, destaca-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Clara tentativa de ludibriar o consumidor ao estabelecer “promoção” na qual o segurador contrata o Plano Master, e é automaticamente transferido para o Plano Senior quando completa 59 anos, mediante o reajuste da mensalidade no percentual de 80%, ao invés de 19,24%, conforme previsto no contrato firmado entre as partes - Cláusula ajustada unilateralmente, redigida sem destaque. Afronta aos deveres anexos da boa-fé objetiva - Reajuste abusivo aos 59 anos que configura clara tentativa de burlar o Estatuto do Idoso. Inteligência do artigo 15, §3º do Estatuto do Idoso e da Súmula nº 91 deste E.TJSP. Sentença mantida. Recurso não provido”. (Apelação 0163005-49.2010.8.26.0100. Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves. 2ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 25/06/2013. Data de publicação: 26/06/2013).

sua vigência mantida durante toda a sua vida, em inquestionável posição de submissão e catividade contratual.

Dessa forma, visando promover o equilíbrio das posições contratuais nos planos de saúde, torna-se necessária a regulamentação do conteúdo desses contratos, fixando-se requisitos mínimos a serem observados quando da elaboração das cláusulas contratuais. Com isso, limita-se a atuação da parte estipulante – a operadora –, de modo a assegurar ao aderente – o usuário – o acesso a um padrão de cobertura de serviços médico-hospitalares condizente à segmentação contratada.

Todavia, a atual realidade do ramo de saúde suplementar no Brasil é marcada por inúmeras práticas que contrariam os paradigmas orientadores das relações contratuais de plano de saúde, por quebrarem a confiança depositada nesses pactos pelos usuários e, por consequência, impedirem a realização do desiderato contratual. Por isso, o Poder Judiciário tem sido reiteradamente conclamado, pelos beneficiários, para decidir os conflitos que emergem dos planos de saúde, declarando as abusividades presentes e integrando o conteúdo dos contratos. E, nesse sentido, torna-se necessário retratar as reflexões sobre os principais pontos de conflito entre usuários e operadoras de plano de saúde^{280, 281}, por meio da hermenêutica incidente sobre esses contratos, construída sob o pilar axiológico-fundamental da Constituição Federal, dos ditames da legislação infraconstitucional e dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

²⁸⁰ Conforme publicado no *site* do Superior Tribunal de Justiça, segundo o relatório anual do IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), divulgado em março de 2013, 20% (vinte por cento) dos atendimentos no ano de 2012 foram relacionados a reclamações sobre plano de saúde, como negativa de cobertura, reajustes e descredenciamento de prestadores de serviços. Segundo referido instituto, os planos de saúde aparecem no topo da lista pela 11ª vez. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=110133>. Acesso em: 23 de junho de 2013).

²⁸¹ A Fundação PROCON do Estado de São Paulo, ao divulgar o “Cadastro de Reclamações Fundamentadas” relativas ao ano de 2011, constatou que os principais problemas enfrentados diariamente pelos consumidores do ramo de saúde suplementar são: negativa de cobertura ou dificuldade para marcação de consultas, exames e cirurgias de qualquer grau de complexidade ou cancelamentos efetuados no momento da realização do procedimento; descredenciamento de diversos estabelecimentos e profissionais de saúde sem a substituição por outros equivalentes e sem a comunicação prévia aos consumidores conforme determina o art. 17, §1º da Lei n.9656/1998; falta de encaminhamento de carteiras de identificação, guias do usuário e, especialmente, dos boletos para pagamentos, impossibilitando a fruição dos serviços médicos. (Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_ranking_2011.pdf>. Acesso em: 23 de junho de 2013).

3.4.1 Extensão e limites da cobertura contratual

Dentre os litígios que surgem entre usuários e operadoras de plano de saúde, parcela considerável diz respeito à negativa²⁸² de fornecimento/custeio de procedimentos médico-hospitalares e medicamentos, sob o argumento de não abrangência pela cobertura contratada.²⁸³ Assim, cumpre traçar a extensão e os limites da cobertura dos contratos de plano de saúde, de modo a se identificar as práticas abusivas realizadas pelas operadoras.

A primeira questão que merece ser levantada diz respeito à cobertura dos planos antigos, ou seja, dos contratos firmados em momento anterior à entrada em vigor da Lei nº 9.656/98. Com efeito, conforme já dito, em que pese referida lei dispor sobre a regência dos contratos antigos (art. 10, §2º, e art. 35-E), a eficácia de tais disposições encontra-se suspensa, em razão da concessão de liminar, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 1931. Assim, os contratos anteriores à Lei nº 9.656/98 são regidos pelo Decreto-Lei nº 73/66 – norma especial sobre os seguros em geral – e pelo Código de Defesa do Consumidor.²⁸⁴

²⁸² Quanto à negativa, pela operadora de plano de saúde, de autorização de procedimentos solicitados pelo médico ou cirurgião dentista, cumpre destacar a Resolução Normativa nº 319/13, notadamente o disposto em seu art. 2º, *in verbis*: “Art. 2º Quando houver qualquer negativa de autorização de procedimentos solicitados pelo médico ou cirurgião dentista, credenciado ou não, a operadora de planos privados de assistência à saúde deverá informar ao beneficiário detalhadamente, em linguagem clara e adequada, e no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas contados da negativa, o motivo da negativa de autorização do procedimento, indicando a cláusula contratual ou o dispositivo legal que a justifique. §1º Para atendimento ao beneficiário, deverão ser obedecidos os prazos máximos dispostos no art. 3º da RN nº 259, de 17 de junho de 2011. §2º É proibida a negativa de cobertura para os casos de urgência e emergência, respeitada a legislação em vigor. §3º Sem prejuízo do disposto no *caput* deste artigo, a partir de 1º de janeiro de 2014 a prestação da informação deverá atender ao Padrão TISS, disciplinado pela RN nº 305, de 5 de outubro de 2012”.

²⁸³ Segundo informação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), durante o ano de 2012, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) recebeu 75.916 reclamações de usuários de planos de saúde, dentre as quais 75,7% (57.509) eram referentes à negativa de cobertura. (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23850-novas-regras-para-planos-de-saude-devem-auxiliar-nos-processos-judiciais>>. Acesso em: 02 de maio de 2013).

²⁸⁴ No que diz respeito à incidência do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que suas disposições regem todos os contratos de plano de saúde, sejam os firmados antes da sua vigência ou posteriormente à sua entrada em vigor, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CDC E À LEI 9.656/98. EXISTÊNCIA DE TRATO SUCESSIVO. INCIDÊNCIA DO CDC, MAS NÃO DA LEI 9.656/98. BOA-FÉ OBJETIVA. PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE “STENTS” DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE REPARAR OS DANOS MATERIAIS. - As disposições da Lei 9.656/98 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei 9.656/98 não retroage, entretanto, para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação. - Embora o CDC não retroaja para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência. - Dada a natureza de trato sucessivo do contrato de seguro saúde, o CDC rege as renovações que se deram sob sua vigência, não havendo que se falar aí em retroação da lei nova. - A cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes da vigência do CDC e do CC/2002, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como um limite ao exercício abusivo de direitos. [...]”. (REsp 735.168/RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 11/03/2008, DJe 26/03/2008).

Destarte, sendo os contratos antigos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, suas cláusulas devem ser interpretada de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47), sendo consideradas abusivas as que coloquem o usuário em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e com a equidade, ou que estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor (art. 51, IV e XV). Nesse sentido, quanto à abrangência da cobertura contratual, tem-se que a exclusão de custeio/fornecimento de determinado procedimento médico-hospitalar, quando essencial para a garantia da saúde, vulnera a finalidade básica do contrato.

Dessa forma, para que determinada exclusão de cobertura seja considerada abusiva, é necessário fazer algumas ponderações. Em primeiro lugar, tem-se não ser vedada a estipulação de cláusula limitativa ou de exclusão de cobertura em contrato de plano de saúde, contudo exige-se a sua redação com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, em respeito ao dever de informação (art. 54, §4º, do Código de Defesa do Consumidor).²⁸⁵ Em segundo lugar, tem-se que a operadora pode estabelecer quais tratamentos de doenças serão objeto de cobertura – definição que não é arbitrária, tendo em vista a edição, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), de observância obrigatória em todos os contratos²⁸⁶, face o caráter sucessivo da relação, que impõe o respeito das normas vigentes no período de cada renovação –, porém não pode definir que tipo de procedimento médico-hospitalar será adotado para a respectiva cura.

²⁸⁵ Nesse sentido, destaca-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “DIREITO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA AUTORIZADA. AUSÊNCIA DE COBERTURA DA COLOCAÇÃO DE PRÓTESES INDISPENSÁVEIS PARA O SUCESSO DO PROCEDIMENTO. I - É legal em contrato de plano de saúde a cláusula que limite os direitos do consumidor, desde que redigida com as cautelas exigidas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2 - Entretanto, se a colocação de próteses é necessária para o tratamento cirúrgico autorizado pela seguradora, é abusiva a cláusula que prevê sua exclusão da cobertura. Recurso Especial provido”. (REsp 811867/SP. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 13/04/2010. DJe 22/04/2010).

²⁸⁶ De acordo com Pfeiffer, *in verbis*: “Entretanto, com a devida vênia aos que pensam em contrário, não nos parece correto afirmar que somente a partir da edição da Lei 9.656/98 é que passou a existir a obrigatoriedade de cobertura da totalidade das doenças relacionadas pela Organização Mundial de Saúde por planos e seguros que incluam, em conjunto ou isoladamente, o atendimento médico e hospitalar. Ocorre que as disposições do Código de Defesa do Consumidor já eram suficientes para considerar nulas as cláusulas restritiva da cobertura de algumas doenças. [...]. Concluímos, então, que a necessidade de cobertura à totalidade das doenças incluídas na classificação da Organização Mundial de Saúde não poderá ser utilizada como pretexto, pelos planos e seguros de saúde, para operar a majoração dos preços praticados, já que tal cobertura ampla já era determinada pela interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor”. (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carências. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coord.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 73-99, p. 80 e 82).

Em vista disso, nos planos antigos – e também nos planos novos, em razão do diálogo existente entre a Lei nº 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor – é abusiva a negativa de cobertura na hipótese de inexistência de cláusula contratual expressa, clara e específica nesse sentido, referente ao procedimento médico-hospitalar solicitado, haja vista que as cláusulas genéricas limitativas de direito devem ser interpretadas restritivamente, de maneira mais favorável ao consumidor.²⁸⁷ Outrossim, é abusiva a negativa de cobertura que impeça o usuário de ser tratado pelo método mais moderno e efetivo disponível no momento em que a doença coberta se manifesta, pois tal conduta impede o médico responsável pelo tratamento de eleger a alternativa que melhor convém à cura do paciente.²⁸⁸ Aliás, ressalte-se que ambas as hipóteses de abusividade ofendem as legítimas expectativas do usuário, pois

²⁸⁷ Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. COBERTURA DE ARTOPLASTIA DO JOELHO COM IMPLANTE DE PRÓTESE IMPORTADA. RECOMENDAÇÃO POR MÉDICO CREDENCIADO. INEXISTÊNCIA DE SIMILAR NACIONAL. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE EXCLUSÃO EXPRESSA. PEDIDO PROCEDENTE. SENTENÇA CONFIRMADA. O objeto do contrato de plano de saúde e a qualidade dos contratantes ensejam, inequivocamente, a imposição das normas consumeristas (Lei n. 8.078/90), devendo ser as cláusulas contratuais interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, a teor do artigo 47, do referido diploma legal. A requerida não se desincumbiu do ônus de comprovar fato impeditivo ou modificativo do direito da requerente, no sentido de que a prótese nacional possui a mesma durabilidade e resistência que a importada, suficiente para suprir as necessidades da autora da mesma forma que a indicada para o seu tratamento. Bem de ver-se, demais disso, que o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares celebrado entre as partes não prevê a exclusão expressa do referido procedimento. Nesse diapasão, ressalte-se que, para a limitação dos direitos do consumidor, seria indispensável a existência de cláusula clara e destacada, de fácil inteligência por qualquer contratante de mediana compreensão. Nesse diapasão, tendo o contrato firmado entre as partes previsto a cobertura para o procedimento preconizado para autora, qual seja, artroplastia de joelho, com emprego de prótese importada/nacionalizada, quando inexistente a similar nacional, não seria razoável permitir que a ré se eximisse do custeio do método cirúrgico adequado para satisfazer a exata necessidade da consumidora. Admitir entendimento contrário violaria não só o princípio da boa fé objetiva, garantidor da lealdade e honestidade entre as partes contratantes, mas também frustraria expectativa legítima do consumidor, que, ao celebrar o contrato, presumiu existir cobertura adequada para os eventos nele discriminados. Recurso desprovido”. (Apelação Cível 1.0024.08.231048-3/002. Relator Des. Eduardo Mariné da Cunha. 17ª Câmara Cível. Julgamento em 17/11/2011. Publicação da súmula em 22/11/2011).

²⁸⁸ Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva. 1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. 2. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 668216/SP. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgado em 15/03/2007, DJ 02/04/2007, p. 265). No mesmo sentido: “Plano de saúde. Prostatectomia radical. Incontinência urinária. Colocação de prótese: esfíncter urinário artificial. 1. Se a prótese, no caso o esfíncter urinário artificial, decorre de ato cirúrgico coberto pelo plano, sendo consequência possível da cirurgia de extirpação radical da próstata, diante de diagnóstico de câncer localizado, não pode valer a cláusula que proíbe a cobertura. Como se sabe, a prostatectomia radical em diagnóstico de câncer localizado tem finalidade curativa e o tratamento da incontinência urinária, que dela pode decorrer, inclui-se no tratamento coberto, porque ligado ao ato cirúrgico principal. 2. Recurso especial conhecido e desprovido”. (REsp 519940/SP. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgado em 17/06/2003, DJ 01/09/2003, p. 288).

este, ao celebrar o contrato, acredita existir cobertura adequada para os eventos nele discriminados, o que, inclusive, é causa motivadora do enlace contratual.

Ainda quanto aos planos de saúde anteriores à Lei nº 9.656/98, cumpre consignar que referida lei, em seu art. 35, traz a possibilidade de adaptação do contrato antigo às suas disposições, ao preceituar, *in verbis*:

Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 35-E, a adaptação dos contratos de que trata este artigo deverá ser formalizada em termo próprio, assinado pelos contratantes, de acordo com as normas a serem definidas pela ANS.

§ 2º Quando a adaptação dos contratos incluir aumento de contraprestação pecuniária, a composição da base de cálculo deverá ficar restrita aos itens correspondentes ao aumento de cobertura, e ficará disponível para verificação pela ANS, que poderá determinar sua alteração quando o novo valor não estiver devidamente justificado.

§ 3º A adaptação dos contratos não implica nova contagem dos períodos de carência e dos prazos de aquisição dos benefícios previstos nos arts. 30 e 31 desta Lei, observados, quanto aos últimos, os limites de cobertura previstos no contrato original.

§ 4º Nenhum contrato poderá ser adaptado por decisão unilateral da empresa operadora.

§ 5º A manutenção dos contratos originais pelos consumidores não-optantes tem caráter personalíssimo, devendo ser garantida somente ao titular e a seus dependentes já inscritos, permitida inclusão apenas de novo cônjuge e filhos, e vedada a transferência da sua titularidade, sob qualquer pretexto, a terceiros.

§ 6º Os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, contratados até 1º de janeiro de 1999, deverão permanecer em operação, por tempo indeterminado, apenas para os consumidores que não optarem pela adaptação às novas regras, sendo considerados extintos para fim de comercialização.

§ 7º Às pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos, não-optantes pela adaptação prevista neste artigo, fica assegurada a manutenção dos contratos originais, nas coberturas assistenciais neles pactuadas.

§ 8º A ANS definirá em norma própria os procedimentos formais que deverão ser adotados pelas empresas para a adaptação dos contratos de que trata este artigo.

Diante do texto legal, os Tribunais pátrios têm se posicionado no sentido de que o ônus da oferta de migração para outro plano, redigido em conformidade à Lei nº 9.656/98, aos usuários, é das operadoras.²⁸⁹ Assim, nos casos em que não for oportunizada a adaptação do

²⁸⁹ Nesse sentido, já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “PLANO DE SAÚDE - CIRURGIA ORTOPÉDICA - COLOCAÇÃO DE PLACA TUBO E PARAFUSOS - MATERIAIS INDISPENSÁVEIS AO PROCEDIMENTO - NEGATIVA DE COBERTURA - CLÁUSULA ABUSIVA - INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA - ADEQUAÇÃO À LEI 9656/98 - ÔNUS DA ADMINISTRADORA -

plano contratado e tendo sido este celebrado por prazo indeterminado, presume-se a sua adaptação aos novos ditames legais, de modo a possibilitar a mais ampla proteção à parte vulnerável da relação, em face da inércia da operadora em cumprir a obrigação legal que lhe fora imposta.

E, outrossim, considerando que a adaptação do contrato de plano de saúde ao novo sistema depende de expressa concordância do usuário – optando por manter seu contrato nos moldes anteriores ou a se submeter à nova regulamentação –, tem-se que, na hipótese de não concessão da oportunidade de adaptação, é inadmissível permitir a limitação imposta pela regra do §5º do art. 35 da Lei nº 9.656/98, referente à restrição à inclusão de dependentes. De fato, se não houve opção do usuário, por imperativo lógico, não pode este ser considerado não-optante, devendo ser afastada a aplicação do referido dispositivo.²⁹⁰

Diante das análises afetas aos limites de cobertura dos contratos de plano de saúde antigos, cumpre, por sua vez, passar à abordagem da cobertura dos contratos firmados posteriormente à entrada em vigor da Lei nº 9.656/98. Com efeito, referida lei traz disciplina específica acerca da amplitude das coberturas para cada segmentação de plano de saúde, bem como elenca as hipóteses possíveis de exclusão de fornecimento/custeio de procedimentos

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFASTADA. É abusiva a conduta do plano de saúde que nega cobertura contratual para a colocação de placa metálica. Coloca-se o aderente em desvantagem exagerada, prejudicando o equilíbrio contratual e violando o princípio da boa-fé. Incumbem às administradoras de planos de saúde o ônus de informar aos seus clientes sobre as mudanças ocorridas após a entrada em vigor da Lei 9.656/98. É indispensável, esclarecer acerca das vantagens e desvantagens da chamada migração dos planos. Assume a administradora o risco da atividade exercida, quando não demonstra que assim procedeu. Para a condenação em litigância de má-fé, exige-se prova robusta tanto do dolo na prática de atos atentatórios ao andamento processual, como também do dano acarretado à parte”. (Apelação Cível 1.0697.06.000872-2/001. Relator Des. José Antônio Braga. 9ª Câmara Cível. Julgamento em 27/01/2009. Publicação da súmula em 09/03/2009).

²⁹⁰ Assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. SEGURO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. INCLUSÃO DE DEPENDENTE. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ART. 35 DA LEI 9.656/98. OPORTUNIDADE DE ADAPTAÇÃO AO NOVO SISTEMA. NÃO CONCESSÃO. CLÁUSULA CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE QUALQUER PESSOA COMO DEPENDENTE. EXCLUSÃO DE COBERTURA DE LESÕES DECORRENTES DE MÁ-FORMAÇÃO CONGÊNITA. EXCEÇÃO. FILHO DE SEGURADA NASCIDO NA VIGÊNCIA DO SEGURO. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR ADERENTE. ABUSIVIDADE DA NEGATIVA DE COBERTURA DE SITUAÇÃO DE URGÊNCIA. 1. A análise de suposta violação de dispositivo constitucional é vedada nesta instância especial, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal. 2. Inaplicabilidade da regra do § 5º do art. 35 da Lei n. 9.656/98 quando ao consumidor não foi dada a oportunidade de optar pela adaptação de seu contrato de seguro de saúde ao novo sistema. 3. Afastada a restrição legal à inclusão de dependentes, permanece em plena vigência a cláusula contratual que prevê a possibilidade de inclusão de qualquer pessoa como dependente em seguro de saúde. 4. Obrigação contratual da seguradora de oferecer cobertura às lesões decorrentes de má-formação congênita aos filhos das seguradas nascidos na vigência do contrato. 5. Cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, mormente quando se trata de contrato de adesão. Inteligência do art. 47 do CDC. 6. Cobertura que não poderia, de qualquer forma, ser negada pela seguradora, por se tratar de situação de urgência, essencial à manutenção da vida do segurado, sob pena de se configurar abusividade contratual. 7. Recurso Especial Provido”. (REsp 1133338/SP. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em 02/04/2013. DJe 09/04/2013).

médico-hospitalares e medicamentos. Contudo, desde já deve ser ressaltado que, referidos ditames da Lei nº 9.656/98, devem ser interpretados e aplicados tendo em vista à proteção conferida ao usuário pelo Código de Defesa do Consumidor, em razão de sua vulnerabilidade frente à relação contratual, o que exige, notadamente, a adequação dos produtos e serviços à expectativa legítima do consumidor (art. 18, §6º, III, e art. 20, §2º).

Nesse passo, a Lei nº 9.656/98, em seu art. 10, dispõe acerca do plano de referência, o qual engloba todas as segmentações de plano de saúde, por abranger a cobertura de atendimento ambulatorial, internação hospitalar, atendimento obstétrico e atendimento odontológico. Outrossim, tal modalidade contratual possui cobertura de todas as doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), da Organização Mundial da Saúde (OMS), o que significa, pois, que todas as doenças examinadas pelos profissionais da saúde e que sejam inseridas no rol da OMS, não podem ser excluídas da cobertura contratual pelas operadoras, haja vista que, na “medida em que estas empresas assumem a responsabilidade de gerir serviços de assistência à saúde suplementar, não podem evadir-se da obrigação de arcar com todos os custos e gastos necessários para o tratamento das doenças apresentadas pelos consumidores”.²⁹¹

Instituído o plano de referência – de oferta obrigatória por todas as operadoras (art. 10, §2º, da Lei nº 9.656/98), a fim de evitar a atuação apenas em segmentos lucrativos do âmbito dos serviços de assistência à saúde –, a Lei nº 9.656/98 traz, em seu art. 12, a possibilidade de oferta de planos segmentados – elencando em seus incisos as exigências mínimas de cada segmento –, os quais devem observar as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano de referência. Assim, a segmentação da cobertura não exclui a obrigatoriedade de abrangência de todas as doenças catalogadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS)²⁹², mas sim apenas limita o rol de modalidades de procedimentos que serão disponibilizados/custeados pela operadora – p. ex., a contratação de um plano com atendimento exclusivamente ambulatorial não cobre o custeio de internação hospitalar.

²⁹¹ SILVA, Joseane Suzart Lopes de. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 258.

²⁹² Segundo Pfeiffer, “cumprir esclarecer que foi importante a inclusão de dispositivo específico estabelecendo a cobertura necessária a todas as espécies de doenças, principalmente pelo seu aspecto pedagógico, impedindo assim a prática profundamente abusiva de inúmeras operadoras e seguradoras incluírem em seus respectivos contratos cláusulas restringindo a cobertura de várias espécies de doenças, notadamente as de caráter infecto-contagioso, em particular a síndrome de imunodeficiência adquirida (Aids)”. (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carências. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coord.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 80).

Em vista disso, visando à preservação do sistema privado de assistência à saúde, o legislador fez constar, no art. 10, da Lei nº 9.656/98, um rol de procedimentos médico-hospitalares de cobertura não obrigatória em qualquer das segmentações previstas em referida legislação. Todavia, a não obrigatoriedade de fornecimento/custeio de tais produtos e serviços apenas tem como efeito tornar legítima a sua exclusão no contrato firmado, ou seja, deve constar, de forma expressa e inequívoca, a exclusão de referidos tratamentos, sob pena das operadoras serem compelidas a custeá-los²⁹³ – exceto quanto aos tratamentos ilícitos ou antiéticos. Vale dizer que tal conclusão decorre do dever de informação que deve reinar em todas as relações contratuais, de modo a se proteger as legítimas expectativas das partes, bem como da necessidade de se interpretar as cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47, do Código de Defesa do Consumidor).

Destarte, os produtos e serviços de cobertura não obrigatória pelos planos de saúde, arrolados pelo art. 10, da Lei nº 9.656/98, são: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII - (revogado); IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; e X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Diante desse rol de procedimentos, o §1º, do mesmo dispositivo legal, atribuiu à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) a competência para regulamentar referidas hipóteses, o que restou concretizado, atualmente, pela edição da Resolução Normativa nº 211/10. Contudo, é questionável a permissão atribuída à ANS para regulamentar as exclusões de cobertura previstas na Lei nº 9.656/98, haja vista que a ampliação de qualquer uma delas ofende, diretamente, o objeto e a finalidade do contrato, bem como impede a concreta

²⁹³ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CIRURGIA PARA RECONSTRUÇÃO DO LIGAMENTO DO JOELHO. PACIENTE HIPERTENSO E DIABÉTICO. INDICAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE PARAFUSOS ABSORVÍVEIS PARA MELHOR EFICÁCIA DA CIRURGIA. NEGATIVA DE COBERTURA. INEXISTÊNCIA DE EXCLUSÃO EXPRESSA NO CONTRATO. OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Tratando-se de contrato de plano privado de assistência à saúde, a regra é a cobertura contratual, devendo as exceções, que importam restrição à cobertura contratada, estar expressamente previstas, por cláusula clara e que não coloque o consumidor em excessiva desvantagem. Admitir-se o contrário importaria violação à boa-fé que deve pautar as relações negociais, mormente quando existente entre as partes relação de consumo”. (Apelação Cível 1.0024.09.519977-4/002. Relator Des. José Marcos Vieira. 16ª Câmara Cível. Julgamento em 14/11/2012. Publicação da súmula em 27/11/2012).

proteção do consumidor, dever este consagrado constitucionalmente (art. 5º, XXXII). De fato, nesse sentido, vale ressaltar a argumentação de Sampaio²⁹⁴, *in verbis*:

Aqui, o grande problema consiste em interpretar-se as referidas normas como se houvessem outorgado à ANS poderes para definir, num elenco exaustivo, os procedimentos e eventos em saúde cuja cobertura é obrigatória, ficando excluídos dessa obrigatoriedade aqueles que não ingressarem na listagem. Aliás, a própria Agência assim interpreta os dispositivos legais que lhe atribuem a incumbência de definir o mencionado rol, para gáudio das operadoras. A situação tem ocasionado inúmeros litígios, uma vez que as operadoras recusam-se peremptoriamente a cobrir os procedimentos e eventos não relacionados pela ANS.

Afirme-se, de forma veemente, que o elenco de procedimentos e eventos definidos pela RN/ANS 211/2010, ou qualquer outra norma administrativa que venha substituí-la, não pode ser entendido como exaustivo, mas meramente exemplificativo, já que todas as doenças constantes da CID, com os correlativos tratamentos, devem ser obrigatoriamente cobertas pelos planos de saúde, nos limites da respectiva segmentação, consoante expresso no art. 10 e ratificado pelo art. 35-F da LPS [...].

Ora, se a Lei determinou cobertura abrangente, não pode a norma administrativa, pela sua condição hierárquica inferior, limitar o que a Lei não limitou.

Portanto, de modo a disponibilizar aos usuários de plano de saúde as ações necessárias à prevenção de doenças e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde (art. 35-F, da Lei nº 9.656/98), cumpre interpretar as hipóteses de cobertura facultativa à luz dos ditames constitucionais e dos princípios orientadores da proteção do consumidor, notadamente a boa-fé objetiva e a função social do contrato, assegurando, assim, a confiança gerada na parte vulnerável da relação contratual.

a) Do tratamento clínico ou cirúrgico experimental e do fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados

Os incisos I e V, do art. 10, da Lei nº 9.656/98, preveem como hipóteses de exclusão de cobertura o tratamento clínico ou cirúrgico experimental e o fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados, as quais são regulamentadas pela Resolução Normativa nº 211/10, em seu art. 16, §1º, incisos I e V.

Nesse passo, de acordo com o art. 16, §1º, I, da Resolução Normativa nº 211/10, é experimental o tratamento clínico ou cirúrgico que: emprega medicamentos, produtos para a

²⁹⁴ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 270.

saúde ou técnicas não registrados/não regularizados no país; é considerado experimental pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) ou pelo Conselho Federal de Odontologia (CFO); ou não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (uso off-label).

Por sua vez, quanto à exclusão de fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados, de acordo com o art. 16, §1º, V, da Resolução Normativa nº 211/10²⁹⁵, tem-se que referidos medicamentos consistem naqueles produzidos fora do território nacional e sem registro vigente na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Em vista das definições trazidas pela Resolução Normativa editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), algumas análises devem ser tecidas, a fim de delimitar, adequadamente, o âmbito de incidência das exclusões de cobertura acima destacadas, pois, a simples aplicabilidade estrita das exclusões, pode significar verdadeira ofensa ao direito à saúde do beneficiário dos planos de assistência privada à saúde.

Com relação à noção de inexistência de registro/regularização no país – tratamento experimental –, deve-se ter em mente que o simples fato de determinado tratamento não possuir registro no Brasil não é capaz de lhe atribuir o caráter de experimental, desde que já aprovado para utilização em outros centros e que, assim, esteja sendo adotado em referido local. De fato, “o escopo da Lei é apenas o de excluir aqueles tratamentos com eficácia ainda não comprovada cientificamente, que resultariam em desarrazoado ônus para o fundo comum, formado pelas contribuições dos consumidores, além de riscos para estes”.²⁹⁶ Assim, havendo consenso médico-científico acerca da eficácia de determinado tratamento, mesmo que inexistente o seu registro junto ao órgão administrativo competente, não há razão para lhe atribuir a condição de experimental, sob pena de privar o beneficiário de plano de saúde do adequado tratamento capaz de controlar ou eliminar a moléstia que o aflige.

Do mesmo modo, no que se refere à ausência de indicação de determinado tratamento em sua bula/manual registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), tem-se não ser possível considerar experimental o tratamento cuja indicação não conste na bula, mas haja, em contrapartida, comprovação médica-científica da sua eficácia.

²⁹⁵ Cabe observar que a Resolução Normativa nº 211/10, ao prever, em seu art. 16, V, a exclusão de “fornecimento de medicamentos e produtos para a saúde importados não nacionalizados” promoveu equiparação entre medicamento importado e produto importado. Com efeito, a Lei nº 9.656/98, em seu art. 10, inciso V, prevê a exclusão apenas dos “medicamentos importados não nacionalizados”. Logo, verifica-se que a ANS extrapolou os limites legais, pelo que deve ser restringida a aplicabilidade de referido dispositivo, adequando-o ao texto legal.

²⁹⁶ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde:** regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 276.

Aliás, pesquisas científicas acerca de tratamentos médicos são uma constante, as quais podem ocasionar – e é o que se espera – a superação e/ou evolução dos conhecimentos anteriores.

Ademais, quanto ao fornecimento de medicamento importado não nacionalizado, tem-se que a sua recusa, no caso concreto, pode configurar grave ofensa ao direito à saúde e, conseqüentemente, ao direito à vida e à dignidade humana. De fato, a utilização do medicamento importado pode consistir no único meio capaz de combater a moléstia da qual o beneficiário de plano de saúde é portador, face à inexistência de similar nacional. Logo, privar o acesso a tal medicamento é, em última análise, retirar do contrato de assistência privada à saúde sua finalidade essencial e inerente, fazendo com que perca seu objeto e instalando incontestável desequilíbrio contratual.²⁹⁷

Diante dessas considerações, tem-se que a negativa, por parte da operadora de plano de saúde, de fornecimento/custeio de tratamento de eficácia cientificamente comprovada e que careça, apenas, de registro no país; ou de tratamento cuja indicação não conste da bula registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), mas que tenha eficácia inequívoca; bem como de fornecimento de medicamento importado não nacionalizado, desde que inexistam similar e que possua registro em seu país de origem, com efeitos comprovados, contrariam o disposto no art. 35-F, da própria Lei nº 9.656/98, o qual prevê que a assistência à saúde “compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde”.

Outrossim, pode-se afirmar que a previsão contratual que restrinja a cobertura do plano de saúde nos termos acima elencados, por afastar obrigação fundamental inerente à natureza do contrato, além de ofender a boa-fé e a confiança do beneficiário, constitui

²⁹⁷ Nesse sentido, já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *in verbis*: “PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO NEGADO. MEDICAMENTO IMPORTADO. IRRELEVÂNCIA. COBERTURA EXPRESSAMENTE PREVISTA PARA QUIMIOTERAPIA. MEDICAMENTO PRESCRITO POR MÉDICO COOPERADO. FALTA DE ALTERNATIVAS QUANTO AO USO DE DROGA SIMILAR À PRESCRITA. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. EXEGESE DO ART. 47 DO CDC. CUSTEIO DEVIDO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSO DA RÉ CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, APENAS PARA A REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. O contrato de prestação de serviços médico-hospitalares submete-se aos cânones do Código de Defesa do Consumidor e, por conta disso, eventual dúvida na interpretação de cláusula contratual resolve-se a favor do beneficiário do plano de saúde. É injustificável a recusa da prestadora de serviços médico-hospitalares de custear tratamento quimioterápico, prescrito por médico competente e cooperado, sob o argumento de que se trata de medicamento importado, mormente quando o contrato não contém cláusula explícita de exclusão da cobertura para a quimioterapia e a Unimed não apresenta alternativa viável para o tratamento. Sendo os litigantes parcialmente vencidos e vencedores, torna-se indispensável distribuir proporcionalmente os ônus sucumbenciais, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil”. (Apelação Cível n. 2009.037785-0, de Joinville. Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Julgado em 15-07-2010).

cláusula abusiva e, portanto, nula de pleno direito, de acordo com o que prevê o art. 51, IV e §1º, II, do Código de Defesa do Consumidor.²⁹⁸

Ultrapassadas essas questões, cabe destacar, ainda, com relação à exclusão de fornecimento de medicamento importado não nacionalizado que, existindo medicamento similar²⁹⁹ produzido e oferecido no mercado brasileiro, que acarrete os mesmos efeitos advindos da utilização do medicamento importado não nacionalizado, sem colocar em risco a segurança do tratamento e a saúde do beneficiário do plano de saúde, tem-se por plenamente válida a negativa de fornecimento do importado, o qual deverá ser substituído pelo nacional. De fato, neste caso o equilíbrio econômico do contrato irá proteger a operadora de plano de saúde, a qual não pode ser obrigada a custear a importação de medicamento mais caro, se existente similar nacional, capaz de atender as necessidades do paciente, sob pena de ofensa ao fundo comum, formado pelas contribuições dos beneficiários.

Por fim, conforme já destacado, também é considerado experimental o tratamento clínico ou cirúrgico assim definido pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) ou pelo Conselho Federal de Odontologia (CFO). Nesse ponto, deve-se destacar que o Código de Ética Médica (Resolução do CFM nº 1931, de 17/09/2009) prevê, em seu art. 102, parágrafo único, a permissão de utilização de terapêutica experimental quando esta for aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências. Por sua vez, o Código

²⁹⁸ Importante se faz, quanto à incidência do Código de Defesa do Consumidor, destacar o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. ARTRITE REUMÁTICA. TRATAMENTO MÉDICO CLASSIFICADO COMO EXPERIMENTAL. PRESCRIÇÃO MÉDICA. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO. ABUSIVIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO DE VALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NAS LEIS DE MERCADO. Sabe-se que uma das finalidades do CDC é assegurar o equilíbrio entre as partes. Assim, possível do ponto de vista da equidade, a revisão do contrato de adesão, não havendo que prevalecer o princípio do 'pacta sunt servanda'. As cláusulas que limitam ou restringem tratamentos médicos são nulas por contrariarem a boa-fé, pois criam uma barreira à realização da expectativa legítima do consumidor, contrariando prescrição médica, provocando um desequilíbrio no contrato ao ameaçar o objetivo do mesmo, que é ter o serviço de saúde de que necessita o segurado. Recurso não provido”. (Apelação Cível nº 1.0024.07.600253-4/001. Rel. Des. Pereira da Silva. 10ª Câmara Cível. DJ: 01/07/2008. DP: 25/07/2008).

²⁹⁹ Quanto à utilização da expressão “similar” para qualificar medicamento, cabe trazer a definição de medicamento genérico e de medicamento similar, conforme adotado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Para tanto, adequados são os dizeres de Rumel, Nishioka e Santos, *in verbis*: “Genéricos são cópias de medicamentos novos que perderam a patente (medicamento de referência), ‘emprestando’ resultados dos ensaios clínicos de eficácia e segurança do produto original, por meio da comprovação de equivalência farmacêutica (*in vitro*) e bioequivalência (*in vivo*). Similares são medicamentos-cópia existentes antes da Lei dos Genéricos (1999) que, a partir de maio de 2003, devem se assemelhar a genéricos, mediante apresentação daqueles mesmos testes, no momento de renovação do registro”. (RUMEL, Davi; NISHIOKA, Sérgio de Andrade; SANTOS, Adélia Aparecida Marçal dos. Intercambialidade de medicamentos: abordagem clínica e o ponto de vista do consumidor. In: *Revista de Saúde Pública*, 2006, n. 40(5), p. 921-927, p. 922. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/artigos.htm>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2013).

de Ética da Odontologia (Resolução do CFO nº 42, de 20/05/2003), prevê, em seu art. 39, VII, que constitui infração ética, usar, experimentalmente, sem autorização da autoridade competente e sem o conhecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, qualquer tipo de terapêutica ainda não liberada para uso no país.

b) Dos procedimentos e tratamentos para fins estéticos

Dentre as hipóteses de exclusão de cobertura arroladas pela Lei nº 9.656/98, encontra-se os procedimentos clínicos ou cirúrgicos e os tratamentos de rejuvenescimento e de emagrecimento para fins estéticos. A legitimidade de referida exclusão reside na adequada delimitação da finalidade estética do produto ou serviço, ou seja, somente não será obrigatório o fornecimento/custeio do procedimento ou tratamento cuja adoção ocorra por exclusiva vontade do paciente, com o intuito de melhorar a sua estética corporal.³⁰⁰ Assim, p. ex., caso o procedimento estético se torne necessário em razão de lesões ou mutilações provocadas pelo tratamento de determinada doença, não poderá a operadora negar cobertura sob o argumento do seu caráter estético, pois, neste caso, a finalidade desse procedimento será a estabilização do estado de saúde do usuário – notadamente, sob o viés psicológico –, somando-se, pois, aos meios de combate da enfermidade instalada.

Dessa forma, o art. 10, II, da Lei nº 9.656/98, preceitua como hipótese de exclusão de cobertura os procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim, os quais, segundo a Resolução Normativa 211/10, são aqueles que não visam restauração parcial ou total da função de órgão ou parte do corpo humano lesionada, seja por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita (art. 16, §1º, II).

Diante dos textos normativos, torna-se claro ser possível a exclusão de cobertura apenas dos procedimentos e das órteses e próteses que tenham por finalidade única o aspecto estético³⁰¹, cuja necessidade decorra exclusivamente da manifestação de vontade do usuário

³⁰⁰ Nesse sentido, leciona Silva, *in verbis*: “Os tratamentos com finalidade estética são aqueles realizados em virtude da vontade exclusiva do paciente, a fim de aperfeiçoar o seu estado físico de acordo com o interesse de melhoria da sua aparência. Caracterizada a vontade exclusiva do paciente quanto à realização do ato cirúrgico, não constituindo este um ato necessário para a manutenção da vida do mesmo ou para a sua estabilização do estado de saúde, a operadora de plano ou seguro de saúde não estará obrigada a custear as despesas resultantes do tratamento devido”. (SILVA, Joseane Suzart Lopes de. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 277).

³⁰¹ Nesse sentido, já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “‘APELAÇÃO CÍVEL. UNIMED. CIRURGIA BARIÁTRICA. PROCEDIMENTO COBERTO PELO PLANO DE SAÚDE. CIRURGIAS REPARADORAS POSTERIORES. CARÁTER ESTÉTICO. AUSÊNCIA. DESDOBRAMENTO DO TRATAMENTO. IMPLANTE DE PRÓTESES MAMÁRIAS. EXCLUDENTE CONTRATUAL. SEGUNDO RECURSO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO. [...] II - Tendo

no sentido de buscar o embelezamento do seu aspecto físico. Nos casos em que o procedimento médico estético seja necessário para reparar danos provocados por tratamento de saúde anterior coberto pelo contrato; ou para reparar lesões físicas provocadas por acidentes – p. ex., um acidente de moto que ocasione séria lesão na face do usuário –; ou, ainda, para tentar minimizar ou corrigir alguma anomalia congênita, a cobertura de referidos procedimentos é obrigatória – desde que sejam próprios da segmentação contratada (art. 12, da Lei nº 9.656/98) –, sob pena de violação do objetivo contratual.

Aliás, vale dizer que a Lei nº 9.656/98, em seu art. 10-A, determina como obrigatória a prestação de serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer.

Outrossim, constitui hipótese de exclusão de cobertura o tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética (art. 10, IV, da Lei nº 9.656/98), assim como os realizados em spas, clínicas de repouso e estâncias hidrominerais (art. 16, §1º, IV, da Resolução Normativa nº 211/10). A razão de se permitir a exclusão de referidos tratamentos reside no fato de não constituírem serviços imprescindíveis para a preservação do estado saudável dos usuários, mas sim apenas visam atender a vontade destes de evitar e/ou retardar o surgimento dos reflexos do envelhecimento e de manter o teor de massa corporal no índice considerado ideal, sendo desvinculados, pois, de qualquer estado patológico, física ou psíquico.

Com relação a tal hipótese de exclusão, é necessário diferenciá-la da cobertura dos tratamentos afetos à obesidade. Com efeito, a obesidade constitui doença catalogada na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), da Organização Mundial da Saúde (OMS) – códigos E65 a E68 – e, portanto, sua cobertura é obrigatória, nos termos do *caput* do art. 10, da Lei nº 9.656/98. Assim, é abusiva a exclusão de cobertura dos tratamentos terapêutico-cirúrgicos³⁰² adequados à obesidade, em

em vista o caráter, a princípio, estético do implante de próteses mamárias e havendo cláusula expressa excludente de cirurgias estéticas no contrato celebrado entre as partes, não deve o plano de saúde ser compelido a arcar com o respectivo custo, em respeito ao que restou contratualmente acordado, porquanto não há qualquer ilegalidade ou abusividade na cláusula limitativa de cobertura, respaldada na Lei nº 9.656/98, além de ser plenamente clara, informando ao consumidor, de forma inteligível e adequada, sobre a restrição da cobertura contratual, em respeito ao art. 6º inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. [...]”. (Apelação Cível 1.0024.10.227623-5/002. Relator Des. Leite Praça. 17ª Câmara Cível. Julgamento em 06/06/2013. Publicação da súmula em 18/06/2013).

³⁰² Quanto à amplitude dos tratamentos de cobertura possível para o caso de obesidade, esclarece Sampaio, *in verbis*: “Em função da condição do indivíduo, incluindo-se a presença de comorbidades e do seu grau de obesidade, o tratamento poderá consistir em reeducação alimentar, aumento da atividade física, terapia cognitivo-comportamental, utilização de fármacos e, no extremo, intervenção cirúrgica”. (SAMPAIO,

qualquer dos seus graus, quando devidamente diagnosticada, pois, neste caso, o que se busca é a cura de uma doença e não apenas atingir um ideal de beleza longilínea.³⁰³

c) Da inseminação artificial

O art. 10, da Lei nº 9.656/98, também traz como hipótese de exclusão de cobertura a inseminação artificial (inciso III), a qual constitui técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e espermatozoides para alcançar a fertilização, por meio de injeções de espermatozoides intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção pós-tumora, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas (art. 16, §1º, III, da Resolução Normativa nº 211/10).

Percebe-se, diante dos textos normativos, ser facultativa a cobertura de qualquer técnica de reprodução assistida. A razão da previsão dessa hipótese reside no entendimento de

Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 288). Ademais, ressalte-se que o tratamento cirúrgico da obesidade é disciplinado pela Resolução nº 1.766/05, do Conselho Federal de Medicina, a qual dispõe acerca dos critérios definidores das indicações, procedimentos aceitos e equipe profissional para esta hipótese.

³⁰³ Nesse sentido já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. OBESIDADE MÓRBIDA. RECUSA DE COBERTURA DE CIRURGIA DE GASTROPLASTIA POR VIDEOLAPAROSCOPIA. CIRURGIA NECESSÁRIA PARA O TRATAMENTO. LAUDO MÉDICO. COBERTURA DEVIDA. Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de antecipação de tutela, na qual a demandante, portadora de obesidade mórbida, objetiva a cobertura da cirurgia - gastroplastia por videolaparoscopia, julgada procedente na origem. Não prospera o pedido de ilegitimidade ativa, uma vez que a parte autora é beneficiária do plano de saúde contratado, e por consequência, tem legitimidade para discutir as cláusulas que regulam a contratação. É aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguro, na medida em que se trata de relação de consumo, consoante traduz o artigo 3º, §2º do CDC. Inteligência da Súmula 469 do STJ. No caso dos autos, o contrato de plano de saúde firmado entre os litigantes estabelece, nas condições gerais, a cobertura para procedimentos cirúrgicos de um modo geral e, não há cláusula que exclua o procedimento de cirurgia gastroplastia por videolaparoscopia. “In casu”, a parte demandante demonstrou, “quantum satis”, a necessidade de realização da cirurgia bariátrica - gastroplastia por videolaparoscopia, através dos atestados médicos que confirmaram que a mesma é portadora de obesidade mórbida severa, o que limita a sua expectativa de vida. Sendo assim, é aplicável ao caso em exame a Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos de saúde, em especial o “caput” do artigo 10, que prevê “plano referência de assistência à saúde” abrangendo a cobertura das doenças relacionadas à obesidade mórbida. E, ressalta-se que a obesidade não está incluída dentre as hipóteses de exceção, expressamente elencadas nos incisos do artigo 10. Ao contrário, o inciso IV do artigo em referência permite apenas a exclusão da cobertura de tratamentos de “emagrecimento com finalidade estética”, o que efetivamente não é o caso dos autos. Se há cobertura para a enfermidade e inclusive para o tratamento receitado a autora, não é razoável que a demandada se recuse a custear o tratamento pela técnica eleita pelo médico que assiste o paciente. Precedentes do TJRS e do egrégio STJ. A verba honorária deve ser fixada levando em conta os pressupostos elencados no artigo 20, §3º e §4º do CPC, ou seja, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa. Majoração do “quantum” fixado a título de honorários advocatícios, a fim de atender aos pressupostos básicos referidos alhures. DUPLA APELAÇÃO. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA E APELAÇÃO DA RÉ DESPROVIDA”. (Apelação Cível nº 70040996639. Sexta Câmara Cível. Relator: Niwton Carpes da Silva. Julgado em 04/04/2013. Publicado em 15/04/2013).

que a procriação consiste em opção dos indivíduos, a qual não altera a condição de estado saudável da pessoa. De fato, conforme esclarece Silva, “caso um certo casal escolha gerar prole e não o possa em decorrência de problemas orgânicos, a ausência da concepção de outro ser não lhes trará problemas físicos que justifiquem a obrigatoriedade da gravidez da mulher”.³⁰⁴ Por isso, as operadoras de plano de saúde não são obrigadas a custear os procedimentos de inseminação artificial.

Todavia, considerando a abrangência da noção de saúde – compreendida como estado de completo bem estar psicofísico –, torna-se questionável a referida exclusão de cobertura. Com efeito, a procriação, para algumas pessoas, constitui aspecto essencial para suas vidas, cuja ausência provoca sérios reflexos psicológicos prejudiciais à saúde. Assim, nos casos em que a infertilidade estiver devidamente diagnosticada, com indicação médica para realização de inseminação artificial, parece ser plenamente indispensável à cobertura desse procedimento, por ser ação necessária à manutenção da saúde do usuário (art. 35-F, da Lei nº 9.656/98).³⁰⁵

Outrossim, cumpre salientar que a Lei nº 9.656/98, em seu art. 35-C, III, determina ser obrigatória a cobertura de atendimento no caso de planejamento familiar, o qual, segundo o art. 226, §7º, da Constituição Federal de 1988, é de “livre decisão do casal”. Já quanto à abrangência do planejamento familiar, o art. 2º, da Lei nº 9.263/96, preceitua que “entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Assim, nos casos em que a concepção de um filho seja planejada pelo casal, mas se torne impossibilitada em razão da infertilidade de um deles, cumpre reconhecer como obrigatória a cobertura do procedimento de inseminação artificial, de modo a se tornar efetivo o planejamento familiar.

Contudo, parece não ter sido esta a interpretação desenvolvida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), quando da edição da Resolução Normativa nº 211/10. Com efeito, seu art. 7º, *caput*, consagra que as ações de planejamento familiar devem

³⁰⁴ SILVA, Joseane Suzart Lopes de. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 280.

³⁰⁵ Nesse sentido, Ieciona Sampaio, *in verbis*: “Sem dúvida, a infertilidade deve ser vista como uma questão de saúde, merecendo proteção jurídica nessa dimensão. Não se pode negar ser a capacidade reprodutiva um elemento importante da vida humana, tanto quanto outros aspectos da sua saúde, capaz de refletir fortemente no seu equilíbrio psíquico. A realidade é que grande parte das pessoas vê na geração de filhos o verdadeiro sentido da sua vida, algo que as completa e dá sentido à sua existência. A evolução as programou para isto, o que resulta na importância que atribuem à preservação do seu patrimônio genético, por intermédio dos descendentes”. (SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 284/285).

envolver as atividades de educação, aconselhamento e atendimento clínico, definindo planejamento familiar como o “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 7º, I). Nesse sentido, ao que parece, a ANS ultrapassou os limites do seu poder de regulamentação, pois a Resolução Normativa confronta a obrigatoriedade de cobertura prevista no art. 35-C da Lei nº 9.656/98, bem como impede o exercício do direito constitucional ao livre planejamento familiar, o qual se funda nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável.

d) Do fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar

Dentre as hipóteses permitidas de exclusão de cobertura está o fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar (art. 10, VI, da Lei nº 9.656/98), os quais, segundo o art. 16, §1º, VI, da Resolução Normativa nº 211/210, são aqueles prescritos pelo médico assistente para administração em ambiente externo ao de unidade de saúde. O art. 13 da Resolução Normativa excepciona referida prescrição, ao dispor, *in verbis*:

Art. 13 Caso a operadora ofereça a internação domiciliar em substituição à internação hospitalar, com ou sem previsão contratual, deverá obedecer às exigências previstas nos normativos vigentes da Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA e nas alíneas “c”, “d” e “e” do inciso II do artigo 12 da Lei nº 9.656, de 1998.

Parágrafo único. Nos casos em que a assistência domiciliar não se dê em substituição à internação hospitalar, esta deverá obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes.

Desse modo, podem ser excluídos da cobertura do plano de saúde os medicamentos a serem administrados, pelo próprio usuário, em local diverso do ambiente ambulatorio-hospitalar. A razão dessa excludente reside na própria definição de plano privado de assistência à saúde, pois este constitui nítido contrato de prestação de serviços, não sendo, pois, contrato de fornecimento de produtos. Logo, os medicamentos a serem disponibilizados pela operadora são aqueles utilizados nos procedimentos de diagnósticos e médicos-cirúrgicos inclusos na segmentação contratada³⁰⁶, restando excluídos os fármacos prescritos para

³⁰⁶ Dessa forma já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECIDO. PLANO DE SAÚDE. QUIMIOTERAPIA. MEDICAMENTO DE USO DOMICILIAR. RECUSA DE COBERTURA. CLÁUSULA CONTRATUAL RESTRITIVA. ABUSIVIDADE. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA MANTIDA. [...] 3) Em que pese a Agência Nacional de Saúde (ANS) não relacionar o fornecimento de medicamentos prescritos para uso domiciliar, tal fato não obsta sua cobertura, pois a jurisprudência pátria vem entendendo que o referido rol não é taxativo,

momento posterior à alta hospitalar, haja vista que, caso contrário, o equilíbrio econômico financeiro da avença seria seriamente comprometido, em razão da imposição às operadoras de um custeio muito superior às mensalidades pagas pelos usuários.

Entrementes, na situação em que a internação domiciliar tenha sido prescrita pelo médico responsável pelo tratamento do usuário, tem-se ser devida a cobertura dos medicamentos ministrados, haja vista não poder este ser prejudicado pela técnica adotada pelo profissional de saúde.³⁰⁷ Destarte, a técnica de medicação assistida – também conhecida como serviços de *home care* –, realizada por profissional médico no próprio domicílio do paciente, exige a cobertura dos produtos adotados para a recuperação de sua saúde, por estarem inclusos nos serviços prestados pela operadora de plano de saúde.

e) Do fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico

O art. 10, VII, da Lei nº 9.656/98, traz como hipótese de cobertura facultativa o fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico. Quanto aos conceitos de prótese e de órtese, restou consignado, nos §§2º e 3º, do art. 16, da Resolução Normativa nº 211/10 (com redação dada pelo art. 2º da Resolução Normativa nº 262, de 02/08/2011), a seguinte delimitação, *in verbis*:

§2º Prótese é entendida como qualquer material permanente ou transitório que substitua total ou parcialmente um membro, órgão ou tecido.

§3º Órtese é entendida como qualquer material permanente ou transitório que auxilie as funções de um membro, órgão ou tecido, sendo não ligados ao ato cirúrgico os materiais cuja colocação ou remoção não requeiram a realização de ato cirúrgico.

Nesse sentido, são de cobertura obrigatória pelos planos de saúde – que sejam da segmentação de referência ou hospitalar – o fornecimento de próteses e de órteses – aparelhos

servindo apenas como referência para os planos de saúde privados. 4) A cláusula excludente de cobertura de medicamentos para quimioterapia, pelo fato de serem ministrados em ambiente domiciliar, é abusiva quando, pela evolução das técnicas médicas, o seu emprego é parte indissociável do tratamento, pois, do contrário, sua aplicação representaria verdadeira negativa do tratamento coberto”. (Apelação Cível 1.0145.11.061664-9/001. Relator Des. Marcos Lincoln. 11ª Câmara Cível, julgamento em 23/05/2013, publicação da súmula em 28/05/2013).

³⁰⁷ Nesse sentido, já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. COBERTURA DE INTERNAÇÃO DOMICILIAR, BEM COMO DESPESAS COM EQUIPAMENTOS, MATERIAIS E MEDICAMENTOS. DEVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. Previsão contratual de internação domiciliar e dentre este serviço estão cobertas as despesas com equipamentos, materiais e medicamentos. A parte autora tem direito a ser indenizada dos valores gastos com a compra de medicação e materiais durante o período em que foi indevidamente suspenso o fornecimento pela parte demandada. APELO IMPROVIDO. UNÂNIME”. (Apelação Cível nº 70031671449. Quinta Câmara Cível. Relator: Gelson Rolim Stocker. Julgado em 31/03/2010. Publicado em: 13/04/2010).

artificiais que substituem ou complementem funções do organismo humano – vinculadas a ato cirúrgico ou a tratamento que possua finalidade curativa e/ou reparadora, excluindo-se a finalidade estética, conforme previsto no art. 10, II, da Lei nº 9.656/98. A razão de ser de referida obrigatoriedade reside na essencialidade desses materiais para o êxito dos procedimentos médicos aos quais o usuário é submetido, os quais constituem, assim, os meios para a efetiva prestação dos serviços de assistência à saúde.³⁰⁸

Por esse motivo, o fornecimento de próteses e órteses desvinculadas de ato cirúrgico pode ser excluído do contrato de plano de saúde firmado, pois este abrange, em regra, a prestação de serviços médico-hospitalares – atendimento por profissionais ou serviços de saúde, no sentido de oferecer assistência médica, hospitalar e odontológica –, incluindo apenas o custeio dos produtos que sejam inerentes à essas atividades. Aliás, nesse sentido é o disposto no art. 12, *caput*, II, *e*, da Lei nº 9.656/98, o qual elenca como exigência mínima no contrato de plano de saúde, que inclua internação hospitalar, a “cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados”.

A título exemplificativo, cumpre destacar a ainda insistente negativa, pelas operadoras, de custeio do material cirúrgico denominado “stent”, utilizado no procedimento cirúrgico de angioplastia. De acordo com Schmitt³⁰⁹, o “stent”:

é uma estrutura revolucionária, que serve para evitar o encaminhamento de um paciente que sofre de obstrução do sistema arterial a um procedimento de maior risco, como é o caso da cirurgia para colocação de ponte safena. Assim, no procedimento designado de ‘angioplastia coronária’, alcança-se o ponto de estrangulamento da artéria, e lá é posto o *stent*, por meio de um cateter, para que aquela seja mantida aberta, normalizando o fluxo sanguíneo do paciente.

Destarte, os Tribunais pátrios têm reconhecido a abusividade da negativa de cobertura do “stent”, na medida em que a utilização desse material é ligada à cirurgia cardíaca

³⁰⁸ Assim é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “APELAÇÃO - PLANO DE SAÚDE - PRÓTESE INDISPENSÁVEL AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO - NEGATIVA DE COBERTURA - DANOS MORAIS - EXISTÊNCIA. A lei 9656/98, sem distinguir entre próteses importadas ou nacionais, autoriza às operadoras de plano de saúde a excluir de suas coberturas somente as próteses não ligadas ao ato cirúrgico. Assim quando a colocação da prótese for considerada necessária ao sucesso de intervenção cirúrgica, não pode a operadora de plano de saúde negar-se a cobrir o procedimento. Nos contratos em geral o mero inadimplemento não é causa de existência de danos morais. Todavia, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, no caso específico do contrato de plano de saúde, a injusta recusa de cobertura securitária médica enseja a presença de danos morais, na medida em que tal conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada”. (Apelação Cível 1.0024.10.057861-6/002. Relator Des. Estevão Lucchesi. 14ª Câmara Cível. Julgamento em 25/04/2013. Publicação da súmula em 03/05/2013).

³⁰⁹ SCMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. *In: Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 19, n. 75, jul-set/2010, p. 214/245, p. 227.

coberta contratualmente – nas segmentações de referência e hospitalar –, cuja finalidade não é eletiva, mas sim constitui instrumento necessário ao ato cirúrgico, por expor o paciente a um menor risco de morte, ao ser comparado, p. ex., com a cirurgia de “ponte de safena”.³¹⁰

f) Dos tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes

Ainda dentre as hipóteses de exclusão de cobertura arroladas pelo art. 10, da Lei nº 9.656/98, encontram-se os tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes (inciso IX).

Com efeito, quanto aos tratamentos ilícitos ou antiéticos, tem-se como impossível obrigar as operadoras de plano de saúde a fornecer/custear tratamentos que ofendam a ordem jurídica vigente – até porque a cláusula contratual nesse sentido é nula de pleno direito (art. 166, II, do Código Civil) –, o que independe, pois, de previsão contratual para a sua exclusão. Inclusive, o Código de Ética Médica (Resolução nº 1931/09, do Conselho Federal de Medicina) preceitua que é direito do médico indicar o procedimento adequado ao paciente,

³¹⁰ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, *in verbis*: “CDC. PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INÉPCIA DA INICIAL. CUMULAÇÃO DE AÇÕES. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO. COBERTURA. IMPLANTAÇÃO DE STENT. CIRURGIA CARDÍACA. DANOS MATERIAIS. PEDIDO CONTRAPOSTO. [...] Havendo, no contrato, previsão de cobertura de cirurgia cardíaca e constatado que o tratamento mais eficaz ao segurado é a implantação de stent coronariano, deve o plano de saúde responder pelos custos da cirurgia. A angioplastia, seguida da colocação de prótese “stent”, não se trata de procedimento estético ou de extravagância, mas sim de tratamento urgente para restabelecimento de função vital do paciente acometido de moléstia cardiovascular. Dessa forma, a negativa da administradora de plano de saúde em pagar o “stent” de que necessita o paciente para restabelecimento das atividades coronarianas equivale a negar o próprio atendimento médico contratado. Com efeito, de nada adianta cobrir os custos referentes aos honorários médicos e todo o procedimento da angioplastia, se a prótese, cuja implantação se mostra imprescindível para a desobstrução da artéria do paciente, não for custeada pelo plano de saúde. O montante da indenização pelos danos materiais, no caso de recusa de cobertura, deve corresponder à quantia efetivamente despendida pelo autor e não ao valor estipulado na tabela de reembolso do plano de saúde, sob pena da indenização não reparar integralmente o dano sofrido. Se os serviços hospitalares foram autorizados pela administradora do plano de saúde da qual o consumidor é beneficiário, a dívida decorrente destes serviços deve ser cobrada diretamente dela, não se justificando a cobrança direta do consumidor. Recursos conhecidos e não providos”. (Acórdão n. 666248, 20120110288365APC. Relatora Ana Maria Duarte Amarante Brito. 6ª Turma Cível. Data de Julgamento: 03/04/2013, Publicado no DJE: 09/04/2013. Pág.: 186). Do mesmo modo, já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “AÇÃO COMINATÓRIA - REALIZAÇÃO DE ANGIOPLASTIA - COLOCAÇÃO DE STENT - PLANO DE SAÚDE - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COBERTURA - CLÁUSULA OSCURA - INTERPRETAÇÃO EM FAVOR DO CONSUMIDOR - SENTENÇA MANTIDA. - É de responsabilidade do plano de saúde arcar com os custos da prótese “stent” utilizada na cirurgia de angioplastia. Tendo o autor contratado plano de saúde que cobre realização de procedimentos cirúrgicos cardíacos e prótese cardíaca, deve ser custeada pelo plano de saúde a implantação do “stent”. - Deflui da Constituição Federal de 1988 que o particular, que presta serviços médicos e de saúde, possui os mesmos deveres do Estado, consistentes no fornecimento de assistência integral para os consumidores dos respectivos serviços, não podendo, assim, discriminar o conveniado, excetuando cirurgias e tratamentos de determinadas lesões”. (Apelação Cível nº 1.0338.09.084056-6/001. Rel Des. Antônio de Pádua. Julgado em 15/03/2012. Publicação da súmula em 22/05/2012).

observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente (Capítulo II, item II).

Por sua vez, quanto aos tratamentos não reconhecidos pelas autoridades competentes, cumpre destacar que compete ao Conselho Federal de Medicina (CFM) a aprovação dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos para serem reconhecidos como válidos e utilizáveis na prática médica nacional (art. 1º, da Resolução nº 1.609/00, do Conselho Federal de Medicina). Outrossim, incumbe à Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA) regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública (art. 8º, *caput*, da Lei nº 9.782/99).³¹¹

Destarte, não podem as operadoras de plano de saúde ser obrigadas a disponibilizar tratamentos que ainda não foram submetidos ao crivo dos órgãos responsáveis pela avaliação da capacidade curativa em prol dos pacientes. Tal exclusão de cobertura visa proteger tanto a operadora quanto o usuário, pois, para aquela, evita a possível atribuição de responsabilidade por qualquer ofensa à saúde que possa decorrer da adoção de tratamento ainda não reconhecido (art. 14 c/c art. 20, do Código de Defesa do Consumidor), enquanto que, para este, impede a sua submissão a procedimentos médicos ainda não confiáveis o bastante para assegurar que a sua saúde não será prejudicada.

Entrementes, cumpre relembrar, neste ponto, as considerações traçadas quando da análise de exclusão de cobertura dos tratamentos experimentais. Com efeito, além do rol de serviços e produtos divulgado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e pela Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA) não ser taxativo, tem-se que a mera ausência de registro junto a tais órgãos não é capaz de atribuir aos produtos e serviços o caráter de experimental, desde que já tenha sido aprovada a sua utilização em outros centros, nos quais obtenham resultados satisfatórios. Assim, é possível que haja a cobertura de tratamento ainda não aprovado pelo

³¹¹ Quanto à abrangência dos termos produtos e serviços, prevê os §§1º e 2º, do art. 8º, da Lei nº 9.782/99, *in verbis*: “§1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência: I - medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias; II - alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários; III - cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes; IV - saneantes destinados à higienização, desinfecção ou desinfestação em ambientes domiciliares, hospitalares e coletivos; V - conjuntos, reagentes e insumos destinados a diagnóstico; VI - equipamentos e materiais médico-hospitalares, odontológicos e hemoterápicos e de diagnóstico laboratorial e por imagem; VII - imunobiológicos e suas substâncias ativas, sangue e hemoderivados; VIII - órgãos, tecidos humanos e veterinários para uso em transplantes ou reconstituições; IX - radioisótopos para uso diagnóstico *in vivo* e radiofármacos e produtos radioativos utilizados em diagnóstico e terapia; X - cigarros, cigarilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco; XI - quaisquer produtos que envolvam a possibilidade de risco à saúde, obtidos por engenharia genética, por outro procedimento ou ainda submetidos a fontes de radiação. §2º Consideram-se serviços submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência, aqueles voltados para a atenção ambulatorial, seja de rotina ou de emergência, os realizados em regime de internação, os serviços de apoio diagnóstico e terapêutico, bem como aqueles que impliquem a incorporação de novas tecnologias”.

órgão competente, desde que constitua o meio adequado e eficaz para o combate da doença de que o usuário é portador.³¹² Aliás, referida conclusão é consagrada pelo Código de Ética Médica, o qual preceitua que a “utilização de terapêutica experimental é permitida quando aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências”. (art. 102, parágrafo único).

g) Dos casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente

Como última hipótese de exclusão de cobertura elencada pelo art. 10, da Lei nº 9.656/98, tem-se os casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente (inciso X).

A razão de ser de referida hipótese limitativa é de simples aferição: manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Com efeito, ao ser firmada a relação contratual, não é considerada a possibilidade de ocorrência de cataclismos, guerras e comoções internas, riscos estes, pois, que não compõem a definição das contribuições pecuniárias a serem pagas pelos usuários, as quais formam o fundo comum destinado ao custeio dos serviços médico-hospitalares cobertos. Caso as operadoras fossem obrigadas a cobrir os procedimentos vinculados a tais eventos imprevisíveis, estar-se-ia lhe imputando prestação excessivamente onerosa, totalmente ofensiva à existência do contrato.

Ademais, ressalta-se que referida situação de exclusão de cobertura está em consonância aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, o qual consagra, em seu art. 6º, V, e art. 51, §2º, a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico, cuja origem remonta à cláusula *rebus sic stantibus*³¹³. Referida cláusula significa que uma relação

³¹² Nesse sentido, destaca-se o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “SEGURO SAÚDE – COBERTURA DE PROCEDIMENTO E MEDICAMENTO – CÂNCER – Cláusula de exclusão que não é clara e inteligível pela negativa do tratamento quimioterápico via oral - Tratamento oncológico – Doença elencada no rol da CID/OMS – Procedimento de cobertura obrigatória – Interpretação favorável ao consumidor – Nulidade da cláusula limitativa, abusiva - Art. 51 do CDC – Ausência de caráter experimental do procedimento - O médico especialista deve eleger o tratamento mais conveniente para o paciente – Súmulas 95 e 102 deste E. TJSP – Reembolso das despesas médicas - Sentença de procedência, mantida – Recurso improvido”. (Apelação nº 0108973-60.2011.8.26.0100. Rel. Des. Fábio Podestá. 5ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 24/04/2013. Data de registro: 10/05/2013).

³¹³ A origem da cláusula *rebus sic stantibus* é atribuída aos canonistas e glossadores da Idade Média (sécs. XIV a XVI) e, literalmente, quer dizer “estando as coisas assim” ou “enquanto as coisas estão assim”. A expressão é a síntese da fórmula latina *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*, que significa em vernáculo: “nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório

contratual só deve subsistir enquanto persistirem as circunstâncias existentes no momento da celebração do pacto, privilegiando, assim, a equidade contratual. Logo, a ocorrência de fatos supervenientes – cataclismos, guerras e comoções internas – capazes de quebrar a base da relação contratual por onerosidade excessiva, deve provocar a revisão do contrato ou a sua excepcionalidade, de modo a se retomar o equilíbrio econômico originário, protegendo as legítimas expectativas das partes.³¹⁴

Todavia, não se deve esquecer que a finalidade primordial dos contratos de plano de saúde é o fornecimento das ações necessárias à prevenção de doenças e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde. Logo, a interpretação dessa hipótese de exclusão de cobertura deve ser restritiva e de maneira mais favorável ao usuário (art. 47, do Código de Defesa do Consumidor), de modo a não impossibilitar o alcance do objetivo contratual.

Dessa forma, por cataclismos entendem-se os fenômenos naturais, de ocorrência inesperada e violenta, capazes de provocar abruptas e intensas alterações no ambiente, que repercutem no campo econômico e social do local afetado – p. ex., grandes inundações, terremotos etc. Por sua vez, por comoções internas entendem-se as graves perturbações da ordem pública de uma determinada região – bairro, município, estado etc. –, responsáveis por afetar a paz, o equilíbrio e a organização anteriormente existente.³¹⁵

estende-se subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação” (RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 137).

³¹⁴ Baseando-se nos ensinamentos do alemão Karl Larenz, criador da teoria da quebra da base objetiva do contrato, Cláudia Lima Marques tece algumas considerações esclarecedoras sobre a sua concepção: “As expectativas legítimas são, igualmente, o conjunto de circunstâncias cuja existência ou permanência é objetivamente típica ou necessária para aquele tipo de contrato ou para que aquele contrato em especial possa se constituir em uma regulamentação sensata, com razoável distribuição de riscos. Este conjunto de motivações, de causas iniciais que representam as finalidades do negócio admitidas bilateralmente ou típicas daquela relação, são a base mínima (objetiva) da relação, do contrato de consumo. Excluídas aquelas circunstâncias que fazem parte dos riscos contratuais típicos, excluídas as expectativas legítimas, que também são denominadas de ‘causas’ ou fontes da confiança despertada no parceiro contratual mais fraco e devedor (*Vertrauensumstände*), o desequilíbrio da relação é flagrante. Essas expectativas legítimas são, portanto, consideradas, especialmente na doutrina atual alemã, como juridicamente relevantes e protegidas pela cláusula geral do §242 do BGB sobre boa-fé e necessidades do tráfico jurídico na sociedade atual. Em outras palavras, são essas expectativas legítimas que formam a ‘base’ do negócio (*Geschäftsgrundlage*), e será a quebra objetiva da base do negócio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) motivo para a revisão do conteúdo dos contratos, sempre na tentativa de manutenção do vínculo e de adaptação da relação ao razoável e suportável por ambos os contratantes”. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 291).

³¹⁵ O exercício do direito de greve não se enquadra na definição de comoção interna, conforme leciona Sampaio, *in verbis*: “Ressalve-se, porém, que assim não se podem entender as greves exercitadas na forma da Constituição e da Lei, já que se trata do exercício de direito assegurado pelo ordenamento, integrando a normalidade jurídica, sendo, ademais, previsível a sua ocorrência, nada justificando, por isto, na hipótese, a exclusão de cobertura”. (SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 298).

Ressalta-se que, tanto os cataclismos quanto as comoções internas, são pressupostos para a decretação do estado de defesa, que constitui espécie de estado de exceção.³¹⁶ De fato, dispõe o art. 136, *caput*, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Já quanto à definição de guerra, entende-se o estado de conflito estabelecido com outro país, formalmente declarado pelo Presidente da República, mediante autorização do Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrido no intervalo das sessões legislativas (arts. 49, II, e 84, XIX, da Constituição Federal de 1988). A declaração de estado de guerra constitui pressuposto para a decretação de estado de sítio, conforme previsto no art. 137, II, da Constituição Federal de 1988.³¹⁷

Dessa forma, a hipótese de exclusão de cobertura pelo plano de saúde constante no art. 10, X, da Lei nº 9.656/98, incide apenas nas situações de estado de defesa e de estado de sítio, relativos aos eventos deles decorrentes, por não serem previsíveis quando da contratação. Os eventos de ocorrência normal – p. ex., a realização de um parto – devem sim ser custeados pela operadora – desde que integrem a segmentação contratada –, pois o contrato de plano de saúde permanece vigente entre as partes.

Por fim, ressalte-se que a decretação de estado de exceção e, por consequência, o não fornecimento de serviços de saúde, pela operadora de plano de saúde, para tratar/reparar os eventos decorrentes dessa situação, não põe em risco a saúde do usuário, pois a sua proteção permanece com o Poder Público, responsável por desarticular os serviços públicos e privados de saúde para a mobilização conjunta, visando o pleno atendimento da população vitimada.

³¹⁶ Sobre o conceito de estado de exceção, leciona Cunha Júnior, *in verbis*: “conjunto de medidas e providências *excepcionais* que têm por finalidade afastar aquelas situações de crise e restaurar a normalidade, a ordem, a paz social e o equilíbrio constitucional entre as instituições políticas. Em face da excepcionalidade dessas medidas, os estados de exceção, quando decretados, afastam provisoriamente a legalidade constitucional ordinária e instaura, por tempo certo, uma *legalidade constitucional extraordinária*”. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 1.050).

³¹⁷ “Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: [...] II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira”.

3.4.2 Problemática das doenças preexistentes

Parcela considerável dos litígios entre usuários e operadoras de plano de saúde, levados ao Poder Judiciário, diz respeito à negativa de cobertura de tratamentos médico-hospitalares sob o argumento de preexistência da doença quando do momento da contratação. Por doenças ou lesões preexistentes entende-se “aquelas que o beneficiário ou seu representante legal saiba ser portador ou sofredor, no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, de acordo com o art. 11 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, o inciso IX do art 4º da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 e as diretrizes estabelecidas nesta Resolução” (art. 2º, I, da Resolução Normativa nº 162/07).

Nesse sentido, a Lei nº 9.656/98, sem definir a amplitude da expressão “doença ou lesão preexistente” – o que ficou a cargo da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por meio da edição da Resolução Normativa nº 162/07, atualmente em vigor –, tratou da matéria em seu art. 11, ao dispor, *in verbis*:

Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.
Parágrafo único. É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o *caput*, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS.

Diante do texto legal, é possível traçar algumas conclusões acerca da cobertura de serviços de assistência à saúde relativa às doenças e lesões preexistentes. A primeira consiste no não impedimento de contratação de plano de saúde em razão da existência de alguma doença, ou seja, a pessoa não pode ser impossibilitada de aderir a um plano de saúde por ser, naquele momento, portadora de moléstia ou debilidade físico-psicológica.

Outrossim, após o transcurso de vinte e quatro meses de vigência do contrato de plano de saúde, não pode a operadora se negar a fornecer ou a custear a realização de determinado procedimento médico-hospitalar sob a justificativa de preexistência da doença, pois tal aspecto não mais influencia no cumprimento das prestações contratadas. Vale dizer, decorrido o prazo de dois anos, contados do início da vigência da relação contratual, a cobertura contratada se torna ampla e total, independente do momento de instalação da enfermidade.

Por sua vez, a preexistência de alguma lesão ou doença pode sim alterar a cobertura do contrato em seus primeiros vinte e quatro meses de vigência, o que, contudo, merece algumas ponderações.

Com efeito, sendo constatado, no momento da contratação, que o futuro usuário está acometido de alguma enfermidade “que possa gerar necessidade de eventos cirúrgicos, de uso de leitos de alta tecnologia e de procedimentos de alta complexidade” (art. 6º, *caput*, da Resolução Normativa nº 162/07), cabe à operadora, caso não pretenda oferecer cobertura total sem qualquer ônus adicional ao beneficiário, ofertar duas formas de composição do conteúdo contratual: a previsão de cobertura parcial temporária ou a estipulação de agravo.

A cobertura parcial temporária – indicada pela sigla CPT –, segundo o disposto no art. 2º, II, da Resolução Normativa nº 162/07, é “aquela que admite, por um período ininterrupto de até 24 meses, a partir da data da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, a suspensão da cobertura de Procedimentos de Alta Complexidade (PAC), leitos de alta tecnologia e procedimentos cirúrgicos, desde que relacionados exclusivamente às doenças ou lesões preexistentes declaradas pelo beneficiário ou seu representante legal”. O oferecimento dessa limitação de cobertura, pela operadora ao usuário, é obrigatório nos casos em que aquela não opte pelo oferecimento de cobertura total, pois, caso assim não proceda, não caberá alegação de omissão de informação na Declaração de Saúde ou aplicação posterior de CPT ou Agravo (art. 6º, §2º, da Resolução Normativa nº 162/07).

Cabe ressaltar, assim, que, por meio da cobertura parcial temporária, a operadora não pode excluir totalmente a cobertura dos serviços afetos às doenças e lesões preexistentes à data da contratação. Haverá apenas a suspensão da cobertura pelo prazo máximo de vinte e quatro meses, referente aos procedimentos cirúrgicos, o uso de leitos de alta tecnologia e os procedimentos de alta complexidade (art. 6º, §3º, da Resolução Normativa nº 162/07). Findo o prazo de suspensão, a cobertura assistencial passará a ser integral, conforme a segmentação contratada e prevista na Lei nº 9.656/98 (art. 7º, §1º, da Resolução Normativa nº 162/07).

Por sua vez, como opção à cobertura parcial temporária, é facultado o oferecimento de agravo, o qual consiste em “qualquer acréscimo no valor da contraprestação paga ao plano privado de assistência à saúde, para que o beneficiário tenha direito integral à cobertura contratada, para a doença ou lesão preexistente declarada, após os prazos de carências contratuais, de acordo com as condições negociadas entre a operadora e o beneficiário” (art. 2º, III, da Resolução Normativa nº 162/07). O agravo é regido por aditivo contratual específico, cujas condições serão estabelecidas entre as partes, devendo constar

menção expressa sobre o seu percentual ou valor, bem como sobre o seu período de vigência (art. 7º, §2º, da Resolução Normativa nº 162/07).

Ressalte-se, contudo, que, mesmo o usuário tendo optado pela adoção do agravado, não ficará isento quanto à observância dos prazos de carência previstos no contrato, pois a previsão destes prazos independe da preexistência ou não da doença. Ademais, após o prazo máximo de vinte e quatro meses de vigência do agravado, o valor da mensalidade do plano de saúde deve ser fixado de acordo com o padrão normal, pois, neste momento, a operadora deve arcar com a cobertura dos tratamentos de qualquer doença – respeitada a segmentação contratada –, preexistente ou não ao início da relação contratual.

Quanto à possibilidade de fixação de cobertura parcial temporária ou de agravado, deve ser destacado que, no plano de saúde coletivo empresarial com número de participantes igual ou superior a trinta beneficiários, não pode haver cláusula de agravado ou cobertura parcial temporária, nos casos de doenças ou lesões preexistentes, desde que o beneficiário formalize o pedido de ingresso em até trinta dias da celebração do contrato coletivo ou de sua vinculação à pessoa jurídica contratante (art. 7º, *caput*, da Resolução Normativa nº 195/09).

Traçada a definição de doenças e lesões preexistentes e os reflexos de sua presença no momento da contratação, cumpre analisar a forma de sua constatação e, por decorrência, a quem incumbe o ônus de sua prova.

Em vista disso, tem-se que o art. 11, da Lei nº 9.656/98, dispõe que cabe à operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do beneficiário acerca da doença ou lesão preexistente. Referida previsão legal está em total consonância às diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, por privilegiar a parte vulnerável da relação, bem como por consagrar a boa-fé objetiva que deve orientar todas as relações contratuais, de modo a proteger as legítimas expectativas das partes.

Nesse sentido, com o fim de constatar a presença de alguma doença no momento da contratação, dispõe o *caput* do art. 5º, da Resolução Normativa nº 162/07, que o beneficiário deverá informar à contratada, quando expressamente solicitado na documentação contratual por meio da Declaração de Saúde, o conhecimento de doença ou lesão preexistente, à época da assinatura do contrato ou ingresso contratual, sob pena de caracterização de fraude, ficando sujeito à suspensão da cobertura ou rescisão unilateral do contrato, nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 13 da Lei nº 9.656/98.

Para tanto, de modo a orientar o beneficiário para o correto preenchimento da declaração de saúde, tem ele o direito de preenchê-la mediante entrevista qualificada orientada por um médico pertencente à lista de profissionais da rede de prestadores

credenciados ou referenciados pela contratada, sem lhe seja atribuído qualquer ônus (art. 5º, §1º, da Resolução Normativa nº 162/07). Outrossim, constitui parte integrante obrigatória dos contratos de plano de saúde a Carta de Orientação ao Beneficiário, a qual constitui documento padronizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que visa orientar o beneficiário sobre o preenchimento da declaração de saúde (art. 3º, *caput* e §1º, da Resolução Normativa nº 162/07).

Dessa forma, tendo o usuário conhecimento prévio de que é portador de alguma moléstia, deve comunicar tal fato no momento da contratação, quando do preenchimento da declaração de saúde. A sua omissão dolosa em comunicar seu real estado de saúde à operadora do plano de saúde se enquadra como fraude contratual³¹⁸, capaz de provocar a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato (art. 13, II, da Lei nº 9.656/98), bem como, por óbvio, impede o usuário de ter a cobertura dos custos do tratamento da doença preexistente pela operadora. Vale dizer, a ofensa ao dever de informação, pelo usuário, no momento da contratação, é responsável pela quebra da confiança gerada na operadora e, por decorrência, retira-lhe o dever de fornecer os tratamentos relativos à doença preexistente.

Ademais, faz-se mister ressaltar que não é a preexistência da enfermidade que exclui o direito à cobertura pelo plano de saúde, mas sim a má-fé do usuário que omite a existência de condições que podem influenciar na aceitação da proposta contratual, com a intenção de obter vantagem indevida para si ou para seus dependentes.

Entrementes, não se deve perder de vista que a operadora deve comprovar que o usuário tinha conhecimento da doença, mas a omitiu ao preencher seus dados cadastrais, conforme distribuição do ônus da prova previsto no art. 11, da Lei nº 9.656/98. Aliás, sabe-se que a má-fé não se presume, razão pela qual, até prova em contrário, considera-se que o

³¹⁸ Nesse sentido, já se posicionou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE - DOENÇA PREEXISTENTE NÃO INFORMADA NO ATO DA PROPOSTA - FRAUDE CONTRATUAL CONFIGURADA - RECURSO PROVIDO. A omissão da comunicação de doenças preexistentes na declaração de saúde caracteriza "fraude contratual". Face à omissão dolosa do autor em comunicar seu real estado de saúde à operadora do plano (cardiopatia), não pode ela ser compelida a arcar com os custos do procedimento para a troca do gerador do cardiodesfibrilador. Tendo o autor firmado, voluntária e conscientemente, acordo para ampliação da cobertura de seu plano de saúde, de forma a possibilitar a realização do procedimento de troca daquele aparelho nele implantado, não contemplado pelo contrato originalmente firmado, não é aceitável que, posteriormente, alegue onerosidade excessiva ou vício de consentimento e pleiteie sua desoneração da obrigação assumida. Recurso provido”. (Apelação Cível 1.0713.08.079672-3/003. Relator Des. Eduardo Mariné da Cunha. 17ª Câmara Cível, julgamento em 12/07/2012, publicação da súmula em 20/07/2012). No mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “Seguro. Plano de saúde. Doença preexistente. Obesidade. Recusa de cobertura de cirurgia. Admissibilidade. Segurada que, embora não sujeita a exame prévio, faltou com a verdade quando da emissão da declaração de saúde. Comprovada a ciência inequívoca da doença. Caso de comportamento doloso. Violação ao princípio da boa-fé, que deve vigorar nos contratos. Sentença mantida. Recurso improvido”. (Apelação 0011692-76.2012.8.26.0001. Relator Vito Guglielmi. Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 06/06/2013. Data de registro: 11/06/2013).

usuário não tinha conhecimento da doença quando da contratação e, portanto, é merecedor da devida cobertura dos procedimentos médico-hospitalares no limite da segmentação contratada.³¹⁹

No mesmo sentido, tendo o usuário sido submetido a exame médico quando da contratação, ou suas declarações terem sido submetidas à apreciação de médico credenciado pela operadora e, em nenhuma das hipóteses, ter sido constatada a existência de alguma doença ou incorreção das informações apresentadas pelo usuário, não há como a operadora se furtar da cobertura dos tratamentos sob a simples alegação de preexistência da doença, até porque possui, “mais do que ninguém, condições de conhecer as peculiaridades, as características, a álea do campo de sua atividade empresarial, destinada ao lucro, para o que corre um risco que deve ser calculado antes de se lançar no empreendimento”.^{320, 321}

³¹⁹ Nesse sentido, já se posicionou o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “Apelação. Ação cominatória cominada com pedidos de antecipação de tutela e de indenização por danos morais julgada procedente. Plano de saúde. Negativa de custeio das despesas decorrentes de internação e de tratamento. Alegação de exclusão da cobertura de doença preexistente à data da celebração do contrato. Não realização de exames preliminares a fim de determinar se a titular do plano portava ou não alguma doença quando da contratação. Não demonstração de má fé da consumidora. Negativa de cobertura abusiva. Danos morais. Inexistência. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido”. (Apelação 0234410-19.2008.8.26.0100. Relator: Silvia Sterman. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 14/05/2013. Data de registro: 21/05/2013). Do mesmo modo, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA CONTRATUAL. DOENÇA PRÉ EXISTENTE. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. 1. O ato jurídico que formalizou a celebração do contrato de seguro saúde com a autora ocorreu quando já se encontrava vigente, há tempos, a Lei n.º 9.656/98 e, por ela deve se reger. Nesta seara, não há outra conclusão senão a de que a Cláusula X, alínea T do contrato de adesão firmado entre as partes, que exclui a cobertura de doenças congênitas em razão da sua preexistência, é nula. 2. Não tendo havido má fé da contratante quando a sua declaração de saúde, mostra-se ilegítima a negativa de cobertura do procedimento cirúrgico que lhe foi indicado”. (Apelação Cível 1.0382.06.062469-1/001. Relator Des. Wagner Wilson. 16ª Câmara Cível. Julgamento em 19/08/2009, publicação da súmula em 11/09/2009).

³²⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carências. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coord.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73-99, p. 87).

³²¹ Assim é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “PLANO DE SAÚDE. OBESIDADE MÓRBIDA. GASTROPLASTIA. ALEGAÇÃO DE DOENÇA PRÉ-EXISTENTE. PRAZO DE CARÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. [...] 2. A gastroplastia, indicada como tratamento para obesidade mórbida, longe de ser um procedimento estético ou mero tratamento emagrecedor, revela-se como cirurgia essencial à sobrevida do segurado, vocacionada, ademais, ao tratamento das outras tantas comorbidades que acompanham a obesidade em grau severo. Nessa hipótese, mostra-se ilegítima a negativa do plano de saúde em cobrir as despesas da intervenção cirúrgica. 3. Ademais, não se justifica a recusa à cobertura de cirurgia necessária à sobrevida do segurado, ao argumento de se tratar de doença pré-existente, quando a administradora do plano de saúde não se precaveu mediante realização de exames de admissão no plano, sobretudo no caso de obesidade mórbida, a qual poderia ser facilmente detectada. 4. No caso, tendo sido as declarações do segurado submetidas à apreciação de médico credenciado pela recorrente, por ocasião do que não foi verificada qualquer incorreção na declaração de saúde do contratante, deve mesmo a seguradora suportar as despesas decorrentes de gastroplastia indicada como tratamento de obesidade mórbida. 5. Recurso não provido”. (REsp 980326/RN. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 01/03/2011, DJe 04/03/2011). Da mesma forma, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “APELAÇÃO - CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE - ALEGAÇÃO DE DOENÇA PRÉ-EXISTENTE - NÃO OCORRÊNCIA - ADITIVO CONTRATUAL - INOVAÇÃO RECURSAL - VANTAGEM

Destarte, se durante os primeiros vinte e quatro meses de vigência do contrato de plano de saúde, vier a se manifestar alguma doença no usuário que a operadora considere ser existente desde antes da contratação, caberá a esta, caso queira excluir a cobertura do tratamento, comprovar a preexistência da moléstia e o seu conhecimento pelo usuário no momento pré-contratual. Na hipótese do usuário desconhecer que é portador de alguma doença e não tendo a operadora lhe submetido a qualquer exame médico antes de permitir a sua adesão ao contrato, deverá arcar com o fornecimento e os custos do tratamento necessário, mesmo antes do término dos dois primeiros anos de vigência da relação contratual.³²²

3.4.3 Limitação de prazo de internação

A Lei nº 9.656/98, ao elencar as exigências mínimas de cobertura do contrato de plano de saúde que se enquadra na segmentação com internação hospitalar, veda a limitação de prazo, valor máximo e quantidade de internações hospitalares, conforme disposto em seu art. 12, II, *a e b, in verbis*:

Art. 12. [...] II - quando incluir internação hospitalar:

a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos;

DES PROPORCIONAL - SENTENÇA MANTIDA. Em sendo o segurado submetido a exame médico quando da contratação, não há como se entender pela existência de doença pré-existente, mormente no caso em apreço em que a própria equipe médica não conseguiu identificar o problema. A cláusula contratual que limita exageradamente o contrato celebrado entre as partes, levando a desvantagem desproporcional para um dos contratantes, é reconhecidamente abusiva”. (Apelação Cível 1.0313.07.217557-0/002. Relator Des. José Affonso da Costa Côrtes. 15ª Câmara Cível. Julgamento em 28/06/2012, publicação da súmula em 05/07/2012).

³²² A título exemplificativo, tem-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “AÇÃO COMINATÓRIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - CDC - APLICAÇÃO - TUMOR BUCAL - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO EMERGENCIAL - PRESCRIÇÃO MÉDICA - GRAVIDADE DA ENFERMIDADE - PRAZO DE CARÊNCIA - INAPLICABILIDADE - ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE - MÁ-FÉ DO SEGURADO NÃO COMPROVADA - AUSÊNCIA DE EXAME PRÉVIO - NEGATIVA DE COBERTURA INDEVIDA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. - As regras da legislação consumerista aplicam-se aos contratos de plano de saúde e assistência. - Nos casos de procedimento cirúrgico emergencial não pode o plano de saúde exigir o cumprimento de prazo de carência de 24 (vinte e quatro) meses, devendo o atendimento ser amplo e irrestrito, até que cesse o risco de morte do usuário. - A alegação de preexistência da doença do segurado somente tem o condão de afastar a cobertura securitária pleiteada se a seguradora se desincumbir do ônus de comprovar que o contratante tinha conhecimento do seu estado quando da contratação do plano de saúde. - O fato de precisar de tratamento para um câncer logo após a celebração do ajuste não enseja o reconhecimento de que ele tinha conhecimento prévio da doença, bem como de sua gravidade. - Caberia à seguradora contratada a averiguação do estado de saúde do contratante antes da celebração do ajuste, através da realização de exames prévios, haja vista que a má-fé não se presume. - A sentença que entendeu dessa forma deve ser mantida e o recurso não provido”. (Apelação Cível 1.0024.05.648042-9/001. Relatora Des(a). Mariângela Meyer. 10ª Câmara Cível. Julgamento em 26/02/2013, publicação da súmula em 07/03/2013).

b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; [...]

A presença de cláusula contratual limitativa de prazo de internação hospitalar era muito comum nos contratos firmados antes do advento da Lei nº 9.656/98, a qual atendia, exclusivamente, os interesses econômicos das operadoras, em detrimento ao adequado atendimento médico-hospitalar do usuário. Com efeito, a limitação do prazo de internação elimina a obrigação contratual imputada à operadora, qual seja, o fornecimento/custeio de procedimentos médico-hospitalares para o combate de doenças, as quais são, essencialmente, imprevisíveis, impossibilitando o controle do tempo necessário de tratamento para o restabelecimento da saúde.

Em vista disso, por meio do recurso aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, o Poder Judiciário passou a reconhecer a abusividade das cláusulas limitativas de prazo de internação hospitalar, à luz, notadamente, do seu art. 51, IV e §1º, II. Aliás, nesse sentido, destaca-se o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 158.728/RJ, de 16/03/1999, ementado nos seguintes termos, *in verbis*:

Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva. 1. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade. 3. Recurso especial conhecido e provido.³²³

Referido entendimento restou consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça³²⁴, o que resultou na edição da Súmula nº 302, com os seguintes dizeres: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

³²³ REsp 158728/RJ. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgado em 16/03/1999, DJ 17/05/1999, p. 197.

³²⁴ Nesse sentido, têm-se os julgados do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “CIVIL. SEGURO SAÚDE. A cláusula que limita o tempo de internação hospitalar é abusiva. Embargos de divergência acolhidos”. (EResp 242550/SP. Rel. Ministro Ari Pargendler. Segunda Seção. Julgado em 14/08/2002, DJ 02/12/2002, p. 217); e “DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE

Dessa forma, constitui prática abusiva a estipulação de limitação de prazo de internação hospitalar, devendo ser reconhecida a sua nulidade de pleno direito³²⁵, haja vista se colocar em evidente confronto com a própria natureza e finalidade da prestação de assistência médico-hospitalar. De fato, se o tratamento da doença é coberto pela segmentação contratada, não é possível, sob pena de grave abuso, impor a retirada do paciente da unidade de internação ou direcionar a este o pagamento de referidos serviços hospitalares, simplesmente porque excedido o limite temporal determinado contratualmente, o que se distancia de qualquer grau de razoabilidade.

Destarte, nula é a cláusula limitativa de internação, até porque a operadora e o usuário não possuem, por óbvio, a capacidade de controlar o tempo de internação, o que depende, exclusivamente, da evolução do seu quadro clínico, situação esta que, em grande maioria dos casos, foge até do próprio controle do médico responsável pelo tratamento.

Nesse sentido, é importante destacar que a Resolução Normativa nº 211/10, em sua redação original, dispunha, em que art. 18, II, *b*, sobre a possibilidade excepcional de estabelecimento de co-participação somente para as internações psiquiátricas, quando ultrapassados trinta dias de internação. Referida exceção se mostrava gravemente abusiva, pois, conforme já dito, a limitação do prazo de internação restringe direitos inerentes à natureza do contrato, a tal ponto de inviabilizar a realização do seu próprio objeto, que é a proteção e promoção da saúde. Mas, felizmente, tal exceção foi revogada em 02 de agosto de 2011, com a edição da Resolução Normativa nº 262.

Ademais, cumpre salientar que as operadoras, frente ao reconhecimento da nulidade da limitação do prazo de internação hospitalar, passaram a adotar outra prática, qual seja, a previsão de um valor máximo de cobertura para internação, o qual, quando ultrapassado, exigiria a co-participação do usuário ou o seu custeio exclusivo por este último.

INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-IV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado. II - Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum. III - Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial". (REsp 251024/SP. Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira. Segunda Seção. Julgado em 27/09/2000, DJ 04/02/2002, p. 270).

³²⁵ Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "Direito Civil. Agravo no recurso especial. Plano de saúde. Limite de internação. Abusividade da cláusula. Nulidade de pleno direito. Art. 51, inc. IV, do CDC. Precedentes. - É nula de pleno direito a cláusula, inserida em contratos de plano ou de seguro-saúde, que limita o tempo de cobertura para internação em UTI. - Matéria pacificada na Corte. Agravo não provido". (AgRg no REsp 609372/RS. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 23/11/2005, DJ 01/02/2006, p. 531).

Contudo, tal conduta também se mostra abusiva, sendo, inclusive, vedada pelo mesmo art. 12, II, *a*, da Lei nº 9.656/98, pois é responsável por esvaziar o direito do usuário e o próprio objeto da contratação.

Vale dizer, a previsão de um valor máximo de custeio de internação hospitalar não constitui cláusula limitativa de extensão do risco – o que é permitido, desde que observado o art. 54, §4º, do Código de Defesa do Consumidor –, mas sim cláusula excludente da própria essência do risco assumido, pois o tratamento com internação hospitalar é inerente à segmentação contratada. Logo, referida prática também é nula de pleno direito, pois, ao reduzir os efeitos jurídicos da cobertura – valor máximo para assunção do risco –, tornou inócua a obrigação atribuída à operadora.³²⁶

3.4.4 Regramento das carências

Por prazo de carência entende-se o período no decorrer do qual a eficácia do contrato, acerca de determinadas coberturas previstas, fica suspensa, permanecendo, contudo, a obrigação do usuário de adimplir as mensalidades pactuadas. Consiste, pois, no “período ininterrupto, contado a partir da data de início da vigência do contrato do plano privado de assistência à saúde, durante o qual o contratante paga as mensalidades, mas ainda não tem acesso a determinadas coberturas previstas no contrato, conforme previsto no inciso V do artigo 12 da Lei nº 9656, de 1998, nos termos desta Resolução” (art. 2º, III, da Resolução Normativa nº 186/09).

³²⁶ Assim já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “CIVIL. CONSUMIDOR. SEGURO. APÓLICE DE PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA ABUSIVA. LIMITAÇÃO DO VALOR DE COBERTURA DO TRATAMENTO. NULIDADE DECRETADA. DANOS MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. É abusiva a cláusula contratual de seguro de saúde que estabelece limitação de valor para o custeio de despesas com tratamento clínico, cirúrgico e de internação hospitalar. 2. O sistema normativo vigente permite às seguradoras fazer constar da apólice de plano de saúde privado cláusulas limitativas de riscos adicionais relacionados com o objeto da contratação, de modo a responder pelos riscos somente na extensão contratada. Essas cláusulas meramente limitativas de riscos extensivos ou adicionais relacionados com o objeto do contrato não se confundem, porém, com cláusulas que visam afastar a responsabilidade da seguradora pelo próprio objeto nuclear da contratação, as quais são abusivas. 3. Na espécie, a seguradora assumiu o risco de cobrir o tratamento da moléstia que acometeu a segurada. Todavia, por meio de cláusula limitativa e abusiva, reduziu os efeitos jurídicos dessa cobertura, ao estabelecer um valor máximo para as despesas hospitalares, tornando, assim, inócuo o próprio objeto do contrato. 4. A cláusula em discussão não é meramente limitativa de extensão de risco, mas abusiva, porque excludente da própria essência do risco assumido, devendo ser decretada sua nulidade. 5. É de rigor o provimento do recurso especial, com a procedência da ação e a improcedência da reconvenção, o que implica a condenação da seguradora ao pagamento das mencionadas despesas médico-hospitalares, a título de danos materiais, e dos danos morais decorrentes da injusta e abusiva recusa de cobertura securitária, que causa aflição ao segurado. 6. Recurso especial provido”. (REsp 735750/SP. Rel. Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em 14/02/2012, DJe 16/02/2012).

A carência é responsável por alterar o plano da eficácia do contrato de plano de saúde, na medida em que a sua aptidão para produzir efeitos jurídicos se torna vinculada à observância dos prazos de carência. Nesse sentido, dentre os elementos acidentais dos negócios jurídicos previstos na legislação civil – condição, termo e encargo –, verifica-se o seu enquadramento como espécie de termo. De fato, por termo compreende-se o acontecimento futuro e certo, que suspende a eficácia do ato negocial, sem prejudicar a aquisição de direitos, fazendo cessar os efeitos decorrentes do próprio negócio. Por ser evento futuro e certo – ou seja, inevitável – não suspende a aquisição, mas apenas o exercício do direito a ele subordinado. Assim, a carência é exemplo de termo, pois a sua duração é por prazo determinado, sendo responsável por suspender a eficácia do contrato com relação às coberturas a ela relacionadas, além de ser necessária para atribuir ao usuário o direito de ter acesso pleno à cobertura dos serviços médico-hospitalares contratados após o seu cumprimento.

A razão de se prever prazo de carência nos contratos de planos de saúde reside na necessidade de se assegurar o equilíbrio financeiro da negociação, permitindo a manutenção do saldo positivo do fundo comum para o custeio dos serviços médico-hospitalares. De fato, caso inexistente o período de carência, o usuário, com a imediata vigência do contrato, poderia solicitar o custeio de serviços médico-hospitalares e, logo após o término do tratamento, suspenderia o pagamento das mensalidades, impedindo, assim, que a operadora, ao menos, pudesse reembolsar os valores gastos com a cobertura prestada. Logo, a previsão de prazo de carência visa à fidelização do usuário e a conservação do plano de saúde, pois, somente depois do adimplemento de determinado número de parcelas – e, portanto, da constituição de um saldo positivo pela operadora –, é que o usuário poderá ter acesso pleno à cobertura dos serviços de assistência à saúde contratados.

Em vista disso, a Lei nº 9.656/98 traz disciplina específica acerca dos prazos de carência em seu art. 12, inciso V, determinando o prazo máximo de trezentos dias para partos a termos; cento e oitenta dias para os demais casos; e vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência.³²⁷ Tem-se, assim, ser plenamente legítima a fixação de prazo

³²⁷ Cumpre ressaltar o impedimento de fixação de prazo de carência no plano coletivo empresarial e no plano coletivo por adesão, desde que respeitados os requisitos previstos nos arts. 6º e 11, da Resolução Normativa 195/09, respectivamente, *in verbis*: “Art. 6º No plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial com número de participantes igual ou superior a trinta beneficiários não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência, desde que o beneficiário formalize o pedido de ingresso em até trinta dias da celebração do contrato coletivo ou de sua vinculação a pessoa jurídica contratante. Parágrafo único. Quando a contratação ocorrer na forma do inciso III do artigo 23 desta RN será considerada a totalidade de participantes eventualmente já vinculados ao plano coletivo estipulado. [...] Art. 11 No plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência, desde que o beneficiário

de carência no contrato de plano de saúde³²⁸, desde que não ultrapasse o prazo máximo previsto em lei. Caso fixado prazo superior no instrumento contratual, considerar-se-á não escrito o tempo que ultrapasse o limite legal.

Outrossim, a previsão de prazo de carência no contrato deve ser devidamente informada ao consumidor no momento da contratação, observando-se, assim, o art. 16, III, da Lei nº 9.656/98 – que dispõe ser obrigatória a presença de cláusula contratual que indique com clareza os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames – e o art. 54, §4º, do Código de Defesa do Consumidor – redação da cláusula contratual com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Considerando os prazos de carência previstos pela Lei nº 9.656/98, verifica-se que o relativo aos casos de urgência e emergência é o que reúne a grande parte dos litígios entre usuários e operadoras sobre o tema. Conforme destacado, é de no máximo vinte e quatro horas, contados do momento da contratação, o prazo de carência para a cobertura de situações de urgência e emergência, as quais são definidas como de cobertura obrigatória pelo art. 35-C, I e II, da citada lei, *in verbis*:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional; [...]

Diante do texto legal, verifica-se que, para a cobertura nos casos de urgência e emergência, não é imposta a satisfação de qualquer outro requisito senão o cumprimento do prazo máximo de carência de vinte e quatro horas. Além disso, não há previsão de qualquer

ingresse no plano em até trinta dias da celebração do contrato coletivo. §1º A cada aniversário do contrato do plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão será permitida a adesão de novos beneficiários sem o cumprimento de prazos de carência, desde que: I - o beneficiário tenha se vinculado, na forma do artigo 9º, após o transcurso do prazo definido no *caput* deste artigo; e II - a proposta de adesão seja formalizada até trinta dias da data de aniversário do contrato. §2º Após o transcurso dos prazos definidos no *caput* e no inciso II do §1º poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência, nos termos da regulamentação específica, limitados aos previsto em lei. §3º Quando a contratação ocorrer na forma prevista no inciso III do artigo 23 desta RN considerar-se-á como data de celebração do contrato coletivo a data do ingresso da pessoa jurídica contratante ao contrato estipulado pela Administradora de Benefícios”.

³²⁸ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - ESTIPULAÇÃO DE PRAZO DE CARÊNCIA NO CONTRATO - POSSIBILIDADE - CIRURGIA E INTERNAÇÃO - AUSÊNCIA DE URGÊNCIA E/OU EMERGÊNCIA - ART. 12, V, 'c', da LEI 9.656/98 - INAPLICABILIDADE. - Inexiste qualquer abusividade ou nulidade no estabelecimento de prazo de carência em contrato de prestação de serviços e coberturas de plano de saúde. - Não restando caracterizada a hipótese de urgência e/ou emergência em casos de internação e cirurgia, impõe-se a aplicação do prazo de carência previsto no contrato e não o prazo do artigo 12, V, 'c', da Lei 9.656/98”. (Apelação Cível 1.0145.05.280859-2/002. Relator Des. Irmair Ferreira Campos. 17ª Câmara Cível. Julgamento em 12/06/2008, publicação da súmula em 01/07/2008).

limitação de cobertura na hipótese, o que implica, nos termos da lei, que em casos de emergência e urgência, deve a cobertura ser ampla, a fim de que se garanta, efetivamente, a saúde e a vida do usuário.

Entrementes, o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), ao editar a Resolução nº 13/98, trouxe limitações de cobertura para o atendimento nos casos de urgência e emergência. Com efeito, dispõe que, tratando-se de plano ambulatorial, deverá ser garantida cobertura limitada até as primeiras doze horas do atendimento; tornando-se necessária a realização de procedimentos exclusivos da cobertura hospitalar, ainda que na mesma unidade prestadora de serviços e em tempo menor que doze horas, a cobertura cessará, sendo que a responsabilidade financeira, a partir da necessidade de internação, passará a ser do contratante, não cabendo ônus à operadora (art. 2º).

Outrossim, dispõe em seu art. 3º que, tratando-se de plano hospitalar, deve oferecer cobertura aos atendimentos de urgência e emergência que evoluírem para internação, desde a admissão do paciente até a sua alta ou que sejam necessários à preservação da vida, órgãos e funções. Todavia, se o atendimento de emergência for efetuado no decorrer dos períodos de carência, se limitará às doze primeiras horas e não oferecerá cobertura para internação (art. 3º, §1º). O §2º, desse mesmo dispositivo, prevê, ainda, que o atendimento de urgência decorrente de acidente pessoal, será garantido, sem restrições, após decorridas vinte e quatro horas da vigência do contrato. Por fim, o §3º dispõe que nos casos em que a atenção não venha a se caracterizar como própria do plano hospitalar, ou como de risco de vida, ou ainda, de lesões irreparáveis, não haverá a obrigatoriedade de cobertura por parte da operadora.

Ademais, o art. 4º, *caput*, da Resolução nº 13/98, dispõe que os contratos de plano hospitalar, com ou sem cobertura obstétrica, deverão garantir os atendimentos de urgência e emergência quando se referirem ao processo gestacional. Contudo, em “caso de necessidade de assistência médica hospitalar decorrente da condição gestacional de pacientes com plano hospitalar sem cobertura obstétrica ou com cobertura obstétrica – porém ainda cumprindo período de carência – a operadora estará obrigada a cobrir o atendimento prestado nas mesmas condições previstas no art. 2º para o plano ambulatorial” (parágrafo único, do art. 4º).

Diante de tais previsões normativas, verifica-se que a Resolução nº 13/98, do Conselho de Saúde Suplementar, contraria, totalmente, o previsto na Lei nº 9.656/98. De fato, tal Resolução equipara o plano hospitalar ao plano ambulatorial quando o caso de urgência e emergência ocorre no decorrer de prazo de carência – exceto no atendimento de urgência decorrente de acidente pessoal –, limitando a cobertura às doze primeiras horas de

atendimento e excluindo o custeio de internação hospitalar. Ou seja, a Resolução nº 13/98 simplesmente ignora a obrigatoriedade de cobertura do atendimento nos caso de urgência e emergência e o prazo máximo de vinte e quatro horas de carência (art. 35-C e art. 12, V, c, da Lei nº 9.656/98).

Destarte, não há como prevalecer o disposto na Resolução nº 13/98³²⁹, na medida em que o estado de urgência e de emergência deve ser interpretado de forma a abranger todo e qualquer procedimento hábil para o restabelecimento da saúde do usuário, sem qualquer limitação, restando afastada, pois, a cláusula contratual que estabeleça prazo de carência, sob pena da recusa de cobertura frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado.³³⁰ Aliás, cumpre lembrar a existência de vedação expressa de limitação de prazo de internação (art. 12, II, *a e b*, da Lei nº 9.656/98), sendo, pois, nula de pleno direito tal cláusula contratual limitativa, pois o usuário não tem o poder de controlar o tempo de sua internação, o que depende da imponderável e imprevisível evolução do seu quadro clínico.³³¹

³²⁹ Nesse sentido, já se posicionou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “Apelação Cível - Ação de cobrança c/c danos morais - plano de saúde - atendimento urgência/emergência - negativa de cobertura - carência - limitação a 12 horas - abusividade configurada - indenização devida. - Em casos de urgência e emergência, são inaplicáveis as limitações contidas na Resolução n.º 13/98 do Conselho de Saúde Suplementar. Sendo injusta a recusa da administradora do plano de saúde de atender o segurado em momento crítico de urgência, inegável o tangenciamento da esfera moral a ensejar reparação. [...]”. (Apelação Cível 1.0024.09.571791-4/001. Relator Des. Estevão Lucchesi. 14ª Câmara Cível. Julgamento em 24/05/2012, publicação da súmula em 01/06/2012).

³³⁰ Inclusive, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes julgados, *in verbis*: “RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. APENDICITE AGUDA. CARÊNCIA CONTRATUAL. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A cláusula que estabelece o prazo de carência deve ser afastada em situações de urgência, como o tratamento de doença grave, pois o valor da vida humana se sobrepõe a qualquer outro interesse. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ. 2. A jurisprudência desta Corte ‘vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada’. (REsp 918.392/RN. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI). 3. Atendendo aos critérios equitativos estabelecidos pelo método bifásico adotado por esta Egrégia Terceira Turma e em consonância com inúmeros precedentes desta Corte, arbitra-se o quantum indenizatório pelo abalo moral decorrente da recusa de tratamento médico de emergência, no valor de R\$ 10.000, 00 (dez mil reais). 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO”. (REsp 1243632/RS. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012); e “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. EMERGÊNCIA. RECUSA NO ATENDIMENTO. PRAZO DE CARÊNCIA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Esta Corte Superior firmou entendimento de que o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e a razão de ser do negócio jurídico firmado. 2. A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido”. (AgRg no Ag 845103/SP. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em 17/04/2012, DJe 23/04/2012).

³³¹ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - PLANO DE SAÚDE - ATENDIMENTO DE URGÊNCIA - INTERNAÇÃO EM UTI- PRAZO DE CARÊNCIA AFASTADO- COBERTURA- PLANO DE SAÚDE- OBRIGATORIEDADE - RESSARCIMENTO DAS DESPESAS - CABIMENTO - RECURSO DESPROVIDO. A responsabilidade civil das operadoras de plano de saúde é objetiva, conforme previsto no

Dessa forma, diante dos ditames da Lei nº 9.656/98, para a cobertura em casos de urgência e emergência, o único requisito ou condição a ser observada é o cumprimento do prazo máximo de carência de vinte e quatro horas. A lei não limita a cobertura em tais situações, o que implica que a cobertura, na hipótese, deve ser ampla, podendo ser submetida, apenas, à carência de vinte e quatro horas.³³² Assim, nas hipóteses de emergência ou urgência, em que o usuário tenha a vida posta em risco, o plano de saúde deve cobrir as despesas com o procedimento necessário, em respeito ao direito fundamental à saúde.

art. 14 do CDC. É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado. No caso de moléstia grave, em que foi necessária em caráter de urgência, a internação da paciente em unidade de tratamento coronariano intensivo, a negativa de atendimento por parte da operadora, mesmo no prazo de carência, configura defeito na prestação do serviço. É que no caso de urgência/emergência, não há que se falar em restrição do prazo de atendimento, já que ausente qualquer previsão legal neste sentido, sendo impossível ao paciente, ou mesmo ao médico, prever o tempo de permanência em Unidade de Tratamento Intensivo. Dessa forma resta configurada a obrigação de indenizar pelos danos materiais tidos no prazo de permanência no Hospital". (Apelação Cível 1.0145.09.540345-0/001. Relator Des. Rogério Medeiros. 14ª Câmara Cível. Julgamento em 18/11/2010, publicação da súmula em 18/01/2011).

³³² Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIACÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE ACOMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNCIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12,V, ALÍNEA "C", DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA. 1. "Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida". (REsp 466.667/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174). 2. Diante do disposto no artigo 12 da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea "c", do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência. 3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípuo de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual. 4. Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa que o Consumidor tem de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado, no que tange à procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida. 5. Portanto, não é possível a Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro. 6. Como se trata de situação-limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, "se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar". (RE 201819, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821). 7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença". (REsp 962980/SP. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 13/03/2012. DJe 15/05/2012).

Ainda quanto ao regramento das carências, cabe analisar a impossibilidade de recontagem de carências, expressamente prevista no art. 13, parágrafo único, I, da Lei nº 9.656/98, a qual deve ser observada em duas situações: atraso no pagamento da mensalidade e migração de plano de saúde.

De fato, quanto à hipótese de atraso no pagamento da mensalidade pelo usuário, tem-se que a sua ocorrência não pode dar causa à recontagem do prazo de carência já cumprido ou à dilação do prazo ainda em curso, por terem ambas as situações fins diversos. Com efeito, conforme visto, o prazo de carência é fixado com o intuito de fidelizar o usuário ao plano a que tenha aderido, permitindo à operadora captar os recursos financeiros necessários para o custeio dos serviços médico-hospitalares cobertos. Já as mensalidades pagas pelo usuário, compõem a bilateralidade do contrato de plano de saúde: enquanto à operadora cabe o custeio/fornecimento dos serviços de assistência à saúde, cabe ao usuário adimplir o preço previsto no contrato.

Assim, é abusiva a cláusula contratual que determine a recontagem de prazo de carência em razão da mora do usuário, por constituir consequência excessivamente onerosa para o beneficiário: “a um adimplemento defeituoso por parte do consumidor se contrapõe a possibilidade de um inadimplemento absoluto por parte do fornecedor (que não precisa cobrir os eventos atingidos pelo novo prazo de carência)”.³³³ Além disso, possibilitar a recontagem de carência configuraria verdadeiro *bis in idem*, pois, em regra, o contrato prevê a incidência de encargos moratórios – multa e juros moratórios, acrescidos de correção monetária – para o caso de atraso no pagamento da mensalidade.

Por sua vez, quanto à migração entre planos de saúde pelo usuário – ou seja, cancelamento do vínculo contratual mantido junto a uma operadora para aderir a outro contrato perante outra ou mesma operadora –, tem-se também não ser possível a recontagem de prazo de carência, face à existência da portabilidade de carências. De fato, a portabilidade de carências visa permitir a mobilidade do consumidor que se sinta insatisfeito com o contrato em vigor – pois não terá que se submeter a um novo período de carência por ter aderido a novo plano de saúde – e, por consequência, estimular a concorrência no mercado de saúde suplementar. A sua regulamentação é feita pela Resolução Normativa nº 186/09, a qual traz o seu conceito no art. 2º, VII, *in verbis*:

³³³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 15/70, p. 46.

Portabilidade de carências: é a contratação de um plano privado de assistência à saúde individual ou familiar ou coletivo por adesão, com registro de produto na ANS, em operadoras, concomitantemente à rescisão do contrato referente a um plano privado de assistência à saúde, individual ou familiar ou coletivo por adesão, contratado após 1º de janeiro de 1999 ou adaptado à Lei nº 9656, de 1998, em tipo compatível, observado o prazo de permanência, na qual o beneficiário está dispensado do cumprimento de novos períodos de carência ou cobertura parcial temporária.

Nesse sentido, o art. 3º, da Resolução Normativa nº 186/09, traz as condições para que haja a dispensa do cumprimento de novos períodos de carência caso haja a migração do usuário entre planos de saúde, nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 3º O beneficiário de plano de contratação individual ou familiar ou coletiva por adesão, contratado após 1º de janeiro de 1999 ou adaptado à Lei nº 9656, de 1998, fica dispensado do cumprimento de novos períodos de carência e de cobertura parcial temporária na contratação de novo plano de contratação individual ou familiar ou coletivo por adesão, na mesma ou em outra operadora de plano de assistência à saúde, desde que sejam atendidos simultaneamente os seguintes requisitos:

I – estar adimplente junto à operadora do plano de origem, conforme inciso I do art. 8º;

II – possuir prazo de permanência:

a) na primeira portabilidade de carências, no mínimo dois anos no plano de origem ou no mínimo três anos na hipótese de o beneficiário ter cumprido cobertura parcial temporária; ou

b) nas posteriores, no mínimo um ano de permanência no plano de origem.

III – o plano de destino estar em tipo compatível com o do plano de origem, conforme disposto no Anexo desta Resolução;

IV – a faixa de preço do plano de destino ser igual ou inferior à que se enquadra o seu plano de origem, considerada a data da assinatura da proposta de adesão; e

V – o plano de destino não estar com registro em situação “ativo com comercialização suspensa”, ou “cancelado”.

§1º As faixas de preço previstas no inciso IV deste artigo serão definidas em Instrução Normativa a ser expedida pela Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos – DIPRO e serão baseadas na Nota Técnica de Registro de Produto – NTRP e/ou em outros instrumentos a serem definidos pela referida Diretoria.

§2º A portabilidade de carências deve ser requerida pelo beneficiário no período compreendido entre o primeiro dia do mês de aniversário do contrato e o último dia útil do terceiro mês subsequente, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 8º desta Resolução.

§3º A operadora do plano de origem deve comunicar a todos os beneficiários tratados no caput a data inicial e final do período estabelecido no parágrafo 2º deste artigo, no mês anterior ao referido período, por qualquer meio que assegure a sua ciência.

§4º O requisito previsto na alínea "a" do inciso II deste artigo não será exigível do beneficiário que for inscrito no plano de origem na forma da alínea "b" do inciso III do artigo 12, da Lei nº 9.656, de 1998.

Destarte, constitui a finalidade primordial da portabilidade, possibilitar que o usuário rescinda o vínculo contratual de origem para ser aceito em outro plano de saúde sem que lhe seja exigido o cumprimento de novos períodos de carência. Contudo, de modo a se manter o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, faz-se mister que os planos de origem e o de destino sejam compatíveis entre si, ou seja, possuam semelhança quanto aos requisitos de segmentação assistencial, tipo de contratação individual ou familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial e faixa de preço (art. 2º, VI, da Resolução Normativa nº 186/09). Logo, havendo a troca de plano de saúde para outro de cobertura mais abrangente – p. ex., plano ambulatorial para plano hospitalar –, não será cabível a portabilidade de carências, sendo necessário, pois, o cumprimento dos períodos de carência relativos às coberturas acrescidas – as quais, aliás, não haviam sido previstas no contrato primevo, em razão da cobertura contratual limitada.³³⁴

³³⁴ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. MIGRAÇÃO DE PLANO AMBULATORIAL PARA PLANO HOSPITALAR. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE CARÊNCIA. ATENDIMENTO DE URGÊNCIA NÃO CARACTERIZADO. 1. Como o plano ambulatorial não previa cobertura para internação cirúrgica, inexistente carência a ser aproveitada a esse título. 2. Desse modo, quando da solicitação do procedimento, ainda não havia sido cumprido o prazo de 180 dias previsto contratualmente. 3. Não há qualquer adinício de prova de que se tratava de procedimento de urgência ou emergência, o que importaria a redução do prazo de carência para 24 horas, nos termos do artigo 12, V, c, da lei 9.656/98. Dado provimento ao apelo, por maioria, vencida a Relatora”. (Apelação Cível nº 70049897598. Quinta Câmara Cível. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Julgado em 25/07/2012. Publicado em 31/07/2012). No mesmo sentido: “APELAÇÃO. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. CONTRATAÇÃO. TRANSFERÊNCIA. COBERTURA DIVERSA. PRAZO DE CARÊNCIA NÃO IMPLEMENTADO. 1. O contrato de seguro ou plano de saúde tem por objeto a cobertura do risco contratado, ou seja, o evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte da seguradora. Outro elemento essencial desta espécie contratual é a boa-fé, na forma do art. 422 do Código Civil, caracterizada pela lealdade e clareza das informações prestadas pelas partes. 2. Há perfeita incidência normativa do Código de Defesa do Consumidor nos contratos atinentes aos planos ou seguros de saúde, como aquele avençado entre as partes, podendo se definir como sendo um serviço a cobertura do seguro médico ofertada pela demandada, consubstanciada no pagamento dos procedimentos clínicos decorrentes de riscos futuros estipulados no contrato aos seus clientes, os quais são destinatários finais deste serviço. 3. No caso em exame a demandante não comprovou os fatos constitutivos do seu direito, ônus que lhe cabia e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. 4. A postulante tinha pleno conhecimento das restrições existentes no que tange ao período de carência relativo à nova cobertura contratada, não tendo decorrido o prazo necessário para utilização desta. 5. Inexistente qualquer irregularidade na fixação de períodos de carência em planos de saúde, exceto em se tratando de casos de urgência, onde o prazo em comento passa a ser de 24 horas, o que não ocorreu no presente feito. 6. Portanto, manter a decisão de primeiro grau é à medida que se impõe, pois a portabilidade de carências só é possível quando nos planos contratados havia concomitância do tipo de serviços prestados e prazos para utilização destes, pois garantias adicionais importam em períodos distintos para utilização destes. Negado provimento ao apelo”. (Apelação Cível nº 70043092725. Quinta Câmara Cível. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Julgado em 31/08/2011. Publicado em 05/09/2011).

3.4.5 Qualidade da rede de prestadores de serviços médicos e o atendimento por profissionais não credenciados

Conforme já demonstrado neste estudo, o contrato de plano de saúde constitui instrumento de proteção e promoção do direito fundamental à saúde, devendo, pois, disponibilizar aos usuários – respeitada a limitação da segmentação de cobertura contratada – todas as ações necessárias à prevenção de doenças e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde. Em vista disso, a qualidade da rede credenciada de médicos, hospitais, clínicas e laboratórios é fator determinante no ato da contratação e na preservação do vínculo contratual, pois é por meio de tal adjetivação que o usuário terá a confiança de que, caso venha a necessitar de atendimento médico-hospitalar, terá acesso aos procedimentos adequados e efetivos para o combate da enfermidade instalada.

Nesse passo, para que se possa analisar, especificamente, a questão acerca da qualidade da rede de prestadores de serviços de saúde, cumpre salientar a existência de três formas possíveis de acesso a atendimento médico pelo usuário, as quais são extraídas do conceito de plano privado de assistência à saúde previsto no art. 1º, I, da Lei nº 9.656/98: a) livre escolha de profissionais ou serviços de saúde, cabendo à operadora apenas reembolsar os usuários pelos valores pagos, respeitados os limites contratuais; b) limitação da escolha de profissionais médicos dentre aqueles contratados ou associados à operadora, bem como de estabelecimento ambulatorial e/ou hospitalar que pertença ou que possua vínculo contratual com a operadora; c) limitação da escolha de profissionais ou serviços de saúde aos que integrem rede credenciada ou referenciada. Nesta terceira hipótese, a “única diferença em relação ao modelo anterior é a ausência de vínculo empregatício ou societário da operadora com a rede”.³³⁵

Assim, verifica-se que, na primeira hipótese de contratação, a operadora de plano de saúde não exerce influência sobre a qualidade dos serviços de assistência à saúde utilizados pelo usuário, na medida em que cabe a este a sua livre escolha, atribuindo-se à operadora apenas a obrigação de pagamento/reembolso pelos serviços prestados. Já nas duas últimas hipóteses, é de essencial relevância a conservação do nível inicial de qualidade dos serviços médico-hospitalares pela operadora, pois a escolha do usuário fica restrita à lista de

³³⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (et al). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 15/70, p. 54.

profissionais e estabelecimentos por esta apresentada, a qual integra, portanto, a legítima expectativa gerada no consumidor, no momento da contratação.³³⁶

Dessa forma, a Lei nº 9.656/98, em seu art. 17, *caput*, consagra a necessidade de manutenção do nível de qualidade dos serviços médicos fornecidos pelas operadoras de plano de saúde, ao dispor, *in verbis*: “A inclusão como contratados, referenciados ou credenciados dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de qualquer entidade hospitalar, implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos”.

Diante do texto legal, verifica-se que a operadora de plano de saúde possui o dever de manutenção da rede de prestadores de serviços a ela vinculados, a qual não deve se limitar apenas aos estabelecimentos hospitalares, compreensão esta que deflui da mera interpretação literal da expressão “entidade hospitalar” transcrita no art. 17, *caput*. Com efeito, tendo em vista a amplitude conceitual de plano de saúde contida no art. 1º, I, da Lei nº 9.656/98, bem como os objetivos dessa relação contratual consagrados no art. 35-F desse mesmo diploma legal, constata-se que as operadoras possuem o compromisso de preservação de toda a rede de prestadores de serviços contratados, referenciados ou credenciados, o que engloba, pois, toda a gama de indivíduos e entidades vocacionadas à assistência à saúde – médicos, hospitais, clínicas, laboratórios etc. – listadas pelas operadoras e informadas aos usuário no momento da contratação e ao longo de sua execução, preservando, assim, a boa-fé objetiva havida entre os contratantes.

³³⁶ Neste ponto, é importante destacar que a operadora de plano de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao usuário em hospitais e por médicos a ela credenciados, aos quais aquele é obrigado a se socorrer sob pena de não fruir da cobertura necessitada. De fato, nesse sentido entende o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL RECONHECIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde, não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, se for o caso. 2. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço. 3. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa. 4. Tendo em vista as peculiaridades do caso, entende-se devida a alteração do montante indenizatório, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios. 5. Recurso especial provido”. (REsp 866371/RS. Rel. Min. Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em 27/03/2012, DJe 20/08/2012).

Destarte, a razão de ser desse dever contratual imposto às operadoras reside na preservação da confiança gerada no usuário³³⁷ – o qual acredita que terá acesso, a todo o momento, aos serviços de saúde com a qualidade exposta quando da adesão ao contrato – e, principalmente, na conservação do equilíbrio contratual – haja vista que as prestações pagas pelo usuário são dimensionadas pelo nível de qualidade e excelência dos profissionais e estabelecimentos médicos postos à sua disposição.

Entrementes, considerando que os contratos de plano de saúde se caracterizam por serem relações de longa duração – vocacionados, inclusive, para perdurarem por toda a vida do usuário –, em que são envolvidos terceiros – prestadores de serviços –, cuja permanência do vínculo com a operadora independe, muitas das vezes, da própria atuação desta – aposentadoria dos profissionais; encerramento das atividades de clínicas, hospitais; variação brusca dos preços etc. –, é praticamente impossível imaginar que não se fará necessária qualquer alteração na rede de serviços contratados, referenciados ou credenciados. Logo, há sim a possibilidade de substituição dos prestadores de serviços médicos, contudo cabe à operadora buscar manter o nível originário de qualidade, sob pena de gerar o desequilíbrio da relação contratual.

Em vista disso, o §1º, do art. 17, da Lei nº 9.656/98, dispõe que é “facultada a substituição de entidade hospitalar, a que se refere o *caput* deste artigo, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores e à ANS com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor”. Contudo, na “hipótese de a substituição do estabelecimento hospitalar a que se refere o § 1º ocorrer por vontade da operadora durante período de internação do consumidor, o estabelecimento obriga-se a manter a internação e a operadora, a pagar as despesas até a alta hospitalar, a critério médico, na forma do contrato” (art. 17, §2º). Mas, se a substituição do estabelecimento hospitalar se der em razão de infração às normas sanitárias em vigor, durante período de internação, caberá à operadora arcar com a responsabilidade pela transferência imediata para outro estabelecimento equivalente, garantindo a continuação da assistência, sem ônus adicional para o consumidor (art. 17, §3º).

³³⁷ Desse modo, disserta Silva, *in verbis*: “Ao contratarem certo plano de saúde, os consumidores o fazem na crença de que os profissionais, estabelecimentos hospitalares e laboratoriais, indicados na relação apresentada, estarão à sua disposição quando necessitarem. O fato de a operadora não zelar pela permanência dos credenciados e/ou referenciados na relação contratual ofende à boa-fé objetiva dos consumidores, que acreditam nos termos do quanto contrataram”. (SILVA, Joseane Suzart Lopes de. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 337).

Ademais, dispõe o §4º, do art. 17, da Lei nº 9.656/98, que, em caso de redimensionamento da rede hospitalar por redução – em face da necessidade de reequilibrar as finanças da operadora, permitindo a sua permanência no mercado de saúde suplementar –, as empresas deverão solicitar à ANS autorização expressa para tanto, informando: I - nome da entidade a ser excluída; II - capacidade operacional a ser reduzida com a exclusão; III - impacto sobre a massa assistida, a partir de parâmetros definidos pela ANS, correlacionando a necessidade de leitos e a capacidade operacional restante; e IV - justificativa para a decisão, observando a obrigatoriedade de manter cobertura com padrões de qualidade equivalente e sem ônus adicional para o consumidor.

Diante da disciplina legal, constata-se ser possível a realização de alterações na composição da rede credenciada ou referenciada pela operadora, o que, contudo, deve observar os requisitos elencados, notadamente, a equivalência entre o prestador de serviço originário e o que irá lhe substituir e a prévia comunicação aos usuários³³⁸, respeitando-se, pois, o direito à informação e as legítimas expectativas dos consumidores.³³⁹ Com efeito, o escopo das exigências arroladas no art. 17, da Lei nº 9.656/98 é “evitar manobra escusa das operadoras, consistente em ostentar determinada rede assistencial durante o tempo necessário para firmar-se no mercado, angariando grande número de consumidores, para, em seguida a essa fase de consolidação, descartar os prestadores de serviços de maior prestígio”.³⁴⁰

Nesse sentido, inclusive, destaca-se que o dever de manutenção da qualidade dos prestadores de serviços médicos vinculados à operadora de plano de saúde existe tanto para os contratos novos quanto para os contratos antigos. De fato, o Código de Defesa do Consumidor, além de consagrar a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual como princípios orientadores das relações consumeristas (art. 4º, III), prevê que toda “informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação

³³⁸ Com relação ao dever de informação sobre a alteração da rede credenciada ou referenciada, cumpre destacar o Enunciado nº 3, aprovado no Seminário/Curso de Saúde Suplementar, realizado no dia 14 de maio de 2012, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “A comunicação aos consumidores com 30 dias de antecedência sobre a substituição de entidade hospitalar deve feita de forma clara e precisa ao contratante, não bastando a disponibilização da informação na página eletrônica”.

³³⁹ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “SEGURO SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Improcedência. Cerceamento de defesa. Inocorrência - Negativa de cobertura de tratamento em decorrência de descredenciamento de clínica - Possibilidade, desde que atendidas as exigências constantes no artigo 17 da Lei n. 9.656/98. Ausência de comprovação de comunicação do descredenciamento da clínica ao consumidor e à ANS com a antecedência mínima de trinta dias exigida em lei - Não demonstração, ademais, de equivalência do centro quimioterápico da ré em relação àquele descredenciado Dever da apelada de custear o tratamento indicado à autora pelo período necessário Sentença reformada Invertida a sucumbência Precedentes - Recurso provido”. (Apelação 0052469-89.2011.8.26.0114. Relator Des. Salles Rossi. 8ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 10/04/2013. Data de publicação: 19/04/2013).

³⁴⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 319.

com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado” (art. 30); que as “declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica” (art. 48); além de reconhecer a nulidade de pleno direito das cláusulas contratuais que “autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração” (art. 51, XIII).³⁴¹

Dessa forma, tem-se ser abusiva a conduta da operadora que, sem fazer qualquer comunicação aos seus usuários, altera a composição da rede de prestadores de serviços médicos credenciados, sendo aqueles surpreendidos com tal situação apenas quando venham a necessitar de atendimento médico-hospitalar, havendo, assim, verdadeira quebra da confiança contratual, que enseja, inclusive, a responsabilização da operadora pelos danos patrimoniais³⁴² e extrapatrimoniais³⁴³ suportados pelos usuários. Outrossim, dependendo da magnitude das alterações promovidas pela operadora, que podem descaracterizar completamente a qualidade dos serviços inicialmente contratados, é possível ao usuário, inclusive, pretender a resolução do contrato, em razão da onerosidade excessiva à que for submetido, com a condenação do

³⁴¹ Nesse sentido, completa Sampaio, *in verbis*: “Reitere-se, entretanto, esta ressalva: quando se diz que o CDC veda a alteração unilateral do contrato de plano de saúde no tocante à rede credenciada, está-se reafirmando a inviabilidade de modificação substancial do contrato no particular, ou seja, decréscimo do nível de excelência dos serviços, do número de prestadores à disposição do consumidor, ou da extensão geográfica da cobertura, e não que seja inviável a substituição de algum prestador de serviço, até porque a duração prolongada no tempo desses contratos inviabilizaria a conclusão”. (SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 320).

³⁴² Reconhecendo a configuração de dano material indenizável, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL - ORDINÁRIA - PLANO DE SAÚDE - DANO MATERIAL - EXCLUSÃO DE ESTABELECIMENTO CREDENCIADO - IRREGULARIDADE - CONVENIÊNCIA DO CONSUMIDOR - COBERTURA DEVIDA - DANO MORAL - AUSÊNCIA. Constatada a exclusão irregular de estabelecimento credenciado pelo plano de saúde, a negativa de realização de cirurgia pela seguradora representa ofensa ao contrato firmado com o consumidor. Sendo conveniente para o consumidor a realização de cirurgia no estabelecimento no qual o médico que o acompanha trabalha, e estando no rol de hospitais conveniados, é devida pelo plano de saúde a restituição dos gastos com o procedimento realizado. O descumprimento contratual só enseja reparação por dano moral se demonstrada a ofensa aos direitos da personalidade, não havendo presunção de sua ocorrência, configurando-se a negativa da seguradora desconforto sem possibilidade de reparação pecuniária com tal rubrica”. (Apelação Cível 1.0024.06.308690-4/002. Relator Des. Marcelo Rodrigues. 11ª Câmara Cível. Julgamento em 21/05/2008, Publicação da súmula em 24/06/2008).

³⁴³ Reconhecendo a configuração de dano extrapatrimonial indenizável, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “PLANO DE SAÚDE. Descredenciamento de hospital da rede credenciada da ré Consumidora que padece de grave moléstia e tem interrompido tratamento de quimioterapia Ausência de prova de que a suspensão foi prévia e regularmente comunicada aos consumidores ou à ANS, nos termos do art. 17 da Lei nº 9.656/98 Direito da autora à cobertura dos custos com o tratamento no hospital anteriormente credenciado, nos limites do contrato. Dano Moral. Ocorrência Indenização não majorada à míngua de recurso da autora - Recurso não provido”. (Apelação 0189934-22.2010.8.26.0100. Relator Des. Francisco Loureiro. 6ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 11/04/2013. Data de publicação: 12/04/2013).

operadora ao pagamento de perdas e danos (art. 478, do Código Civil, e art. 35, III, do Código de Defesa do Consumidor).

Portanto, possui a operadora de plano de saúde o dever de preservar o nível de qualidade da rede de prestadores de serviços de assistência à saúde ao longo de toda a execução do objeto contratual. E, em face desse dever, possui o direito de não ser obrigada ao custeio de serviços médico-hospitalares que extrapolem os limites contratuais fixados de acordo com os valores praticados pela rede credenciada, na hipótese do usuário necessitar ou optar³⁴⁴ pelo atendimento médico prestado por profissionais e estabelecimentos não vinculados à operadora – o que pode ocorrer nos casos de urgência e de emergência³⁴⁵; ou na

³⁴⁴ Assim já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “PLANO DE SAÚDE Tratamento de câncer Correta determinação de compelir a seguradora a reembolsar as despesas médicas e hospitalares Dever da ré custear o medicamento quimioterápico prescrito por médico especialista que assiste a paciente Abusiva glosa da seguradora em custear os medicamentos da autora, sob alegação de se tratar de tratamento domiciliar e não integrante do rol da ANS Paciente que se utilizou de hospital não credenciado Direito apenas ao reembolso das despesas, limitadas, porém, aos critérios previstos de modo objetivo no contrato, mas abarcando as glosas ilícitas da seguradora Ação parcialmente procedente - Recurso da ré parcialmente provido”. (Apelação 0124858-80.2012.8.26.0100. Relator Des. Francisco Loureiro. 6ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 23/05/2013. Data de Publicação: 23/05/2013).

³⁴⁵ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, *in verbis*: “APELAÇÕES PRINCIPAL E ADESIVA - AÇÃO ORDINÁRIA - PLANO DE SAÚDE - CIRURGIA BUCO-MAXILO-FACIAL - PROFISSIONAL NÃO CREDENCIADO - NEGATIVA DE COBERTURA - PRELIMINARES - NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO DA UNIMED - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA SENTENÇA - REJEIÇÃO - NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO DA UNIMED - INOVAÇÃO PROCESSUAL - REJEIÇÃO - ILEGITIMIDADE ATIVA - REJEIÇÃO - MÉRITO DO RECURSO PRINCIPAL - REEMBOLSO - PREVISÃO CONTRATUAL - MOTIVO DE URGÊNCIA/EMERGÊNCIA - FALTA DE PROVA DO FATO IMPEDITIVO ¿EXISTÊNCIA DE SERVIÇO PRÓPRIO¿ - LIMITAÇÃO DO REEMBOLSO - DESPESAS - NOTAS FISCAIS - PROVA - DANOS MORAIS - OCORRÊNCIA - VALOR - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA - RECURSO PROVIDO EM PARTE - MÉRITO DO RECURSO ADESIVO - VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - JUROS DE MORA - RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 3. Para que o usuário do plano de saúde tenha direito ao reembolso das despesas médico-hospitalares que realizou por conta própria, mostra-se necessário conjugar a ocorrência de uma situação de urgência "e" emergência, com a impossibilidade de utilização da rede credenciada da empresa de plano de saúde, em decorrência da necessidade de um atendimento imediato, da indisponibilidade do tratamento ou procedimento nos hospitais credenciados, ou recusa de atendimento na rede. Exegese da Lei Federal nº 9.656/1998, art. 12, VI, e 35-C. 4. Hipótese em que o contrato de plano de saúde prevê a cobertura de cirurgia buxo-maxilo-facial, a guia de solicitação, não impugnada pela cooperativa de saúde, registrou a situação de urgência/emergência, e não foi provado o fato impeditivo alegado pela defesa, qual seja, a existência de cirurgião dentista contratado ou credenciado junto ao seu sistema com qualificação para realizar a cirurgia solicitada. 5. Reveste-se de legalidade a cláusula de limitação do reembolso de despesas médico-hospitalares (cf. Lei Federal nº 9.656/1998, art. 12, VI; e jurisprudência do C. STJ e do E. TJES). 6. As notas fiscais de prestação de serviços médicos e hospitalares, de serviços de cirurgia ortognática, de venda de produtos cirúrgicos e as faturas de consumo do hospital emitidas em nome da autora, bem como as notas fiscais de prestação de serviços médicos e ortognáticos em que consta o respectivo registro de recebimento dos valores nelas consignados, na mesma data em que foram emitidas, embora não façam as vezes de recibos de pagamento ou de quitação, porque não foram impugnadas pela ré, especialmente no que se refere a assertiva de que foi a autora quem arcou com o pagamento dos serviços e produtos nelas consignados, servem como prova desse fato constitutivo do direito ao reembolso dessas despesas. [...]”. (Apelação 19090018060. Relator: Fabio Clem de Oliveira. Órgão julgador: Primeira Câmara Cível. Data de Julgamento: 07/05/2013, Data da Publicação no Diário: 05/06/2013).

escolha do usuário por profissional reconhecido como o melhor especialista no tratamento de determinada doença etc.

De fato, impor à operadora a restituição integral dos valores pagos pelo usuário a profissional e/ou a estabelecimento que não seja conveniado ao plano de saúde por ela administrado ofende o equilíbrio econômico da relação contratual. Isso se deve ao fato de que as quantias pagas pelos beneficiários, a título de mensalidades, são fixadas a partir dos cálculos atuariais realizados pela operadora, os quais consideram os valores previstos nas tabelas de honorários profissionais e de preços dos estabelecimentos por ela credenciados. Logo, não é possível obrigar a operadora a arcar com valores superiores ao limite contratado, sob pena de lhe acarretar empobrecimento injustificado – que pode ocasionar, inclusive, a extinção do plano de saúde – e, por decorrência, enriquecimento sem causa do usuário, pois este não pagou remuneração ao plano de saúde equivalente ao valor dos serviços utilizados.³⁴⁶

Destarte, se a operadora tem a obrigação de arcar com os custos de tratamento médico-hospitalar do seu beneficiário junto à rede credenciada, também deve lhe ser imposto o dever de reembolsar o usuário pelos gastos assumidos em razão de procedimentos realizados por profissionais não credenciados, contudo, dentro dos limites das quantias previstas em sua tabela conveniada.³⁴⁷

³⁴⁶ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “AÇÃO DE COBRANÇA - CLIENTE DE PLANO DE SAÚDE - TRATAMENTO EM HOSPITAL NÃO CREDENCIADO E COM MÉDICO NÃO COOPERADO - REEMBOLSO TOTAL - NÃO CABIMENTO - Quando é caso de reembolso de despesas com tratamento através de médico não cooperado e de hospital não conveniado, tem o cliente de plano de saúde direito a receber os valores que despendeu, limitados à tabela de seu plano”. (Apelação Cível 1.0223.10.008936-4/001. Relator: Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira. 17ª Câmara Cível. Julgamento em 07/03/2013, publicação da súmula em 15/03/2013).

³⁴⁷ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA C/C DANO MORAL. DESPESAS DE TRATAMENTO MÉDICO. PLANO DE SAÚDE. ENTIDADE OPERADORA FECHADA. SUBMISSÃO AO REGIME JURÍDICO DO CODECON. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INEXISTÊNCIA DE HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA. LEI Nº 9.656/1998. INAPLICABILIDADE. ART. 35 DA DO DIPLOMA LEGAL. TRATAMENTO REALIZADO EM HOSPITAIS NÃO CREDENCIADOS. URGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. PRESTADORES DE SERVIÇO CREDENCIADOS DISPONÍVEIS. REEMBOLSO LIMITADO AOS VALORES DA TABELA DO PRÓPRIO PLANO. MEDICAMENTO IMPORTADO UTILIZADO PARA TRATAMENTO DA DOENÇA. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL EXPRESSA DE EXCLUSÃO. [...] Se num dado caso concreto existe cláusula contratual dispondo sobre a possibilidade de reembolso tão-somente nas hipóteses de urgência e de serviços prestados em localidades sem credenciados da operadora de plano de saúde e não restando comprovada a urgência do atendimento e a inexistência de rede conveniada na localidade utilizada para tratamento, a escolha pelo consumidor de nosocômio ou médico não credenciado não pode ser imputada à operadora de plano de saúde. Contudo, tal operadora de plano de saúde deve responder pelo reembolso do montante despendido pelo autor no seu tratamento, até o limite dos valores praticados pela tabela adotada pelo próprio plano contratado, em respeito aos princípios da razoabilidade, da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Não há falar em impossibilidade de ressarcimento relativo a medicamentos importados utilizados, por prescrição médica, num dado tratamento, se no contrato firmado entre as partes inexistente exclusão clara e expressa neste sentido”. (Apelação Cível 1.0701.08.237062-1/001. Relator Des. Irmair Ferreira Campos. 17ª Câmara Cível. Julgamento em 08/10/2009, publicação da súmula em 29/10/2009).

Inclusive, ressalta-se que referido entendimento é expressamente previsto na Lei nº 9.656/98 com relação aos casos de urgências e emergência, conforme se verifica em seu art. 12, VI, *in verbis*:

reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada; [...]

Todavia, cumpre destacar que a limitação da cobertura ao valor contratado somente prevalecerá se houver profissional e estabelecimento médico capaz de fornecer e realizar os procedimentos necessários para o combate da enfermidade de que o usuário é portador.³⁴⁸ Assim, p. ex., se restar constatado que na região de cobertura do plano de saúde não existe médico especialista que possa diagnosticar e tratar da doença instalada, não há que se falar em qualquer limitação de cobertura, cabendo à operadora, pois, o custeio integral dos serviços de assistência à saúde que se fizerem necessários – respeitada, é claro, a segmentação contratada.

3.4.6 Hipóteses de rescisão contratual

Já se consignou, neste estudo, serem os contratos de plano de saúde típicos contratos cativos de longa duração, pois exigem, para o devido alcance do equilíbrio

³⁴⁸ Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “[...] SEGURO SAÚDE - Pretensão da apelante de ser reembolsada pelas despesas decorrentes do tratamento de cateterismo e angioplastia a que fora submetida, bem como indenização por danos morais que teria experimentado diante da negativa de cobertura - Admissibilidade - Situação de risco de morte, fundada na emergência e na urgência da intervenção cirúrgica - Ausente autonomia de vontade da segurada - Recusa em arcar com os custos do tratamento descabida. DANOS MATERIAIS - Despesas médicas e hospitalares demonstradas - Reembolso parcial só admissível quando há livre escolha da segurada por hospital e médico de fora da rede credenciada. [...]”. (Apelação 0213887-78.2011.8.26.0100. Relator Des. Mendes Pereira. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 12/06/2013. Data de publicação: 17/06/2013). Da mesma forma, destaca-se: “Plano de saúde. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c.c. Indenização por danos materiais e morais. Negativa de reembolso das despesas atinentes à cirurgia e internação do autor em razão de acidente. Ação julgada procedente em parte. Alegação da ré de que o nosocômio eleito não é credenciado para realização do procedimento. Descabimento. Autor foi vítima de acidente e sua transferência para hospital com melhores condições era medida que se impunha naquele momento. Inexistência de indicação de outro hospital nas proximidades para atendimento adequado. Reembolso integral das despesas médicas. Obscuridade dos critérios contratuais utilizados para cálculo deste. Ofensa ao CDC (14, 46, 56 e 51, iv). Dever da ré de custear todas as despesas decorrentes da cirurgia, bem como reembolsar os valores decorrentes dos honorários do médico que assistia o autor. Recurso desprovido. (Apelação 9100947-31.2008.8.26.0000. Relator Des. Coelho Mendes. 10ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 09/04/2013. Data de publicação: 10/04/2013).

contratual e para o atendimento dos interesses das partes, a sua duração ao longo de vários anos, em que as prestações das operadoras e dos usuários irão se repetir, sucessivamente, confirmando a permanência do vínculo contratual. Por isso, tem-se ser obrigatória a renovação do pacto, de modo a atender as expectativas das partes, notadamente dos seus beneficiários, pois o plano de saúde constitui a garantia de acesso a serviços médico-hospitalares.

Em vista disso, a Lei nº 9.656/98, no *caput* do seu art. 13, dispõe que os contratos de plano de saúde 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. Quanto ao limite mínimo de prazo de vigência, o parágrafo único desse mesmo dispositivo define como sendo de um ano para os contratos individuais, o que, combinado ao *caput*, significa que, passado um ano do início da vigência da relação contratual, esta será imediatamente renovada por prazo indeterminado, independente da consulta aos contratantes acerca do interesse na manutenção do contrato.

A previsão da renovação automática do plano de saúde tem por escopo proteger a parte vulnerável da relação contratual. De fato, conforme já visto, é legítima a fixação de prazos de carência ou de cobertura parcial temporária – observados os requisitos legais –, as quais incidem no início da vigência do contrato, o que significa, na maioria dos casos, que o usuário irá pagar as mensalidades durante um ano sem usufruir, efetivamente, da cobertura médica-hospitalar contratada. Logo, caso a renovação do contrato fosse condicionada à prévia manifestação do usuário no sentido de sua confirmação, poderia restar possibilitada a atuação das operadoras no sentido de fixar prazos exíguos para tal comunicação, dando causa à rescisão do pacto e, assim, evitando o cumprimento de sua prestação contratual.

Todavia, ao lado da garantia de renovação automática do contrato, existem situações em que é possível a rescisão contratual, aqui compreendida, conceitualmente, como gênero, do qual são espécies a resilição e a resolução: a primeira deriva, unicamente, da manifestação de vontade bilateral ou unilateral no sentido de extinguir o contrato; a segunda possui como causa o inadimplemento contratual por uma das partes.

Em vista disso, cumpre traçar os campos de confronto entre usuários e operadoras relativos às hipóteses de rescisão do contrato de plano de saúde, pois, conforme repetidas vezes já consignado, constituem contratos cativos de longa duração em que a continuidade é da própria essência da relação contratual e, assim, o seu rompimento é medida de exceção, cabível apenas nas hipóteses em que não ofenda a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e, principalmente, o direito fundamental à saúde.

a) Da possibilidade de rescisão unilateral do contrato de plano de saúde

Em primeiro lugar, dúvida não há acerca da possibilidade de rescisão bilateral – ou distrato – do contrato de plano de saúde, na medida em que constitui acordo de vontades que visa extinguir a relação contratual anteriormente firmada.³⁴⁹ A sua realização deve ocorrer pela mesma forma exigida para o contrato (art. 472, do Código Civil), sendo que os seus efeitos são refletidos para o futuro (*ex nunc*), ou seja, sem alterar os efeitos já produzidos pela relação contratual.

Por sua vez, quanto à possibilidade de rescisão unilateral, verifica-se a necessidade de se tecer algumas ponderações.

De fato, teoricamente, não haveria impedimento para a ocorrência de rescisão unilateral do contrato de plano de saúde, na medida em que tal espécie de extinção somente pode ocorrer nas obrigações duradouras, para evitar a sua renovação ou continuação, independentemente da ocorrência de inadimplemento da outra parte, nos casos permitidos pela lei ou pelo contrato.³⁵⁰

Contudo, considerando o caráter existencial do contrato de plano de saúde, bem como a posição de catividade do usuário, o qual, portanto, ocupa posição contratual caracterizada pela vulnerabilidade e dependência, tem-se ser essencialmente necessária a limitação da possibilidade de rescisão unilateral do pacto pela operadora. Com efeito, o recurso à extinção unilateral do contrato pode significar prática abusiva adotada pela operadora para se furtar da obrigação contratual quando os serviços médico-hospitalares se tornarem mais suscetíveis de serem exigidos pelo usuário – o que ocorre, notadamente, em razão do avanço da idade do beneficiário –, ou mesmo para impor, de forma indireta, reajuste excessivo das mensalidades, pela formalização de um novo contrato.

Em vista disso, a Lei nº 9.656/98, em seu art. 13, parágrafo único, II, dispõe que nos planos de saúde contratados individualmente é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivo ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência.

³⁴⁹ Segundo Gonçalves, *in verbis*: “O mecanismo do distrato é o que está presente na celebração do contrato: a mesma vontade humana, que tem o poder de criar, atua na direção oposta, para dissolver o vínculo e devolver a liberdade àqueles que se encontravam compromissados”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais. v. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 204).

³⁵⁰ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais. v. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 205.

Dessa forma, a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde individual pela operadora somente é possível quando restar configurada fraude contratual praticada pelo usuário.³⁵¹ Caso contrário, por inexistir justificativa para tal pretensão, não será válida a extinção unilateral do vínculo, por contrariar, frontalmente, a natureza do contrato – trato sucessivo e de renovação automática –, bem como por ofender a confiança contratual fundante do plano de saúde.

Do mesmo modo, também não é possível a rescisão unilateral imotivada dos planos de saúde coletivos, pois a forma da contratação não desnatura a finalidade contratual – qual seja, proteção e promoção do direito à saúde. De fato, há quem defenda que a ausência de referência expressa sobre os planos coletivos no art. 13, parágrafo único, da Lei nº 9.656/98, significa que esses contratos não se submetem à vedação de suspensão ou rescisão unilateral atribuída aos planos individuais³⁵². Todavia, referida interpretação contraria as diretrizes da Lei nº 9.656/98 (art. 35-F), bem como desconsidera as legítimas expectativas do

³⁵¹ Quanto à fraude contratual, esclarece Silva, *in verbis*: “Qualquer postura fraudulenta do consumidor poderá ensejar a suspensão ou rescisão contratual, como v. g. empréstimo da carteira do plano ou seguro-saúde para terceiro utilizar, conluio com prestador de serviço para a comunicação à operadora de procedimento não-realizado, etc. A rescisão embasada em fraude poderá também se verificar a operadora provar que o consumidor omitiu o conhecimento de doença e lesão preexistente no momento em que firmou o contrato. Havendo suspeita da prática de fraude por parte do consumidor, a operadora não poderá suspender ou cancelar de imediato o plano ou seguro-saúde. Deverá ser realizado o procedimento administrativo necessário, sendo, inclusive, necessário que a empresa comunique à autoridade policial a ocorrência, para que seja apurada. Assim sendo, a simples constatação do cometimento de infração pelo usuário do sistema de saúde não faculta à operadora adotar medidas restritivas imediatas, devendo obedecer os trâmites administrativos previsto pela ANS e encaminhar o problema para os órgãos públicos competentes. A operadora poderá propor até mesmo medidas judiciais contra o consumidor, para assegurar a suspensão ou cancelamento mais ágil do plano ou seguro-saúde”. (SILVA, Joseane Suzart Lopes de. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 219).

³⁵² Nesse sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “RECURSO ESPECIAL - SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DE CONTRATAÇÃO COLETIVA - PACTUAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.656/1998 - APLICAÇÃO, EM PRINCÍPIO, AFASTADA - CLÁUSULA QUE PREVÊ A RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO, COM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO - LEGALIDADE - A VEDAÇÃO CONSTANTE DO ARTIGO 13 DA LEI Nº 9.656/1998 RESTRINGE-SE AOS PLANOS OU SEGUROS DE SAÚDE INDIVIDUAIS OU FAMILIARES - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - VIOLAÇÃO - INOCORRÊNCIA - DIREITO DE DENÚNCIA UNILATERAL CONCEDIDA A AMBAS AS PARTES - RECURSO IMPROVIDO. I - O contrato de assistência médico-hospitalar em tela, com prazo indeterminado, fora celebrado entre as partes em data anterior à entrada em vigor da Lei nº 9.656 de 1998, o que, em princípio, afastaria sua incidência à espécie; II - O pacto sob exame refere-se exclusivamente a plano ou seguro de assistência à saúde de contratação coletiva, enquanto que o artigo 13, parágrafo único, II, “b”, aponta a nulidade da denúncia unilateral nos planos ou seguros individuais ou familiares; III - O Código de Defesa do Consumidor considera abusiva e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula contratual que autoriza o fornecedor a rescindir o contrato unilateralmente, se o mesmo direito não for concedido ao consumidor, o que, na espécie, incontroversamente, não se verificou; IV - Recurso especial não conhecido”. (REsp 889406/RJ. Rel. Ministro Massami Uyeda. Quarta Turma. Julgado em 20/11/2007, DJe 17/03/2008). No mesmo sentido: “SEGURO COLETIVO DE SAÚDE. DENÚNCIA. O art. 13, parágrafo único, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 9.656, de 1958, constitui norma especial que, a *contrario sensu*, autoriza a denúncia unilateral do seguro coletivo de saúde, não podendo sobrepor-se a ela a norma genérica que protege o consumidor contra as cláusulas abusivas. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes”. (EDcl no REsp 602397/RS. Rel. Ministro Ari Pargendler. Terceira Turma. Julgado em 24/04/2007, DJ 18/06/2007, p. 254).

usuário, o qual pode se encontrar desprotegido de assistência à saúde quando mais precisar, sem ter contribuído para referida situação.³⁵³ Assim, nada justifica tratar hipóteses semelhantes de modos distintos³⁵⁴, “pois onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito – *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”.³⁵⁵

b) Dos efeitos do inadimplemento pelos usuários e a possibilidade de resolução contratual

Como regra geral, verifica-se que o inadimplemento contratual por uma das partes confere à outra o direito de resolução do contrato. Entrementes, no âmbito dos contratos de plano de saúde, verifica-se que esta consequência deve ser considerada como sendo a *ultima ratio*, ou seja, deve-se buscar sempre a preservação do vínculo contratual, com o intuito de se alcançar a completa concretização do objetivo da avença.

Deveras, o contrato de plano de saúde se caracteriza como sendo uma relação de consumo em que o usuário se coloca em posição de dependência do vínculo contratual, sendo os serviços de assistência à saúde contratados dotados de essencialidade inquestionável para a obtenção e preservação de condições de vida saudável e digna. Por isso, deve ser observado nessas relações o princípio da conservação do contrato – previsto no art. 6º, V, e no art. 51,

³⁵³ Contudo, a Resolução Normativa nº 195/09, em seu art. 17, parágrafo único, traz disciplina diversa do entendimento aqui defendido, ao dispor, *in verbis*: “Os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial somente poderão ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias”.

³⁵⁴ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. RESCISÃO. ALEGAÇÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA NÃO DEMONSTRADA. ABUSIVIDADE DECLARADA. 1. Os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 35 da Lei 9.656/98, pois envolvem típica relação de consumo. Assim, incide, na espécie, o artigo 47 do CDC, que determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. 2. A pretensão de rescisão imotivada e unilateral do contrato contraria todos os princípios do Direito Brasileiro, uma vez que, nada obstante os contratos não sejam perpétuos, ainda mais quando se trata de contrato de direito privado, devem ser protegidos os direitos básicos do contratante hipossuficiente, parte reconhecidamente vulnerável, relacionados à saúde e à vida, garantindo-se a vida daqueles que dependem do plano de saúde, como forma de fazer valer as disposições do CCB nos artigos 421, 422 e 423 do CCB. RECURSO DESPROVIDO”. (Apelação Cível nº 70053928735. Quinta Câmara Cível. Relator: Isabel Dias Almeida. Julgado em 29/05/2013). Do mesmo modo, já se posicionou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “CONTRATO COLETIVO DE SEGURO SAÚDE. RESCISÃO UNILATERAL. CLÁUSULA ABUSIVA. 1- A cláusula que faculta à operadora de saúde rescindir unilateralmente o contrato, por meio de mera notificação, é abusiva, ainda que igual direito seja conferido ao consumidor, pois importa em afronta à boa-fé objetiva e à equidade e estabelece vantagem excessiva à fornecedora, tendo em vista as peculiaridades do contrato de seguro. 2- O contrato em espécie é firmado com o propósito de perdurar no tempo, indefinidamente, e, após anos de contribuição, o consumidor não detém qualquer interesse em rescindir o ajuste, mas, sim, em vê-lo efetivamente cumprido”. (Apelação Cível 1.0024.07.453318-3/001. Relator Des. Francisco Kupidowski. 13ª Câmara Cível. Julgamento em 23/10/2008, publicação da súmula em 10/11/2008).

³⁵⁵ SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 336.

§2º, ambos do Código de Defesa do Consumidor –, o qual visa “assegurar a manutenção do contrato enquanto houver interesse útil a ser satisfeito mediante sua execução”.³⁵⁶

Nesse passo, quanto ao inadimplemento por parte da operadora – o qual se traduz, em regra, na indevida negativa de cobertura de atendimento médico-hospitalar –, verifica-se que o usuário acaba por não optar pelo exercício do direito de resolução do contrato³⁵⁷, haja vista possuir interesse, apenas, na plena execução das obrigações pactuadas. Com efeito, a extinção do contrato, nessa situação, não traduziria em penalidade somente para a operadora, mas também para o beneficiário do plano de saúde, o qual se veria completamente desprovido do acesso aos serviços de assistência à saúde. Logo, a principal atuação do usuário quando lhe é negada, indevidamente, alguma cobertura, consiste na provocação do Poder Judiciário, pelo ajuizamento de demanda em que seja deduzido pedido de natureza cominatória – em regra, cumulado com pedido de indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais –, com o fim de obter a condenação da operadora ao cumprimento da obrigação contratual inadimplida.

Por sua vez, quanto ao inadimplemento por parte do usuário, verifica-se que diz respeito ao não pagamento das mensalidades, as quais representam a remuneração da relação contratual. Sem a percepção das parcelas mensais, fica a operadora impossibilitada de oferecer/custear os serviços médico-hospitalares a que se obrigou, sendo, assim, justificável a sua pretensão de resolução do contrato.

Todavia, tendo em vista o caráter existencial do contrato de plano de saúde e a incidência do princípio da conservação dos negócios jurídicos, o exercício do direito de resolução contratual pela operadora exige a observância de requisitos e limitações. Com efeito, o mero atraso no pagamento da mensalidade não implica o cancelamento automático do contrato, fazendo-se necessária a constituição em mora do usuário, por meio do endereçamento de interpelação específica³⁵⁸, em que seja informado o débito em aberto, bem

³⁵⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 130.

³⁵⁷ Dispõe o Código de Defesa de Consumidor acerca das possibilidades de atuação do consumidor em face do inadimplemento do fornecedor em seu art. 35, nos seguintes termos: “Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos”.

³⁵⁸ A exigência de prévia notificação do usuário acerca da possibilidade de rescisão do contrato não é substituível pela mera referência, nos boletos de cobrança das mensalidades, da existência de pendências financeiras, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “PLANO DE SAÚDE. Rescisão unilateral do contrato por inadimplemento de uma prestação. Abusividade. Necessidade de prévia notificação, a teor do art. 13, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.656/98 – Inocorrência. A mera menção ao atraso no verso dos boletos posteriores não corresponde à notificação - Apelado, ademais, demonstrou ter quitado as prestações posteriores, que restaram recebidas pela apelante - Interesse na manutenção do plano. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva. A resolução do contrato deve ser resposta apenas a inadimplemento grave, que comprometa de modo substancial a prestação devida. Manutenção do contrato de rigor - Ação procedente.

como concedido prazo para a purgação da mora, sob pena de resolução contratual.³⁵⁹ Assim, caso o beneficiário pague as parcelas em atraso, devidamente acrescidas dos encargos da mora, estará restabelecido o contrato, o qual terá, pois, sua utilidade social e existencial preservada.

Destarte, o exercício do direito de resolução do contrato pela operadora deve ser orientado pelo dever de informação, na medida em que o cancelamento unilateral da avença por inadimplemento exige o recebimento de notificação pelo usuário³⁶⁰, em que conste, expressamente, a comunicação do motivo ensejador da vontade manifestada no documento emitido pela operadora. Vale dizer, a resolução sem qualquer notificação do usuário, descumpre o princípio da boa-fé objetiva, que deve ser observado pelos contraentes não só nas tratativas, como também na execução do contrato, constituindo, pois, prática nula de pleno direito (art. 51, IV e XV, do Código de Defesa do Consumidor).³⁶¹

Manutenção da imposição da pena prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC - Recurso improvido". (Apelação 0009882-34.2010.8.26.0002. Relator Des. Paulo Eduardo Razuk. 1ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 30/04/2013. Data de publicação: 03/05/2013).

³⁵⁹ Nesse sentido é o teor da Súmula nº 94, do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: "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".

³⁶⁰ Insta esclarecer, no que concerne à notificação que deve preceder à resolução do contrato de plano de saúde em caso de inadimplência, que a jurisprudência majoritária tem acatado o entendimento de que é suficiente que a correspondência seja entregue no endereço do devedor, não se exigindo que seja recebida pessoalmente. Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: "CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE - INADIMPLÊNCIA - NOTIFICAÇÃO - RESCISÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS. Não se exige que a prévia constituição em mora do contratante pela operadora de saúde se dê pessoalmente, desde que entregue no seu endereço". (Apelação Cível 1.0701.08.242703-3/001. Rel.(a) Des.(a) Selma Marques. 11ª Câmara Cível. Julgamento em 26/08/2009, publicação da súmula em 15/09/2009). No mesmo sentido, já se pronunciou o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: "Plano de saúde. Resolução unilateral de plano individual. Atraso no pagamento da mensalidade (art. 13, inc. II, Lei nº 9.656/1998). Não uso de direito a resolver o contrato não importa *supressio*. Demora que se repete e que enseja renovação do direito. Notificação pessoal não exige "em mãos do consumidor". Comunicação específica comprovadamente recebida no endereço residencial suficiente. Interpretação consentânea com outros exemplos (art. 238 CPC, 43, § 2º, CDC; 14, Lei nº 9.492/1997). Recurso improvido". (Apelação 0008032-29.2011.8.26.0189. Rel. Des. Luiz Antonio Costa. 7ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 06/03/2013. Data de publicação: 08/03/2013).

³⁶¹ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: "RESCISÃO DE CONTRATO - NULIDADE DA SENTENÇA - CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL - PLANO DE SAÚDE - ATRASO NO PAGAMENTO - EXCLUSÃO DO ASSOCIADO - MORA INFERIOR A 60 DIAS - AUSÊNCIA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO - DANO MORAL. A valoração das provas pelo julgador não enseja violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não são aplicáveis as disposições da Lei n. 9.656/98, se o contrato é anterior à sua vigência. Se o contrato prevê a possibilidade do seu cancelamento em razão de atraso superior a 60 dias, verificando-se inadimplemento por mais de 47 dias, não se aplica a cláusula de rescisão. A exclusão do associado de plano de saúde só é possível após prévia notificação para regularização dos pagamentos, ainda que verificada a inadimplência. Constitui ato ilícito indenizável o cancelamento do plano de saúde sem o prévio aviso do associado, por ocorrer exposição do consumidor a constrangimentos. Preliminar rejeitada. Recurso provido em parte". (Apelação Cível 1.0024.08.039374-7/001. Rel.(a): Des.(a) Evangelina Castilho Duarte. 14ª Câmara Cível. Julgamento em 28/05/2009, publicação da súmula em 30/06/2009).

Outrossim, deve-se destacar como elemento impeditivo da resolução do contrato de plano de saúde, a incidência da teoria do adimplemento substancial. De fato, a aplicação dessa teoria resulta, segundo leciona Miragem³⁶², *in verbis*:

que o credor que tenha sofrido o inadimplemento de uma pequena parcela do valor devido pelo devedor poderá fazer uso dos direitos previstos no contrato e na lei, de natureza indenizatória e pecuniária (cláusula penal e juros, por exemplo). Mas não poderá exercer direito de resolução, ou negar-se a realizar a prestação, uma vez que seus interesses patrimoniais estão quase totalmente satisfeitos, sendo desmesurado e abusivo, porque contrário à boa-fé, o exercício do direito de extinguir o contrato e negar a prestação a que faria jus o devedor.

Assim, pela incidência da teoria do adimplemento substancial, estando o usuário inadimplente por parcela mínima de sua prestação, os efeitos da mora devem ser relativizados em função da proporcionalidade do descumprimento do contrato, sob pena de restar caracterizado abuso de direito. Com efeito, o atraso no pagamento de algumas parcelas em plano de saúde que se encontra em vigor a vários anos não se equivale ao inadimplemento total do usuário e, por isso, não pode autorizar o descumprimento da obrigação da operadora do plano de saúde. Logo, deve ser facultada ao usuário a possibilidade de purgar a sua mora e, por consequência, regularizar a relação contratual, o que lhe deve ser comunicado de forma clara e inequívoca, prestigiando, pois, a legítima expectativa inerente dos pactos.³⁶³

Ademais, o exercício do direito de resolução contratual exige comportamento compatível a tal possibilidade pela operadora. Vale dizer, se a operadora permanece cobrando e recebendo as parcelas posteriores ao inadimplemento do usuário, sem realizar qualquer ressalva, não pode pretender, depois de vários recebimentos, buscar ver resolvido o contrato, pois tal conduta caracteriza violação à doutrina dos atos próprios (*venire contra factum proprium*). Dessa forma, considerando que na ninguém é lícito adotar comportamento contraditório, verifica-se restar inviabilizada a resolução do contrato de plano de saúde, em

³⁶² MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 247/248.

³⁶³ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL- APELAÇÃO- MEDIDA CAUTELAR DE RESTABELECIMENTO DE PLANO DE SAÚDE- CDC- APLICABILIDADE- INADIMPLEMENTO MÍNIMO- BOA-FÉ OBJETIVA- RECEBIMENTO DA PARCELA EM ATRASO- RESOLUÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO- CLÁUSULA DESPROPORCIONAL- APLICAÇÃO NÃO ABSOLUTA- FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO- OBSERVÂNCIA- CAUTELAR DEFERIDA- MANUTENÇÃO DA SENTENÇA- RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. - O contrato de plano de saúde envolve consumidor e fornecedor e é de trato sucessivo e continuado, cujas obrigações são renovadas todo mês a partir do pagamento das mensalidades, aplicando-se as normas do CDC. -Fere a confiança criada e a boa-fé objetiva a atitude da operadora de plano de saúde que resolve unilateralmente contrato em vigor há muitos anos, em razão do inadimplemento mínimo decorrentes de pagamento com atraso de algumas parcelas. -Recurso conhecido e não provido”. (Apelação Cível 1.0145.06.325879-5/002. Rel.(a) Des.(a) Márcia De Paoli Balbino. 17ª Câmara Cível. Julgamento em 08/10/2009, publicação da súmula em 10/12/2009).

razão do inadimplemento do usuário, na hipótese da operadora ter dado continuidade às cobranças das mensalidades ulteriores ao inadimplemento, sem ter adotado qualquer conduta para ver o débito em aberto devidamente pago.³⁶⁴

Portanto, a resolução do contrato de plano de saúde em razão do inadimplemento do usuário somente é aceitável quando este tenha sido informado, de forma inequívoca, sobre referida possibilidade, acompanhada da concessão de prazo razoável para a regularização das mensalidades em aberto, não sendo possível, assim, a resolução automática e imediata à ocorrência de um único atraso no pagamento de determinada parcela. Deve-se primar sempre pela conservação do contrato, pois este exerce função social de relevância essencial para os seus usuários, que se sobrepõe ao mero interesse financeiro presente na relação, qual seja, a proteção e promoção do direito fundamental à saúde.

Em vista disso, cumpre salientar que as ponderações aqui expostas acerca da possibilidade de resolução do contrato são aplicáveis tanto para os planos antigos quanto para os planos novos contratados individual ou coletivamente, por estarem em verdadeira consonância às diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, para os planos novos, a Lei nº 9.656/98 traz disciplina específica sobre a matéria, a qual se encontra em seu art. 13, parágrafo único, II, *in verbis*:

Parágrafo único. Os produtos de que trata o *caput*, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: [...]
II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; [...]

Assim, para a resolução do plano de saúde contratado individualmente após a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, devem ser observados os seguintes requisitos:

³⁶⁴ Assim já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “AÇÃO ORDINÁRIA - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - PLANO DE SAÚDE - PRESTAÇÃO EM ATRASO - PARCELAS ULTERIORES - COBRANÇA E RECEBIMENTO - ATO INCOMPATÍVEL - RESCISÃO DO CONTRATO - NÃO CABIMENTO - MEROS ABORRECIMENTOS - DANOS MORAIS - INEXISTÊNCIA. 1. Não há negativa de prestação jurisdicional quando o juiz sentenciante, em razão de aplicar à parte os efeitos da revelia, deixa de se pronunciar sobre questão articulada em contestação extemporânea, em especial quando se sabe que certas omissões podem ser sanadas em segundo grau de jurisdição. 2. A sentença que julga extinto o processo, sem a resolução de mérito, não faz coisa julgada material. 3. Ainda que verificada a inadimplência do contratante em relação a uma parcela em aberto, se a contratada prosseguiu com a cobrança e recebimento de parcelas ulteriores, veio a incorrer na prática de ato incompatível, que inviabiliza a unilateral rescisão do contrato de prestação de serviços médicos. 4. Inexistindo abalo à honra subjetiva ou dignidade da pessoa natural, mas meros aborrecimentos resultantes de conflito contratual, não há que se falar em danos morais a merecerem reparação pecuniária”. (Apelação Cível 1.0134.08.107141-4/002. Relator Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes. 18ª Câmara Cível. Julgamento em 13/12/2011, publicação da súmula em 16/01/2012).

inadimplência do usuário por prazo superior a sessenta dias, consecutivos ou não; contabilização do prazo no período compreendido entre os últimos doze meses de vigência do contrato; notificação do usuário acerca da possibilidade de resolução contratual até o quinquagésimo dia de inadimplência.

A previsão de tais requisitos legais representa a consagração da necessidade de constituição em mora do usuário – por meio de sua notificação, a qual constitui ônus imputado à operadora³⁶⁵ –, bem como de concessão de prazo para purgação da mora – haja vista que a notificação deve se dar em até o quinquagésimo dia de inadimplência, ou seja, dez dias antes do término do prazo que autoriza a resolução contratual. Outrossim, impede que a operadora adote conduta incompatível com a extinção do contrato, pois delimita um prazo máximo em que deve adotar providência para ver o débito adimplido; ou seja, procedendo a notificação dentro do prazo legal e, mesmo assim, o débito não seja adimplido, pode a operadora resolver o contrato, independente da propositura de ação judicial para a sua declaração³⁶⁶; mas, caso não notifique o usuário até o quinquagésimo dia de inadimplência, torna-se ilegítima a pretensão de resolução do contrato, podendo o usuário purgar a mora e restabelecer o contrato mesmo que o atraso seja superior a sessenta dias.

Por fim, destaca-se que a Lei nº 9.656/98, no art. 13, parágrafo único, II, proíbe a “suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação hospitalar”. Com efeito, é completamente ofensiva à boa-fé objetiva a conduta da operadora que retira o beneficiário de internação hospitalar em razão, p. ex., de atraso no pagamento da mensalidade, pois este é, efetivamente, o momento em que os serviços médico-hospitalares contratados se fazem necessários. Aliás, ressalte-se que o usuário, antes do momento da inadimplência, já havia efetuado o pagamento das mensalidades anteriores, sendo justa e legítima a sua expectativa quanto ao custeio do tratamento de internação hospitalar. E, em vista disso, referida garantia também deve ser assegurada aos dependentes

³⁶⁵ Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. INADIMPLÊNCIA DO SEGURADO. RESCISÃO UNILATERAL NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. NECESSIDADE. SÚMULA STJ/7. 1.- Nos termos do art. 13, parágrafo único, II, da Lei n. 9.656/1998 é obrigatória a notificação prévia ao cancelamento do contrato, por inadimplemento, sendo ônus da seguradora notificar o segurado. 2.- Para infirmar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem acerca da inexistência da notificação prévia do segurado seria necessário reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, soberanamente delineados pelas instâncias ordinárias, o que é defeso nesta fase recursal a teor da Súmula 7 do STJ. 3.- Agravo Regimental improvido”. (AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1256869/PR. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 20/09/2012, DJe 04/10/2012).

³⁶⁶ Nesse sentido, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “PLANO DE SAÚDE. INADIMPLÊNCIA DO SEGURADO SUPERIOR A 60 (SESSENTA) DIAS. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. RESCISÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. 1. A rescisão unilateral do contrato de plano de saúde individual, nos termos do art. 13, parágrafo único, II, da Lei n. 9.656/1998 independe da propositura de ação judicial. 2. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 957900/SP. Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Quarta Turma. Julgado em 17/11/2011, DJe 25/11/2011).

do usuário titular, pois a Lei nº 9.656/98, em nenhum momento, diferencia o tratamento a ser conferido aos usuários e aos dependentes, pois ambos, por serem consumidores na relação de plano de saúde, possuem o direito de ter acesso pleno – dentro da segmentação contratada – às ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde.

3.4.7 Reajuste: valores e hipóteses de incidência

Dentre os princípios orientadores da concepção social dos contratos, encontra-se o princípio do equilíbrio econômico contratual, o qual consagra a relação de paridade nas relações comutativas, constituindo “uma sociedade entre as partes com um objetivo específico e ensejador de vantagens mútuas”³⁶⁷. De fato, referido princípio busca tutelar a proteção do sinalagma contratual, de modo que as obrigações estipuladas em favor de um dos contratantes não leve o outro ao cumprimento de prestação excessivamente onerosa, desproporcional à vantagem por aquele auferida. Assim, o princípio do equilíbrio econômico tem por escopo a composição harmônica do conteúdo econômico do contrato, a qual deve ser construída quando da formação do vínculo negocial e preservada ao longo da execução das prestações pactuadas, possibilitando, pois, o efetivo alcance do objetivo da avença.

Em vista disso, tratando-se, especificamente, de contrato de execução continuada ou diferida – gênero do qual o plano de saúde é espécie –, é previsível a ocorrência de alterações na base originária do pacto, destruindo a relação inicial de equivalência entre as prestações avençadas. Por isso, faz-se necessária a previsão de instrumentos capazes de reequilibrar a relação contratual, visando à conservação da sua existência. Nesse sentido, com relação aos contratos de plano de saúde, tem-se a previsão de cláusula de reajuste, a qual disciplina a forma de majoração periódica dos valores das mensalidades pagas pelo usuário, que irão manter a solvência da operadora e, por consequência, a adequada prestação dos serviços médico-hospitalares contratados.³⁶⁸

Deveras, a necessidade de aumento das quantias pagas pelos usuários ao longo da vigência do contrato é inquestionável, na medida em que os custos dos serviços médico-hospitalares de cobertura obrigatória pela operadora – nos termos da segmentação contratada –, variam de acordo com as alterações do mercado e em razão dos progressos médicos-

³⁶⁷ MARTINS, Fernando. **Princípio da justiça contratual**. (Col. Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 396.

³⁶⁸ De acordo com o §1º, do art. 19, da Resolução Normativa nº 195/09, considera-se reajuste “qualquer variação positiva na contraprestação pecuniária, inclusive aquela decorrente de revisão ou reequilíbrio econômico-atuarial do contrato”.

científicos, responsáveis pela descoberta sucessiva e constante de novos tratamentos para a cura de doenças. Outrossim, o avanço da idade do usuário também é responsável pela majoração da frequência de utilização dos serviços e, por consequência, o aumento dos custos a serem cobertos pelas operadoras, pois, em regra, é com a velhice que a pessoa se torna mais propensa ao desenvolvimento de doenças, necessitando, assim, da assistência à saúde prestada pela operadora do plano de saúde.

Nesse contexto, a incidência de reajuste tem por escopo manter a equação econômico-financeira do contrato equilibrada ao longo de sua vigência, a qual, em regra, perdura por toda a vida do usuário. E, em razão dessa catividade contratual, acrescida do caráter adesionista do pacto, verifica-se que a questão do reajuste se torna alvo de intensas práticas abusivas pelas operadoras que, sob o manto da justificativa de manutenção do equilíbrio econômico do contrato, aumentam de forma exorbitante os valores das mensalidades, tornando, assim, excessivamente onerosa as obrigações dos usuários, as quais conferem às empresas margem de lucro extremamente abusiva, configurando verdadeira hipótese de enriquecimento sem causa.

Dessa forma, percebe-se a necessidade de controle normativo acerca das hipóteses e formas de reajustes das mensalidades dos contratos de plano de saúde, de modo a proteger a parte vulnerável da relação contra a ganância das operadoras, que visam, sempre, ampliar a margem lucrativa obtida por meio da relação contratual. Nesse passo, constata-se que, após a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, foram regulamentadas três hipóteses de reajuste, de incidência cumulativa, quais sejam: atualização decorrente da variação dos custos assistenciais; mudança de faixa etária do usuário; e reavaliação do plano, designada como revisão técnica.³⁶⁹

Todavia, os regramentos existentes acerca das possibilidades de reajuste são, por si só, insuficientes para extirpar as práticas abusivas sobre referida matéria, em razão da adoção, pelas operadoras, de fórmulas e índices imprecisos, que dificultam a compreensão pelo beneficiário, bem como por não serem aplicadas aos contratos firmados anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 9.656/98 – e que não tenham sido adaptados à referida lei. Por isso, faz-se mister a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor, em verdadeiro diálogo de cumulatividade e complementariedade.

³⁶⁹ Cf. SCHMITT, Cristiano Heineck. Reajustes em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde.** (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267/297, p. 269.

Nesse sentido, dispõe o Código de Defesa do Consumidor que o contrato não obriga o consumidor se não lhe for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio do seu conteúdo ou se sua redação dificultar a compreensão de seu sentido e alcance (art. 46). Além disso, declara ser nula de pleno direito as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, bem como que “permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral” (art. 51, IV e X, respectivamente).

Assim, são nulos os reajustes calculados de forma unilateral pela operadora, por meio de dados por ela própria informados, sem a existência de indicação prévia do índice de reajuste³⁷⁰, pois referida situação desequilibra as forças do contrato e viola a paridade de tratamento entre as partes.³⁷¹ Com efeito, o contrato que prevê, p. ex., o reajuste das mensalidades sempre que a elevação dos preços interferir no custo dos serviços cobertos é, à toda evidência, potestativa, haja vista deixar ao arbítrio da operadora a verificação dos fatores que definem o ajuste. Destarte, é necessária a definição, no instrumento contratual, de forma clara e precisa, do índice de reajuste adequado para restabelecer o equilíbrio da relação de plano de saúde³⁷², o qual deve, pois, ser de aplicação específica no mercado de saúde

³⁷⁰ Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DO CDC. POSSIBILIDADE. REAJUSTE ABUSIVO CONFIGURADO. MATÉRIA JÁ PACIFICADA NESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83. I - A variação unilateral de mensalidades, pela transferência dos valores de aumento de custos, enseja o enriquecimento sem causa da empresa prestadora de serviços de saúde, criando uma situação de desequilíbrio na relação contratual, ferindo o princípio da igualdade entre partes. O reajuste da contribuição mensal do plano de saúde em percentual exorbitante e sem respaldo contratual, deixado ao arbítrio exclusivo da parte hipersuficiente, merece ser taxado de abusivo e ilegal. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravo improvido”. (AgRg no Ag 1131324/MG. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 19/05/2009, DJe 03/06/2009).

³⁷¹ Neste ponto, esclarece Marques, *in verbis*: “Destaco aqui a insegurança criada por este grupo de cláusulas de escolha unilateral e variação unilateral do fornecedor sob o contrato de consumo, pois me parece ser a falta de *transparência* dessas relações um dos motivos da decretação de abusividade dessas cláusulas pelo CDC. Assim, também é abusiva a cláusula contratual que prevê a imposição de um aumento das prestações pagas pelo consumidor, dos juros ou de qualquer tipo de remuneração do fornecedor, e não especifica qual será este aumento, ou pelo menos em que bases (percentuais, por exemplo) se dará este aumento ou a passagem para um regime especial. No caso dos seguros-saúde, os contratos geralmente preveem um aumento das contribuições quando a pessoa atinge determinada idade (30, 40, 50 e 60 anos), aderindo o consumidor ao contrato, sem saber ao certo o que este aumento representa, pois o contrato não fixa percentuais ou limites para os aumentos”. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1143).

³⁷² Nesse sentido, cabe transcrever os arts. 3º e 4º da Instrução Normativa nº 49/12, *in verbis*: “Art. 3º. A forma e a periodicidade do reajuste devem ser expressas no instrumento jurídico de modo claro, objetivo e de fácil compreensão. Art. 4º. As partes deverão escolher uma das seguintes formas de reajuste: I - índice vigente e de conhecimento público; II - percentual prefixado; III - variação pecuniária positiva; IV - fórmula de cálculo do reajuste. Parágrafo único. Será admitida a previsão de livre negociação no instrumento jurídico, desde que fique estabelecido que em não havendo acordo até o termo final para a efetivação do reajuste, aplicar-se-á automaticamente uma das formas listadas nos incisos de I a IV deste artigo, que deverá ser expressamente estabelecida no mesmo instrumento”.

suplementar – o que, atualmente, é fixado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em cumprimento ao disposto no art. 4º, XVII, da Lei nº 9.961/00.^{373, 374}

Outrossim, a fim de cumprir o dever contratual de informação, não pode a operadora traduzir o modo de reajuste por meio de fórmula técnica e complexa, que não seja passível de compreensão pelo homem médio e/ou que exija conhecimento específico do ramo matemático-atuarial, sob pena de invalidade da previsão contratual.³⁷⁵ No mesmo sentido, cabe à operadora informar ao usuário o aumento incidente na mensalidade, por meio da inserção dessa informação no boleto de cobrança, em que deverá ser discriminado o percentual e o tipo de aumento aplicado, possibilitando-lhe o controle de legitimidade do reajuste adotado.

Ademais, cumpre destacar que o reajuste motivado pelo crescimento da taxa de sinistralidade é totalmente abusivo. De fato, o contrato de plano de saúde é eminentemente aleatório, pois há a atribuição de riscos para ambas as partes: o usuário assume a obrigação de pagar as mensalidades sob o risco de não necessitar dos serviços contratados; a operadora assume a obrigação de fornecer/custear os serviços contratados sob o risco de não ter captado valor suficiente para a satisfação de tal cobertura. Assim, tem-se ser inadmissível que a

³⁷³ Assim é o disposto no art. 4º, XVII, da Lei nº 9.961/00, *in verbis*: “Art. 4º Compete à ANS: [...] XVII- expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões”.

³⁷⁴ No julgamento do AI 2.0000.00.480321-6/000, o então Des. Elpídio Donizetti, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, se pronunciou no seguinte sentido, *in verbis*: “Em razão das considerações expendidas, para reajustar as mensalidades dos planos de saúde, pouco importa a data da celebração dos contratos, o mais razoável é a utilização do índice específico, calculado pela ANS. A Agência Nacional de Saúde, em razão da incumbência que legalmente lhe foi atribuída e por conhecer as peculiaridades dos serviços de saúde, encontra-se em melhores condições para definir o índice de reajuste das mensalidades dos planos de saúde. A respeitada Fundação Getúlio Vargas, pelo renome e respeito que granjeou nos diversos segmentos empresariais e mercadológicos, destaca-se pelas análises econômico-financeiras e principalmente pela precisão com que calcula o Índice Geral de Preços ao consumidor. No que respeita à saúde, entretanto, o índice específico para reajuste de contratos, calculado e divulgado pela Agência Nacional de Saúde, reflete com mais fidelidade os custos dos serviços, razão pela qual as cláusulas que instituem o IGP são reputadas abusivas, permitindo-se a substituição”. (Agravo de Instrumento 2.0000.00.480321-6/000. Relator Des. Elpídio Donizetti. Julgamento em 19/05/2005, publicação da súmula em 17/06/2005).

³⁷⁵ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL - REVISÃO CONTRATUAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - PLANO DE SAÚDE COLETIVO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - CLÁUSULA DE REAJUSTE TÉCNICA E COMPLEXA - REAJUSTE POR AUMENTO DA SINISTRALIDADE - ABUSIVIDADE - NULIDADE DA CLÁUSULA. [...] É plenamente cabível a revisão de cláusulas contratuais, com pedido de repetição de indébito. É aplicável o Código de Defesa do Consumidor nos contratos coletivos de planos de saúde. É abusiva cláusula que prevê reajuste calculado unilateralmente pela operadora, sem indicação prévia do índice de aumento, impondo ao consumidor clara desvantagem, em detrimento do equilíbrio contratual. A fórmula de reajuste extremamente técnica e complexa, não passível de compreensão pelo homem médio, é inválida, pois viola o disposto no art. 46 do CDC. Descabe reajuste fundado no alto índice de sinistralidade, pois o contrato de prestação de serviços de saúde é aleatório, com riscos para ambas as partes. Preliminares rejeitadas e recurso não provido”. (Apelação Cível 1.0702.08.443940-6/001. Relator Des. Gutemberg da Mota e Silva. 10ª Câmara Cível. Julgamento em 23/03/2010, publicação da súmula em 14/04/2010).

operadora transfira todos os riscos ao usuário, exigindo a majoração da mensalidade em razão da utilização dos serviços contratados, pois tal prática contraria a própria razão de ser do contrato – o qual se aproxima à ideia de seguro, em que o segurador se obriga, mediante o recebimento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado – colocando o consumidor em posição de desvantagem, o que é vedado pelo art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor.

Mediante tais ponderações realizadas à luz dos ditames do Código de Defesa do Consumidor, bem como considerando a obrigatoriedade de previsão de dispositivo contratual que indique com clareza os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias (art. 16, XI, da Lei nº 9.656/98), torna-se possível analisar as hipóteses de reajustes das mensalidades dos contratos de plano de saúde.

a) Reajuste em razão do aumento dos custos operacionais

Ao longo da vigência do contrato de plano de saúde, é logicamente previsível a variação dos custos médico-hospitalares, que exigem, pois, a majoração dos valores das mensalidades, de modo a preservar a paridade entre as prestações das partes. Desse modo, há a previsão de reajustes em razão da variação dos custos operacionais³⁷⁶, cuja incidência é anual – de acordo com o previsto no art. 28, da Lei nº 9.069/98, que instituiu o Plano Real, bem como o art. 19, *caput*, da Resolução Normativa nº 195/09.

Todavia, a mera previsão no contrato de que os valores das mensalidades estão sujeitas a reajuste anual em razão da variação dos custos operacionais, vulnera, sobremaneira, o usuário do plano de saúde, pois este não terá conhecimento prévio sobre a forma de atualização da quantia por ele paga, nem mesmo sobre os critérios e aspectos considerados para a obtenção da taxa de reajuste. Por isso, a Lei nº 9.961/00, responsável pela criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), dispõe que cabe a tal Agência estabelecer normas para registro dos produtos definidos como contratos de assistência privada à saúde

³⁷⁶ Quanto à definição e à abrangência de custos operacionais, disserta Silva, *in verbis*: “Custos operacionais são todas as despesas realizadas pelas operadoras de planos e seguros de saúde para a consecução do quanto previsto em sede contratual, contabilizadas num período, dando origem ao cálculo atuarial que integrará a planilha a ser apresentada perante a Agência Nacional de Saúde Suplementar, conforme preconizado nas resoluções administrativas já mencionadas. A variação dos custos operacionais dependerá da segmentação de assistência (ambulatorial, hospitalar, etc), do tipo de contratação (individual, familiar, etc), do âmbito geográfico de cobertura e alguns de outros dados atuariais, a exemplo do tipo de rede de prestadores de serviços, se própria ou terceirizada. Cada operadora apresenta uma realidade diferenciada e, portanto, os custos ou as despesas relativas às atividades contratadas pelo público irão variar de acordo com a estrutura existente”. (SILVA, Joseane Suzart Lopes de. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 408).

(art. 4º, XVII). Dessa forma, visando regulamentar o exercício dessa competência, a ANS editou a Resolução Normativa nº 171/08, responsável por estabelecer “critérios para aplicação de reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência suplementar à saúde, médico-hospitalares, com ou sem cobertura odontológica, contratados por pessoas físicas ou jurídicas”.³⁷⁷

Nesse passo, dispõe o art. 2º, da Resolução Normativa nº 171/08, que dependerá de prévia autorização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) a aplicação de reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos individuais e familiares³⁷⁸ de assistência suplementar à saúde que tenham sido contratados após 1º de janeiro de 1999 ou adaptados à Lei nº 9.656/98. O índice de reajuste máximo a ser autorizado pela ANS deverá ser aprovado por sua Diretoria Colegiada – órgão este cuja composição deve obedecer ao art. 6º, da Lei nº 9.961/00 –, sendo publicado no Diário Oficial da União e na página da Agência na internet (art. 8º, da Resolução Normativa nº 171/08). E, quando da “aplicação dos reajustes autorizados pela ANS, deverá constar de forma clara e precisa, no boleto de pagamento enviado aos beneficiários, o percentual autorizado, o número do ofício da ANS que autorizou o reajuste aplicado, nome, código e número de registro do plano e o mês previsto para o próximo reajuste” (art. 10, *caput*, da Resolução Normativa nº 171/08).

Por sua vez, quanto aos contratos de plano de saúde antigos – firmados até 1º de janeiro de 1999 e não adaptados à Lei nº 9.656/98 –, prevê o art. 12, §1º, da Resolução Normativa nº 171/08, que, para fins de reajuste das contraprestações pecuniárias, deverá ser aplicado o disposto no contrato, desde que contenha o índice de preços a ser utilizado ou critério claro de apuração e demonstração das variações consideradas no cálculo do reajuste. Caso as cláusulas do contrato não indiquem expressamente o índice de preços a ser utilizado para reajustes das contraprestações pecuniárias e/ou sejam omissas quanto ao critério de apuração e demonstração das variações consideradas no cálculo do reajuste, deverá ser adotado percentual limitado ao reajuste estipulado pela ANS, de acordo com a Resolução Normativa nº 171/08 (art. 12, §2º). Outrossim, quando da aplicação do reajuste, deverá constar de forma clara e precisa junto ao boleto de pagamento enviado aos beneficiários, o

³⁷⁷ O reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos exclusivamente odontológicos é regulamentado pela Resolução Normativa nº 172/08.

³⁷⁸ Conforme publicado em 22/07/2013, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) limitou em 9,04% o índice de reajuste para os planos de saúde médico-hospitalares individuais/familiares contratados a partir de janeiro de 1999 ou adaptados à Lei nº 9.656/98. O percentual, aprovado pelo Ministério da Fazenda, é o teto válido para o período entre maio/2013 e abril/2014 para os contratos de cerca de 8,4 milhões de beneficiários, o que representa 17,6% dos consumidores de planos de assistência médica no Brasil. Ao todo são 47,9 milhões de beneficiários com planos de assistência médica. (Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/2172-reajuste-anual-de-planos-de-saude>>. Acesso em: 22 de julho de 2013).

percentual estabelecido, cópia da cláusula que determina seu critério de apuração, nome e código de identificação do plano no Sistema de Cadastro de Planos Antigos (art. 12, §3º).

Em contrapartida, para os planos coletivos médico-hospitalares, com ou sem cobertura odontológica, independente da data da celebração do contrato, a aplicação de reajuste das contraprestações pecuniárias não é condicionada à prévia autorização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), sendo exigida apenas a prestação de informação à esta Agência sobre os percentuais de reajuste e revisão aplicados, e as alterações de co-participação e franquia (art. 13, da Resolução Normativa nº 171/08). Com relação à informação no boleto de pagamento e na fatura acerca do reajuste aplicado, dispõe o art. 16, *in verbis*:

Art. 16. Os boletos e faturas de cobrança com a primeira parcela reajustada dos planos coletivos, deverão conter as seguintes informações:

I – se o plano é coletivo com ou sem patrocínio, conforme o caso, de acordo com definição prevista no anexo II da Resolução Normativa - RN nº 100, de 3 de junho de 2005;

II – o nome do plano, nº do registro do plano na ANS ou código de identificação no Sistema de Cadastro de Planos Antigos, e número do contrato ou da apólice;

III - data e percentual do reajuste aplicado ao contrato coletivo;

IV – valor cobrado; e

V – que o reajuste será comunicado à ANS em até trinta dias após sua aplicação, por força do disposto nesta Resolução.

§1º Sempre que houver cobrança mensal dos beneficiários, por qualquer meio, como desconto em folha ou débito bancário, ainda que não sejam emitidos pela operadora, esta deverá diligenciar para que os beneficiários recebam, no mês do reajuste, um documento contendo as informações previstas neste artigo.

§2º No documento previsto no parágrafo anterior, a informação tratada no inciso IV deverá especificar o valor ou a parcela para pagamento do beneficiário.

Destarte, quanto à desnecessidade de prévia autorização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para o reajuste das mensalidades dos planos coletivos, tem-se que o seu fundamento reside na presença de um intermediário entre operadora e usuário – denominado de patrocinador³⁷⁹ –, o qual teria, em tese, poderio contratual para impedir a

³⁷⁹ Cumpre destacar que os planos coletivos podem ser firmados com ou sem patrocinador, isto é, a contraprestação pecuniária devida à operadora pode ser suportada, parcial ou totalmente, pelos próprios usuários ou pela pessoa jurídica contratante (o estipulante). Nesse sentido, esclarece Schmitt, *in verbis*: “Os planos coletivos subdividem-se em planos sem patrocinador e planos com patrocinador. Neste sentido, planos sem patrocinador são aqueles contratos em que a integralidade das contraprestações é paga pelos beneficiários diretamente à operadora. A pessoa jurídica, no caso, que agrega os beneficiários do plano não tem a responsabilidade pelo pagamento do plano, que é efetivado pela pessoa física usuária. Por outro lado, planos com patrocinador são aqueles planos coletivos em que as contraprestações pecuniárias são total ou parcialmente pagas à operadora pela pessoa jurídica contratante, que conserva a responsabilidade pelo pagamento à operadora”. (SCHMITT, Cristiano Heineck. Reajustes em contratos de planos e de seguros de

oposição de práticas abusivas pela operadora do plano de saúde. Todavia, a realidade demonstra que tal forma de contratação não impede a ocorrência de excessos na aplicação de reajustes nas mensalidades, o que leva à conclusão acerca da importância da alteração do quadro normativo atual para também submeter os planos coletivos com patrocinador à autorização da ANS. E, nesse sentido, quanto aos planos coletivos sem patrocinador, adaptados à Lei nº 9.656/98, há a necessidade de prévia autorização da ANS para a majoração do valor das contraprestações pecuniárias, pois, nesta hipótese, o financiamento ocorre, exclusivamente, por recursos dos usuários, assemelhando-se aos planos individuais.

b) Reajuste em razão da mudança de faixa etária do usuário

É fato que o aumento da idade do beneficiário do plano de saúde acarreta o agravamento do risco assumido pela operadora, na medida em que há maior probabilidade de utilização dos serviços médico-hospitalares contratados em razão de estar mais propenso a contrair doenças. Por isso, há a previsão do reajuste das contraprestações pecuniárias em razão da mudança de faixa etária do usuário, visando a preservação do equilíbrio das prestações das partes.

A Lei nº 9.656/98 disciplina a hipótese de reajuste em razão da idade e do beneficiário em seu art. 15, nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos.

Outrossim, em seu art. 35-E, inciso I e §§1º e 2º, disciplina referida hipótese de reajuste para os planos de saúde antigos, dispondo, *in verbis*:

Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que:

I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS; [...]

§ 1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições:

I - a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada;

II - para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior;

III - a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação;

IV - a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS;

V - na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo.

§ 2º Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS. [...]

Entrementes, a eficácia do art. 35-E encontra-se suspensa, em razão do deferimento do pedido liminar formulado na ADI 1931, em que ficou consignada a inaplicabilidade da Lei dos Planos de Saúde aos contratos firmados anteriormente à sua entrada em vigor. Em vista disso, a análise da hipótese de reajuste das mensalidades em razão da mudança de faixa etária deve observar três momentos: antes da vigência da Lei nº 9.656/98; após o advento da Lei nº 9.656/98 e antes da entrada em vigor da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso); e após o advento da Lei nº 10.741/03.

Nesse passo, quanto aos contratos de plano de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98 – e que não foram adaptados à referida lei –, verifica-se não existir disciplina normativa específica sobre a matéria, o que contribuiu para a ausência, nos instrumentos contratuais, de previsão detalhada acerca das faixas etárias e dos percentuais de reajuste, tendo se resumido, apenas, a prever, genericamente, a possibilidade de majoração da mensalidade em função da idade do usuário. Assim, para coibir os aumentos abusivos praticados pelas operadoras, cabe aos beneficiários se socorrerem ao Poder Judiciário,

pleiteando a declaração da nulidade do reajuste aplicado, fundamentando o pedido com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, notadamente as contidas no art. 6º, V, art. 46 e art. 51, IV e X.³⁸⁰

Já quanto aos contratos firmados após a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98 – ou adaptados às suas disposições –, deve-se observar o disposto em seu art. 15. Assim, há a exigência de que haja cláusula contratual que disponha acerca das faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), bem como o respeito ao impedimento de reajuste para o usuário com mais de sessenta anos de idade que esteja vinculado ao plano de saúde há mais de dez anos.

Nesse passo, o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) editou a Resolução nº 6/98, a qual dispõe, no *caput* do seu art. 1º, que as variações das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de planos de saúde, discriminando, em seus incisos, sete faixas etárias para a incidência de reajuste – até 17 anos; entre 18 a 29 anos; entre 30 a 39 anos; entre 40 a 49 anos; entre 50 a 59 anos; entre 60 a 69 anos; e de 70 anos ou mais – sendo que a variação de preço, entre a primeira e a última faixa etária, somente pode ser de seis vezes no máximo (art. 2º).

Todavia, a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.471/03), trouxe consequências para a hipótese de reajuste em razão da faixa etária do usuário. De fato, referido estatuto legal, responsável por regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos (art. 1º), determina, no §3º, do seu art. 15, que é “vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Assim, referida disposição legal impede a incidência de reajustes, de forma concentrada e em razão da idade do usuário, que dificulte ou até impeça a permanência do vínculo contratual com a pessoa idosa³⁸¹, prestigiando, pois, toda a relação contratual – e,

³⁸⁰ Destaca-se, outrossim, o que restou consignado no item 11, da Portaria nº 4, editada pela Secretaria de Direito Econômico (SDE): “Divulgar, em aditamento ao elenco do art. 51 da Lei nº 8.078/90, e do art. 22 do Decreto nº 2.181/97, as seguintes cláusulas que, dentre outras, são nulas de pleno direito: [...]11. atribuam ao fornecedor o poder de escolha entre múltiplos índices de reajuste, entre os admitidos legalmente;[...]”

³⁸¹ Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. INCREMENTO DO RISCO SUBJETIVO. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. ABUSO A SER AFERIDO CASO A CASO. CONDIÇÕES QUE DEVEM SER OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE. 1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. 2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade

principalmente, as contraprestações pecuniárias pagas em favor da operadora ao longo da execução do contrato – anterior ao alcance da idade de sessenta anos pelo beneficiário.³⁸²

Aliás, considerando os constantes aumentos abusivos das mensalidades, realizados pelas operadoras de plano de saúde para as faixas etárias mais elevadas, os Tribunais pátrios têm adotado a aplicação imediata do Estatuto do Idoso, aduzindo, para tanto, que referido diploma legal constitui norma de caráter público, dotada de extrema importância para a garantia dos interesses dos usuários idosos.³⁸³ De fato, os beneficiários dos planos de

de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica. 3. Atento a tal circunstância, veio o legislador a editar a Lei Federal nº 9.656/98, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes. 4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade". Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se reputa abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia. 5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado. 6. Sempre que o consumidor segurado perceber abuso no aumento de mensalidade de seu seguro de saúde, em razão de mudança de faixa etária, poderá questionar a validade de tal medida, cabendo ao Judiciário o exame da exorbitância, caso a caso. 7. Recurso especial provido". (REsp 866840/SP. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em 07/06/2011, DJe 17/08/2011).

³⁸² Sobre o disposto no art. 15, §3º, do Estatuto do Idoso, comenta Silva, *in verbis*: "Inadmissível seria que a lei tolerasse que as pessoas idosas efetuassem o pagamento da contraprestação pecuniária referente a certo plano de saúde, durante grande lapso de tempo e, na etapa da vida que mais necessitassem de assistência médica, tivessem que se retirar da relação contratual diante das vultosas majorações impostas". (SILVA, Joseane Suzart Lopes de. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 441).

³⁸³ Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM FUNÇÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. CONTRATO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DO ESTATUTO DO IDOSO. NULIDADE DE CLÁUSULA. 1.- É nula a cláusula de contrato de plano de saúde que prevê reajuste de mensalidade baseado exclusivamente na mudança de faixa etária, ainda que se trate de contrato firmado antes da vigência do Estatuto do Idoso, porquanto, sendo norma de ordem pública, tem ela aplicação imediata, não havendo que se falar em retroatividade da lei para afastar os reajustes ocorridos antes de sua vigência, e sim em vedação à discriminação em razão da idade. 2.- Ademais, o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor permite reconhecer a abusividade da cláusula, por constituir obstáculo à continuidade da contratação pelo beneficiário, devendo a administradora do plano de saúde demonstrar a proporcionalidade entre a nova mensalidade e o potencial aumento de utilização dos serviços, ou seja, provar a ocorrência de desequilíbrio ao contrato de maneira a justificar o reajuste. 3.- Agravo Regimental improvido". (AgRg no REsp 1324344/SP. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma, julgado em 21/03/2013, DJe 01/04/2013). Da mesma forma, já se pronunciou Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: "APELAÇÃO - REAJUSTE DAS MENSALIDADES DOS PLANOS DE SAÚDE EM RAZÃO DA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - PERCENTUAL ABUSIVO - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - ESTATUTO DO IDOSO - ORDEM PÚBLICA - VEDADA A DISCRIMINAÇÃO - REDUÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - SENTENÇA MANTIDA. - É abusiva a cláusula que prevê reajuste do plano de saúde em razão de faixa etária, no patamar de 96,97%, exigindo o pagamento quase em dobro da contraprestação do serviço de saúde, em flagrante vulneração das disposições do código de defesa do consumidor e o estatuto do idoso. Verificado, no caso concreto, a cobrança de índice abusivo de reajuste da mensalidade do plano de saúde, impõe-se a sua redução

saúde que tenham idade igual ou superior a sessenta anos, são duplamente vulneráveis: são consumidores qualificados pela perda de algumas aptidões físicas e intelectuais, responsável por agravar a situação de catividade contratual³⁸⁴. Dessa forma, tanto para os contratos firmados antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso, quanto para aqueles firmados em momento posterior, deve ser observado o impedimento de discriminação do usuário idoso quanto à incidência de reajuste da mensalidade, motivo pelo qual, implementada a idade de sessenta anos, tem-se por vedada qualquer majoração com fulcro na faixa etária.³⁸⁵

Outrossim, cabe destacar que, após a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Resolução Normativa nº 63/03, responsável por definir os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004. Assim, em seu art. 2º, delimitou dez faixas etárias a serem adotadas nos contratos – 0 a 18 anos; 19 a 23 anos; 24 a 28 anos; 29 a 33 anos; 34 a 38 anos; 39 a 43 anos; 44 a 48 anos; 49 a 53 anos; 54 a 58 anos; 59 anos ou mais –, determinando, ainda, que o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária (art. 3º, I), bem como que a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas (art. 3º, II).

em observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. - O artigo 15, §3º, da Lei 10.741, de 2003, tem aplicação imediata, não caracterizando ofensa à regra de irretroatividade das leis e ao ato jurídico perfeito, por se tratar de norma de ordem pública e natureza cogente. - Recurso improvido”. (Apelação Cível 1.0024.10.173352-5/002. Relator Des. Domingos Coelho. 12ª Câmara Cível. Julgamento em 20/03/2013, publicação da súmula em 01/04/2013).

³⁸⁴ Assim dissertam Marques e Miragem, *in verbis*: “A vulnerabilidade do idoso como consumidor, de sua vez, é demonstrada a partir de dois aspectos principais: (a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; (b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores”. (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 146).

³⁸⁵ Dessa forma é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AGRAVO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. NÃO OCORRÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. ESTATUTO DO IDOSO. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDAÇÃO. – [...] - Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; essa vedação não envolve, todavia, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. - Agravo no recurso especial não provido”. (AgRg nos EDcl no REsp 1310015/AP. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012).

c) Reajuste em razão de revisão técnica

Visando a definição de mecanismos para a correção de situações de desequilíbrio das carteiras mantidas pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Resolução Normativa nº 19/02, que dispõe sobre a revisão técnica. Referido instrumento é aplicável aos planos individuais ou familiares e àqueles operados por entidades de autogestão cujo financiamento se dê exclusivamente por recursos de seus beneficiários, desde que tenham sido contratados até 1º/01/1999 (art. 1º).

A definição de revisão técnica é trazida pelo art. 2º, *caput*, da Resolução Normativa nº 19/02, o qual dispõe que consiste na “correção de desequilíbrios constatados nos planos privados de assistência a saúde a que se refere o art. 1º, mediante reposicionamento dos valores das contraprestações pecuniárias, mantidas as condições gerais do contrato”. O parágrafo único desse dispositivo preceitua que o “reposicionamento dos valores das contraprestações pecuniárias deverá considerar os níveis de custo de assistência à saúde observados no contexto nacional, bem como estímulos à eficiência na prestação de serviços”.

Cumprе destacar que, com a revisão técnica, são corrigidos, exclusivamente, os desequilíbrios decorrentes de variação de custos assistenciais ou da frequência de utilização (art. 3º, §1º, da Resolução Normativa nº 19/02). Sendo autorizada a sua realização, a operadora deverá oferecer aos consumidores vinculados aos planos revistos, no mínimo, duas opções de termo aditivo, contendo ajustes compensatórios à recomposição da contraprestação pecuniária (art. 4º, *caput*). Quanto aos termos aditivos, dispõe o §1º, do art. 4º, *in verbis*:

§1º Os Termos Aditivos deverão ser previamente aprovados pela ANS e atender aos seguintes requisitos:

- I - manutenção da abrangência de cobertura assistencial prevista no contrato;
- II - manutenção do valor da contraprestação pecuniária em pelo menos uma das opções; e
- III – explicitação, de maneira clara e precisa, de todas as alterações pretendidas.

Ademais, caso os usuários manifestem sua opção por uma das alternativas de termo aditivo, no prazo de trinta dias a contar de seu oferecimento, não será aplicado o percentual de Revisão Técnica aprovado (art. 4º, §2º, da Resolução Normativa nº 19/02).

Nesse passo, cabe fazer duas observações acerca da possibilidade de revisão técnica. Em primeiro lugar, tem-se que a sua adoção constitui hipótese de alteração unilateral do contrato pelo fornecedor, o que é vedado pelo art. 51, XIII, do Código de Defesa do

Consumidor, além de corresponder à transferência do risco da atividade econômica desenvolvida pela operadora para o usuário, o que também contraria o disposto no art. 6, V, do mesmo diploma legal, que estatui a possibilidade de revisão do contrato em proveito do consumidor.^{386, 387}

Em segundo lugar, a previsão da revisão técnica para corrigir desequilíbrios decorrentes da frequência de utilização, corresponde, na verdade, a reajuste em razão do aumento da sinistralidade do plano de saúde, que se traduz na maior utilização dos serviços médico-hospitalares contratados pelo usuário. Todavia, é inadmissível a incidência de reajuste com base na sinistralidade³⁸⁸, pois tal conduta contraria a própria natureza aleatória do contrato de plano de saúde, que o submete a uma curva de utilidade inversa para os contratantes – a contratação é mais vantajosa para o usuário anos após a adesão, enquanto que para a operadora, apenas no início da relação.

Assim, é totalmente desarrazoado imputar o aumento da mensalidade ao usuário por ter este passado a exigir o cumprimento da obrigação contratual pela operadora, tendo em vista que, em momento anterior, o usuário adimpliu, gratuitamente, suas prestações, sem, contudo, receber qualquer abatimento de seu valor em razão da não utilização dos serviços contratados. Logo, não cabe à operadora transferir os riscos da sua atividade para os usuários, por meio do reajuste com base na sinistralidade, até porque cabe a elas, previamente à

³⁸⁶ Cf. SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 322/323. Referido autor conclui, *in verbis*: “Assim, não resta dúvida de que qualquer das medidas decorrentes da denominada revisão técnica, seja resultando em prejuízo financeiro para o consumidor ou em detrimento do nível dos serviços, contraria o sistema do Código de Defesa do Consumidor, sendo, pois, ilegal, independentemente da sua previsão em norma administrativa da ANS, de hierarquia inferior”. (Ibid, p. 323).

³⁸⁷ A título exemplificativo, destaca-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. Inocorrência. Irregularidade formal que não impossibilitou a defesa da réu nem a prestação jurisdicional. Preliminar afastada. Recurso improvido. CONTRATO. Prestação de serviços. Plano de saúde. Reajuste unilateral do prêmio, em percentual bem superior aos praticados à época ou divulgados pelos órgãos oficiais, fundado em alegado aumento de sinistralidade e que existe cláusula contratual. Abusividade. Majoração que viola o disposto no art. 51, IX e XI, do CDC, aplicável à hipótese. Afastamento da pretensão de ser aplicado o art. 21 do CPC, tendo, a autora, decaído minimamente de seu pedido. Recurso improvido”. (Apelação 0014574-38.2011.8.26.0068. Rel. Des. Alvaro Passos. 2ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 23/04/2013. Data de publicação: 29/04/2013).

³⁸⁸ Nesse sentido, destaca-se o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADE. TAXA DE SINISTRALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL ALEGADO. AUMENTO UNILATERAL ABUSIVO. REAJUSTE AFASTADO. O reajuste com base em percentuais de sinistralidade não demonstrados e com base em suposto desequilíbrio, desprovido de comprovação, é abusivo e deve ser afastado”. (Apelação Cível 1.0145.12.040473-9/001. Relator Des. Pereira da Silva. 10ª Câmara Cível. Julgamento em 11/06/2013, publicação da súmula em 21/06/2013).

formalização do contrato, planejar o seu orçamento de modo a abarcar as variações nas taxas de utilização dos serviços.³⁸⁹

3.4.8 Do cabimento de tutela antecipada nas ações judiciais propostas em desfavor das operadoras de plano de saúde

Traçadas questões pontuais relativas à abrangência do conteúdo dos contratos de plano de saúde e aos limites de atuação das operadoras, resta analisar a forma de concretização do provimento jurisdicional em que seja reconhecido o direito do usuário à cobertura negada, ao restabelecimento do vínculo contratual rescindido unilateralmente, ou à exclusão do reajuste das mensalidades aplicado indevidamente. Logo, cumpre analisar o cabimento de tutela antecipada nas ações judiciais propostas em desfavor das operadoras de plano de saúde.

Com efeito, nas ações judiciais proposta pelos usuários em desfavor das operadoras, em que a pretensão deduzida seja a declaração da nulidade da prática abusiva adotada pelo plano de saúde e, por consequência, a sua condenação ao fornecimento/custeio da cobertura contratual negada, verifica-se que, como regra geral, é formulado pedido de concessão imediata de referida cobertura, tratando-se, pois, de típico pedido de tutela antecipada. Assim, para que se possa analisar o seu cabimento nos litígios entre usuários e operadoras, é necessário, em primeiro lugar, fixar os requisitos legais para o deferimento de antecipação de tutela.

a) Breves considerações acerca do instituto processual da tutela antecipada

O ordenamento processual civil pátrio autoriza o magistrado, quando a parte, expressamente, requerer a apreciação incontinente de parte ou de todo o pedido deduzido na

³⁸⁹ Destacam-se os dizeres de Silva, *in verbis*: “Argumenta-se que o aumento por sinistralidade constitui uma transferência dos riscos da atividade econômica e comercial para os consumidores, uma vez que, no período em que ocorre uma quantidade menor de eventos danosos, a empresa não reduzirá o valor das mensalidades, enriquecendo ilicitamente. Já, nas fases em que aumentam os sinistros, as pessoas jurídicas em tela transferem os ônus para os consumidores. Por intermédio do aumento fundado na sinistralidade, as operadoras de planos de saúde conseguem lançar, para os consumidores, os ônus inerentes aos resultados negativos das atividades desenvolvidas, auferindo lucros desregrados e ofensivos aos direitos dos usuários. Nos períodos em que estas empresas conseguem resultados positivos quanto às operações realizadas, não há qualquer efeito ou consequência positiva para os consumidores, uma vez que os aumentos periódicos continuam, regularmente, incidindo sobre as contraprestações pecuniárias a serem pagas”. (SILVA, Joseane Suzart Lopes de. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 425/426).

demanda, a conceder tutela preventiva satisfativa, desde que, pautado em juízo de probabilidade, entenda que a realização do direito não possa aguardar todo o trâmite processual e consequente prolação da sentença, visando, pois, prestar tutela jurisdicional em tempo e modo adequados à garantia do direito substancial.

Nesse passo, por tutela antecipada entende-se a “forma de tutela sumária, em que o juiz presta uma tutela jurisdicional satisfativa, no bojo do processo de conhecimento, com base em juízo de probabilidade”.³⁹⁰ Consiste, pois, em instituto processual que permite a antecipação total ou parcial do direito material alegado pela parte, do que se extrai sua natureza sumária – concedida com base em juízo de probabilidade, o que a torna provisória, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo – e satisfativa – concede, antecipadamente, o próprio provimento jurisdicional pleiteado na demanda ou apenas seus efeitos.

O Código de Processo Civil disciplina o instituto da tutela antecipada em seu art. 273, o qual traz os requisitos para a sua concessão no *caput* e incisos, *in verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Pelo texto legal, verifica-se que a concessão da tutela antecipada só é possível quando presente pedido expresso do litigante nesse sentido, sendo vedado ao juiz concedê-la de ofício.³⁹¹ É legitimado para requerer a antecipação de tutela o autor da demanda – bem como seu assistente simples ou litisconsorcial – por ser quem deduz pretensão em juízo. Por esse motivo, ao réu é possível formular pedido em sede de tutela antecipada somente quando assumo o papel de demandante, o que ocorre na reconvenção, na ação declaratória incidental ou na contestação de ação dúplice.

Ademais, tem-se que a concessão ou não da tutela antecipada não constitui mero exercício do poder discricionário do magistrado, mas sim direito subjetivo processual da parte, pois lhe cabe exigir do Judiciário a sua concessão, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou, desde que observados os requisitos traçados pela lei.

³⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v.1. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 84/85.

³⁹¹ Cf. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 454.

Isto posto, cabe proceder à análise dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada.

Primeiramente, dois requisitos são de observância obrigatória e cumulativa: prova inequívoca e verossimilhança da alegação. Por prova inequívoca entende-se a prova pré-constituída pelo demandante que leve o magistrado a se convencer da plausibilidade dos argumentos por ele deduzidos. Já por verossimilhança da alegação entende-se a aparência de verdade da alegação formulada pelo litigante, ou seja, o convencimento de que é provável aquilo afirmado na demanda pelo autor. Logo, unindo-se esses dois requisitos obrigatórios, obtém-se um único requisito, exteriorizado pela noção de “probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante”.³⁹²

Aos dois requisitos de observância obrigatória, o Código de Processo Civil acrescenta outros dois, os quais são alternativos, ou seja, basta a presença de um deles para que se torne cabível a concessão da tutela antecipada. São eles: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Quanto ao primeiro requisito alternativo – fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – tem-se que consiste no *periculum in mora*, ou seja, no risco de perecimento do direito substancial pleiteado pelo autor na demanda. Tal urgência não faz com que a tutela antecipada perca sua natureza satisfativa, tornando-se medida cautelar, na medida em que nesta o que corre risco de dano é a efetividade do provimento jurisdicional, enquanto que naquela o alvo de proteção é o direito material do qual o requerente se julga titular.

Já quanto ao segundo requisito alternativo – abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu – verifica-se corresponder a uma sanção face à atuação defensiva meramente protelatória do litigante demandado, o qual, assim, visa apenas retardar o trâmite processual que pode vir, ao seu final, reconhecer o direito pretendido pelo autor da demanda. Logo, em última análise, ao inibir condutas processuais protelatórias, a concessão da tutela antecipada torna efetiva a garantia constitucional de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Ao lado dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada, o Código de Processo Civil preceitua que deve o juiz, na decisão que antecipar a tutela, indicar,

³⁹² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v.1. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 441. Referido autor ainda completa tal afirmação, ao definir o termo probabilidade, nos seguintes termos, *in verbis*: “Esta probabilidade de existência nada mais é, registre-se, do que o *fumus boni iuris*, o qual se afigura como requisito de todas as modalidades de tutela sumária, e não apenas da tutela cautelar. Assim sendo, deve verificar o julgador se é provável a existência do direito afirmado pelo autor, para que se torne possível a antecipação da tutela jurisdicional”. (Idem, p. 441).

de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento (art. 273, §1º), o que, nada mais é do que decorrência obrigatória do princípio da motivação das decisões judiciais, que possui assento no texto constitucional em seu art. 93, inciso IX.

Ademais, tem-se por impossibilitada a concessão da tutela antecipada nos casos em que houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (art. 273, §2º). De fato, o instituto da antecipação de tutela consiste em adiantamento parcial ou total do direito material pleiteado na demanda judicial, motivo pelo qual se tem a necessidade de não poder ser concedido se não for possível a sua reversão no caso de improcedência do pedido.

Ressalte-se, ainda, a possibilidade de revogação ou modificação da tutela antecipada concedida, a qualquer tempo, em decisão fundamentada (art. 273, §4º). Tal possibilidade decorre da natureza sumária da cognição exercida pelo magistrado, o qual pode ter sua convicção alterada em face de novas circunstâncias de fato e/ou de direito suscitadas ao longo do trâmite processual.

Por fim, cabe ser destacado que, independente do deferimento ou não do pedido de tutela antecipada, o processo irá prosseguir até final julgamento (art. 273, §5º). Por consequência, pode-se afirmar que a sua concessão pode ocorrer tanto *in limine litis*, quanto no curso do processo, ou seja, em qualquer tempo em que ainda não se possa executar, definitivamente, o provimento jurisdicional de mérito.

b) Da concessão de tutela antecipada nas ações judiciais propostas pelos usuários em desfavor das operadoras

Fixados os requisitos legais para a concessão de tutela antecipada, torna-se possível a análise quanto ao seu cabimento nos pleitos judiciais propostos pelos beneficiários em face das operadoras de plano de saúde, a fim de se obter a pronta cobertura do fornecimento/custeio de serviços médico-hospitalares, o restabelecimento do vínculo contratual ou a preservação do valor da contraprestação pecuniária.

Nesse passo, antes de se perquirir sobre o preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela antecipada, deve-se levar em conta a natureza do direito a que se busca proteção nessas demandas judiciais. De fato, conforme já explanado, o direito à saúde é reconhecido, na ordem constitucional pátria, como direito fundamental. Por isso, ao se tornar objeto de uma relação contratual, a saúde deve ser reconhecida como um bem cuja defesa não se confunde com a defesa de outros bens de consumo, por estar intimamente vinculada ao direito à vida, à integridade corporal e à psique, possuindo, pois, caráter extrapatrimonial.

Destarte, se ocorre violação ao direito à saúde de determinado usuário, não há como voltar ao *statu quo ante*, o que demonstra sua superioridade a qualquer interesse porventura reclamado pelas operadoras de plano de saúde.

Em vista disso, também cabe destacar a incidência direta e em nítido diálogo de fontes, de duas legislações principais acerca das relações de plano de saúde: a Lei nº 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor. Quanto à primeira, verifica-se que a pretensão do legislador ao editá-la foi a de regular o setor de assistência privada à saúde e, principalmente, de proteger o beneficiário que, antes de sua vigência, ficava à mercê das operadoras e de seus contratos de natureza adesiva e unilateral, constituído com cláusulas abusivas e, portanto, pelo desequilíbrio contratual. Já quanto à segunda, tem-se que a sua finalidade diz respeito à proteção do consumidor, reconhecido como a parte vulnerável no mercado de consumo. Para tanto, elenca princípios a serem observados nas relações consumeristas – dentre os quais se destacam a equidade, o equilíbrio econômico, a boa-fé objetiva e a confiança contratual –, os quais incidem diretamente nos contratos de plano de saúde, por serem estes típicas relações de consumo, porquanto o usuário é o consumidor, a operadora é a fornecedora, e os serviços são o fornecimento/custeio dos tratamentos médicos-hospitalares, tudo de acordo com o art. 2º e art. 3º, *caput* e §2º, do Estatuto Consumerista.

Isto posto, para o deferimento do pedido de tutela antecipada, deve o beneficiário do plano de saúde trazer elementos aos autos que constituam prova inequívoca de sua pretensão, capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações. Ademais, nestes casos, ressalte-se a necessidade de análise quanto à possibilidade de que, em não sendo deferida a antecipação da tutela, advir ao requerente da medida dano irreparável ou de difícil reparação, impossível de ser reconstituído com o provimento final.

Nesse contexto, a probabilidade de existência do direito afirmado pelo requerente/beneficiário é demonstrada, em primeiro lugar, pela existência da relação contratual entre as partes. Em face disso, tratando-se a demanda sobre hipótese de negativa de cobertura – sob qualquer argumento: doença preexistente, tratamento experimental, prazo de carência etc. –, cabe ao usuário comprovar que o plano de saúde contratado está incluso em segmentação que englobe a cobertura do procedimento médico-hospitalar necessário para o tratamento da doença por ele apresentada. Existindo esta cobertura, a requisição do procedimento médico-hospitalar pleiteado na demanda deve ter sido formulada pelo médico responsável pelo tratamento ao qual se submete o requerente. Observados todos esses pontos, em sede de cognição sumária, será possível ao magistrado formar convencimento acerca da

provável existência do direito afirmado pelo usuário, ou seja, estarão presentes os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações.³⁹³

Outrossim, tratando-se a demanda sobre hipótese de rescisão unilateral do contrato pela operadora, cumpre ao requerente/beneficiário trazer elementos que demonstrem a ilegalidade dessa conduta, notadamente por meio da comprovação do adimplemento das contraprestações pecuniárias e pela ausência de notificação sobre a extinção do vínculo contratual.³⁹⁴ Já quando o litígio dizer respeito a abusividade do reajuste aplicado às mensalidades, cabe ao usuário demonstrar que não foi informado sobre a incidência e a forma do reajuste – por meio da apresentação do instrumento contratual e do boleto de pagamento –, bem como expor o valor original pago e o valor reajustado, a fim de exteriorizar o excesso da majoração realizada.³⁹⁵ Em ambas as situações, evidenciados os pontos destacados, será

³⁹³ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *in verbis*: “Agravado de instrumento. Ação de obrigação de fazer, c/c preceito cominatório e pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Plano de saúde. Negativa de cobertura. Liminar concedida no sentido de autorizar a realização de cirurgia intrauterina, destinada ao tratamento de nascituro. Presença dos elementos ensejadores da medida. Contrato que não exclui expressamente o tratamento almejado pela gestante segurada. Aplicabilidade da legislação consumerista e da interpretação contratual mais favorável ao consumidor. Inteligência do art. 47 do CDC. Procedimento, ademais, realizado em hospital filiado à cooperativa demandada. Diagnóstico inicial elaborado por profissional também a ela vinculado. *Fumus boni juris* evidenciado. Situação de emergência amplamente caracterizada. Contexto fático e probatório que autorizava a adoção de medida menos gravosa para as partes, com a sobreposição dos bens jurídicos saúde e vida sobre interesse meramente econômico. Decisão mantida. Recurso conhecido e desprovido”. (Agravado de Instrumento n. 2011.089901-6. Rel. Des. Ronei Danielli. Julgamento em 08/03/2012).

³⁹⁴ Assim já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. RESCISÃO UNILATERAL. ABUSIVIDADE. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANUTENÇÃO DOS PACTOS DA FORMA INICIALMENTE CONTRATADA. 1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. Aliás, sobre o tema em lume o STJ editou a súmula n. 469, dispondo esta que: aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. 2. Em 19 de janeiro de 2010 foram contratados dois planos de assistência à saúde, um ambulatorial e odontológico e outro ambulatorial e hospitalar. Criou-se, na ocasião, um vínculo de trato sucessivo e não temporário, o qual não indicava viesse a ser interrompido, mas renovado automaticamente todos os anos. 3. Em princípio, a rescisão dos ajustes viola o artigo 13 da Lei 9.656/98, o qual, embora destinado aos contratos individuais, pode, em tese, ser estendido aos contratos coletivos, de acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. 4. Além disso, a rescisão unilateral denota, ao menos neste momento processual, infração ao artigo 51, incisos IV, X e XV, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. 5. Há perigo efetivo de dano irreparável aos beneficiários dos referidos planos, bem como em função de haver a verossimilhança do direito alegado. Isso se deve ao fato de que a vida é o bem maior a ser protegido, sendo que a restrição de direito imposta, se não suspensas, poderiam atentar ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual norteia qualquer relação jurídica, deixando ao desamparo os beneficiários do plano de saúde em discussão. Dado provimento ao agravo de instrumento”. (Agravado de Instrumento nº 70052690237. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Quinta Câmara Cível. Julgado em 21/12/2012. Publicado em 21/01/2013).

³⁹⁵ A título exemplificativo, tem-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *in verbis*: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. Em princípio, mostra-se abusivo o reajuste de 84% e apto a causar dano irreparável à saúde da autora, pois pode levá-la à inadimplência e consequente perda da cobertura, circunstâncias que justificam a antecipação da tutela para limitar o reajuste a 42%”. (Acórdão n. 670785, 20120020123228AGI. Relator: Fernando Habibe. 4ª Turma Cível. Data de Julgamento: 17/04/2013, Publicado no DJE: 23/04/2013. Pág.: 151).

possível ao magistrado, em sede de cognição sumária, formar convencimento favorável à presença dos requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações.

Por sua vez, quanto ao requisito de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, tem-se que a negativa de cobertura, a rescisão unilateral do contrato ou a majoração excessiva dos valores das mensalidades, constituem, em princípio, flagrante vulneração do direito à saúde e, por consequência, do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. De fato, verifica-se, nestas demandas, que a tutela pretendida apenas é capaz de alcançar sua máxima efetividade se deferida de imediato³⁹⁶, restando gravemente comprometida caso o usuário do plano de saúde tenha que aguardar pelo julgamento do mérito, pois, quando do seu advento, a doença da qual este é portador pode ter se agravado pela ausência do tratamento adequado, ou mesmo tornar-se irreversível, ou até, em situações extremas, levar o usuário a óbito.

Dessa forma, considerando que o pedido de antecipação de tutela, como a própria denominação indica, é analisado de forma imediata, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, não é possível verificar se, no caso *sub judice*, a prática da operadora do plano de saúde questionada pelo usuário é ou não legítima. Logo, nesta fase de cognição sumária, basta a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação nos moldes destacados, porquanto a decisão a ser proferida deve se pautar, nitidamente, pela máxima preservação do direito à saúde do usuário, em razão da inerência do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação nessas demandas judiciais.³⁹⁷

³⁹⁶ Nesse sentido, cumpre destacar o afirmado pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, quando da realização da CPI dos Planos de Saúde, *in verbis*: “A tutela de urgência visa a um provimento imediato. Com relação aos planos de saúde, em inúmeras ocasiões, seus usuários precisam de uma decisão judicial imediata, e o juiz tem de analisar aquilo que foi contratado e, às vezes — é uma realidade —, superar aquilo que foi contratado, porque está em jogo a vida humana e a saúde, que são bens fundamentais e indisponíveis. Então, evidentemente, e isto é forçoso repetir, nenhum juiz do mundo vai deixar uma vida perecer, nenhum juiz do mundo vai autorizar a desinternação de um paciente. Mas, efetivamente, é preciso encontrar uma regra de equilíbrio”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar denúncias de irregularidades na prestação de serviços por empresas e instituições privadas de planos de saúde**. Brasília, novembro de 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E047685EE684DAE6020C6E40F5505976.node1?codteor=193703&filename=REL+1/2003+CPISAUDE>. Acesso em: 10 de janeiro de 2013, p. 56/57).

³⁹⁷ Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA BARIÁTRICA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E NECESSIDADE DE URGÊNCIA NA CONCESSÃO DO PROVIMENTO. ART. 273 DO CPC. 1. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. Súmula n. 469 do STJ. 2. O objeto do litígio é o reconhecimento da cobertura pretendida, a fim de que a parte postulante possa efetuar o tratamento cirúrgico (cirurgia bariátrica), sendo que a necessidade daquela decorreu de indicação médica, diante das condições físicas da agravante. 3.Procedimento médico cirúrgico necessário para que a recorrente

Ademais, destaca-se que o deferimento do pedido de tutela antecipada não ofende o equilíbrio econômico financeiro do contrato. De fato, a determinação para o fornecimento da cobertura negada extrajudicialmente pela operadora, não significa que esta irá prestar serviços de forma irrestrita, pois apenas irá custear o tratamento adequado e eficaz para o combate da doença prevista na segmentação contratada, cumprindo, assim, a função essencial do contrato. Do mesmo modo, o restabelecimento do vínculo contratual rescindido unilateralmente³⁹⁸ ou a exclusão do reajuste aplicado também não quebram o equilíbrio contratual, na medida em que o usuário permanecerá adimplindo sua obrigação, o que lhe permitirá a utilização dos serviços a serem prestados pela operadora.

Aliás, deve-se ressaltar que, diante do texto constitucional, notadamente de seus arts. 196 e 199, tem-se que o particular que presta serviços relacionados à saúde assume os mesmos deveres do Estado, ou seja, os de prestar assistência médica integral para os seus usuários, não lhe cabendo invocar aspecto de ordem exclusivamente econômica para se eximir do custeio de qualquer tratamento médico.³⁹⁹

tenha qualidade de vida e retome a sua jornada normal, considerando que a doença crônica que a acomete (obesidade mórbida), além de ocasionar complicações graves de saúde, que pode levar a morte e, igualmente, afeta a auto-estima daquela, com repercussão psicológica negativa, fatos estes notórios, o que demonstra a possibilidade de ocorrer lesão de natureza grave. 4.No caso em análise estão presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada postulada, consubstanciado no risco de lesão grave e verossimilhança do direito alegado, não se podendo afastar o direito da parte agravante de discutir acerca da abrangência do seguro contratado, o que atenta ao princípio da função social do contrato. 5. Tutela que visa à proteção da vida, bem jurídico maior a ser garantido, atendimento ao princípio da dignidade humana. 6. É de ser fixada a multa diária no caso em tela, na medida em que a referida penalidade é estipulada com o intuito de instar a parte demandada a cumprir provimento judicial, a fim de coibir o retardo injustificado no atendimento da tutela concedida. 7. Multa cominatória estabelecida no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), cujos critérios para a sua fixação levaram em consideração a natureza da ação e a possibilidade econômica da ré em arcar com aquela. Inteligência dos artigos 287 e 461, § 5º, ambos do CPC, combinados com o art. 84, § 4º, do CDC. Dado provimento, de plano, ao agravo de instrumento”. (Agravo de Instrumento nº 70055190771. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Quinta Câmara Cível. Julgado em 19/06/2013. Publicado em 24/06/2013).

³⁹⁸ A título exemplificativo, destaca-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “Agravo de Instrumento Obrigação de Fazer Tutela antecipada concedida - Requisitos necessários para o deferimento liminar suficientemente atendidos “*Periculum in mora*” representado pela necessidade de continuidade da prestação do serviço contratado “*Fumus boni juris*” consubstanciado por não estar comprovado satisfatoriamente que a falta de pagamento da parcela vencida em janeiro de 2012 seria o real e justo motivo da rescisão unilateral do contrato e negativa do atendimento A análise da validade de cláusula contratual sobre o extemporâneo adimplemento e sobre o cancelamento automático do plano de saúde configuram matérias adstritas ao mérito da causa - Impossibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, em razão da incontroversa satisfação da parcela atrasada e das mensalidades subsequentes Situação que, ao menos neste momento, garante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado e asseguram seu caráter oneroso e sinalagmático - Decisão mantida Recurso improvido”. (Agravo de Instrumento 0111127-26.2012.8.26.0000. Rel. Des. Pedro de Alcântara. 8ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 26/06/2013. Data de publicação: 27/06/2013).

³⁹⁹ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “AÇÃO ORDINÁRIA - COMINATÓRIA - TUTELA ANTECIPADA PARA GARANTIA DE TRATAMENTO MÉDICO - PRESENÇA DOS REQUISITOS - DEFERIMENTO - POSSIBILIDADE. Nos termos da Constituição Federal de 1988, a entidade particular prestadora de serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, consistentes no fornecimento de assistência integral nesse sentido para os consumidores, não lhes sendo lícito deixar de cumprir o contratado, mormente se o pacto celebrado não é definitivo quanto à exclusão alegada

Outrossim, tem-se ser de conhecimento comum a lei de mercado que estabelece que quanto maior o lucro, maior também é o risco, motivo pelo qual, considerando ser o mercado de assistência à saúde ramo em intenso crescimento no país, abarcando importante parcela dos recursos financeiros dos entes sociais, impossível se torna a utilização da justificativa de equilíbrio econômico do contrato para impedir a responsabilidade pelos riscos assumidos pela operadora de plano de saúde.

Por fim, a possível alegação de irreversibilidade da tutela antecipada não impede a sua concessão nas demandas propostas pelos usuários em desfavor das operadoras. Deveras, a natureza da pretensão implica nítido conteúdo econômico, pois a operadora será compelida a arcar com os custos dos serviços médico-hospitalares necessários para o tratamento dos beneficiários do plano de saúde. Logo, em caso de ulterior improcedência dos pedidos autorais, os gastos da operadora poderão ser ressarcidos pela via monetária, resolvendo-se, pois, em perdas e danos, sendo estas exigidas seja por eventual compensação ou por meio de ação de cobrança.⁴⁰⁰

contra a contratante e, ainda, se o tratamento solicitado é indicado por médico especialista responsável pelo acompanhamento da moléstia do requerente. Demonstrada a verossimilhança do direito pleiteado com evidente 'receio de dano irreparável ou de difícil reparação' ou 'o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório', preconizados no artigo 273, I e II, do CPC, deve-se manter o deferimento da tutela antecipada, procedendo o julgador a avaliação, segundo critérios de cautela e prudência, dos interesses em conflito". (Agravado de Instrumento nº 1.0702.10.056357-7/001. Rel. Des. Otávio Portes. 16ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 04/02/2011. Data de Publicação: 18/03/2011).

⁴⁰⁰ Nesse sentido, já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: "PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - REQUISITOS - VERIFICAÇÃO - INTERNAÇÃO - CLÁUSULA LIMITATIVA - ABUSIVIDADE - RISCO DE DANO INVERSO - INEXISTÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO. - Presentes os pressupostos exigidos pelo art. 273 do CPC, quais sejam, aparência do bom direito ou prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser deferida a antecipação dos efeitos da tutela. - A limitação do tempo de internação em contrato de plano de saúde é, a princípio, abusiva. - A antecipação dos efeitos da tutela para compelir o plano de saúde a arcar com atendimento médico de urgência não contém risco de dano inverso à operadora, vez que em caso de eventual improcedência do pedido a questão se resolve em perdas e danos. - Recurso conhecido e não provido". (Agravado de Instrumento Cv 1.0024.11.103538-2/001. Rel.(a) Des.(a) Márcia De Paoli Balbino. 17ª Câmara Cível. Julgamento em 19/08/2011, publicação da súmula em 20/09/2011). Da mesma forma, é o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela antecipada. Obrigação de fazer. Plano de saúde. Cirurgia para descompressão de artrodese na coluna da agravada. Comprovação técnica da necessidade e utilidade do tratamento pretendido. Paciente que sofre de severas dores e está incapacitada para algumas tarefas do dia-a-dia, revelando a urgência da medida. Perigo de irreversibilidade do provimento afastado. Possibilidade de reparação dos prejuízos eventualmente percebidos pela agravante. Direito à saúde, ademais, que deve prevalecer em face do direito à reparação patrimonial. Requisitos para a concessão da medida antecipada presentes. Agravo a que se nega provimento". (Agravado de Instrumento 0077077-37.2013.8.26.0000. Relator: Milton Carvalho. 4ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 06/06/2013. Data de publicação: 17/06/2013). No mesmo sentido: "AGRAVO INTERNO. Plano de saúde Tutela específica - Decisão que determinou fornecimento de medicamento, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00. Receio de ineficácia do provimento final ante a expressa recomendação médica para utilização do medicamento "Brentuximabe" no tratamento de Linfoma de Hodgkin Inviabilidade do cumprimento da obrigação sob a forma de reembolso Desnecessidade de prestação de caução - Medida que, ademais, não é dotada de absoluta irreversibilidade, havendo a possibilidade de ressarcimento de eventuais despesas custeadas indevidamente

3.5 Intervenção judicial nos contratos de assistência privada à saúde: meio legítimo para a efetivação do direito à saúde no mercado de saúde suplementar

O ramo de saúde suplementar é marcado por verdadeiro dilema envolvendo os interesses dos contratantes: de um lado, a operadora, ao administrar o plano de saúde, busca a crescente obtenção de lucro; de outro lado, o usuário, ao aderir a contrato de plano de saúde, espera ter acesso aos serviços médico-hospitalares que, porventura, vier a necessitar. Referida situação assume maior complexidade considerando a natureza existencial do objeto avençado – que se traduz na necessidade de proteção do direito fundamental à saúde –, bem como a posição de submissão contratual ocupada pelo usuário – pois este apenas adere ao contrato previamente elaborado e disponibilizado no mercado pela operadora, acatando, pois, as imposições realizadas por esta ao longo de toda a vigência da relação obrigacional.

Em vista disso, visando compatibilizar o exercício da autonomia privada pelos contratantes, por meio do delineamento de um mínimo contratual de observância obrigatória para a criação e manutenção do equilíbrio prestacional, que permita a concretização dos interesses titularizados por ambas as partes e a superação da posição de vulnerabilidade do usuário, verifica-se a construção de um emaranhado de textos normativos, incidentes nos contratos de plano de saúde, responsáveis pela regulação de todas – ou melhor, quase todas – as questões afetas a tais negócios jurídicos. Assim, a formalização das relações de assistência privada à saúde encontra-se vinculada às previsões normativas – notadamente, Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 9.656/98 e Resoluções Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) –, as quais são orientadas para possibilitar a obtenção do adequado adimplemento do contrato.

Todavia, a existência de textos legais específicos acerca dos contratos de plano de saúde não é capaz de, por si só, impedir o surgimento de conflitos entre usuários e operadoras. De fato, em razão da parcialidade de cada um dos contratantes – que orientam a sua atuação de modo a atender, prioritariamente, seus interesses –, verifica-se a presença de verdadeiro dissenso na interpretação e na aplicação das normas vigentes, o que acaba possibilitando a adoção de práticas abusivas e, portanto, ofensivas ao fim contratual, pela parte detentora da direção do contrato – a operadora de plano de saúde. Assim, torna-se necessária a intervenção

Incidência das Súmulas 95 e 102, da Seção de Direito Privado e Câmara Especial do TJSP - Agravo interno desprovido. (Agravo Regimental 0011136-43.2013.8.26.0000. Relator: Luiz Antonio de Godoy. 1ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 09/04/2013. Data de publicação: 10/04/2013).

de um terceiro, a quem caberá a realização do equacionamento das controvérsias entre usuários e operadoras, por meio da imposição coercitiva das normas jurídicas: tal papel é assumido, regra geral, pelo Poder Judiciário.⁴⁰¹

Deveras, pelo exercício da atividade jurisdicional, o Estado substitui a vontade dos litigantes por sua vontade imparcial, fundamentada, notadamente, na ordem constitucional vigente. Assim, sendo o Estado-juiz provocado a atuar em razão da existência de determinado conflito de interesses, a sua intervenção se dá por meio da aplicação do direito material cabível à espécie⁴⁰², visando à justa composição da situação conflituosa, por meio da ponderação dos interesses e direitos envolvidos. Desse modo, a pacificação social é o escopo magno da tutela jurisdicional, na medida em que visa retirar da sociedade as pretensões insatisfeitas e as controvérsias pendentes de resolução – que constituem fonte de intensa perturbação social –, além de representar, em seu estágio atual, o mais importante instrumento de tutela dos direitos, ou melhor, do bem estar social.

Nesse sentido, emerge a possibilidade de se atribuir ao magistrado a tarefa de intervir na interpretação e na integração dos negócios jurídicos, de modo a permitir o alcance da sua finalidade econômico-social, pela harmonização das pretensões das partes envolvidas somadas à adequada e efetiva aplicação das normas legais incidentes na espécie. Assim, o magistrado transforma-se de mero expectador em agente ativo perante o conteúdo obrigacional, pois deve proporcionar a consecução da operação econômica pela promoção do reequilíbrio das prestações, visando extirpar do texto contratual qualquer abusividade que onere, demasiadamente, a parte hipossuficiente da relação e, por decorrência, ofenda os valores fundamentais da ordem constitucional vigente.

Dessa forma, quanto aos contratos de plano de saúde, em caso de suposta adoção de práticas abusivas por parte das operadoras, cabe ao usuário o recurso ao Poder Judiciário,

⁴⁰¹ Nesse contexto, cabe destacar os dizeres de Burger e Balbinot, *in verbis*: “O Poder Judiciário, embora muitas vezes seja tido pelos próprios consumidores como a única via para a garantia dos seus direitos, é, na verdade, a última instância, já que tais direitos deveriam ser resguardados tanto pelas resoluções das agências reguladoras como pelas instituições públicas cujo objetivo é a proteção e tutela do consumidor, até porque muitas delas são legitimadas para tanto, inclusive com poderes sancionatórios, como, por exemplo, o Procon”. (BURGER, Adriana Fagundes; BALBINOT, Christine. Direito à saúde, ações coletivas e individuais: aspectos processuais. In: MARQUES, Cláudia Lima (*et al.*). **Saúde e Responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 298/322, p. 299).

⁴⁰² Ao abordar as fontes do direito, Siches exalta a importância da atuação do Estado-juiz para a concretização do Direito, *in verbis*: “Es hora de que comprendamos con toda claridad que, en definitiva, la expresión última y máxima de lo jurídico es siempre la sentencia ejecutoria. La voluntad estatal de imposición inexorable se manifiesta siempre en última instancia a través de decisiones concretas. Cuando surge un conflicto jurídico quizá no haya una ley formulada que explícitamente prevea el caso; quizá tampoco haya una clara norma consuetudinaria que sirva de orientación certera; pero – según se verá más adelante – el conflicto debe ser resuelto a todo trance. El juez no pueda negarse a fallar; y, entonces, la voluntad normativa jurídica del Estado se manifiesta a través de la decisión judicial”. (SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al Estudio del Derecho**. 16. ed. México: Porrúa, 2009, p. 172).

atribuindo ao juiz a incumbência de avaliar, objetivamente, se as cláusulas contratuais questionadas estão em desacordo com as normas reguladoras desses pactos e, em caso positivo, alterar os seus conteúdos ou, até mesmo, declará-las nulas, com o fim de se obter a justiça substancial do contrato, bem como a garantia das legítimas expectativas das partes e o devido respeito ao direito à saúde do usuário.

Entrementes, em que pese restar possibilitada a intervenção judicial nos contratos de plano de saúde, verifica-se que a atuação do magistrado não se traduz no exercício de atividade livre e discricionária, pois, se assim fosse, instalar-se-ia situação de verdadeira insegurança contratual, por não terem as partes certeza quanto aos rumos que a contratação pode assumir ao longo de sua vigência. Por isso, a atuação do juiz é balizada por atividade interpretativa vinculada aos princípios e às regras do ordenamento jurídico, somados aos elementos de prova e ao diálogo protagonizado pelos litigantes, pressupostos estes que devem, obrigatoriamente, compor a motivação da decisão a ser proferida.

Deveras, vige, no ordenamento jurídico pátrio, o princípio fundamental da motivação das decisões judiciais⁴⁰³, o qual exige que o provimento jurisdicional origine-se sob as bases dos princípios jurídicos, das leis e das provas constantes na demanda⁴⁰⁴, assegurando, além disso, a participação das partes, uma vez que o paradigma democrático atribui aos destinatários da decisão a co-responsabilidade em construí-la. De fato, para se aferir a correção da motivação das decisões judiciais, deve-se levar em conta, além do critério interno – que considera somente o próprio raciocínio do julgador, que deve ser construído de modo lógico e sem contradições –, o critério externo, isto é, cabe ao juiz analisar, de forma detida, os fundamentos – proposições que podem acarretar a procedência ou improcedência dos pedidos – levantados pelos litigantes durante a realização dos atos processuais.⁴⁰⁵ Assim,

⁴⁰³ Dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁴⁰⁴ Nesse sentido, afirma MacCormick, *in verbis*: “Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não abordam os problemas da decisão e da justificação no vácuo, mas, em vez disso, o fazem no contexto de uma pletora de materiais que servem para guiar e justificar decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos podem ser feitas legitimamente”. (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 31).

⁴⁰⁵ Marinoni e Mitidiero, ao tecerem comentários sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil, fazem as seguintes considerações sobre a motivação das decisões judiciais, *in verbis*: “É de fundamental importância que um Código de Processo Civil *explícite os requisitos que entende devidos para que determinada decisão judicial possa ser considerada motivada*. O Projeto, todavia, não enfrentou esta temática. É de extrema relevância que o Projeto diga que as decisões judiciais só podem ser consideradas motivadas se enfrentarem todos os fundamentos argüidos pelas partes em seus arrazoados. Isto quer dizer que, para além da correção lógica da sentença (critério interno), é preciso que esta apresente também correlação com os fundamentos apresentados pelos litigantes (critério externo), analisando-os séria e detidamente. A fundamentação tem de ser

exige-se motivação que seja capaz de justificar, por meio racional, a decisão proferida⁴⁰⁶, além de ser fruto do efetivo diálogo com as posições jurídicas suscitadas pelas partes.

Destarte, o discurso jurídico construído no provimento jurisdicional caracteriza-se pela existência de condições restritivas – que se resumem, principalmente, na vinculação à lei, ao precedente e à dogmática –, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida. Contudo, essas restrições não conduzem a um único resultado em cada caso concreto, motivo pelo qual, em todos os casos minimamente conflituosos, são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Dessa forma, a racionalidade do discurso depende, notadamente, de se definir se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional.⁴⁰⁷

Nesse sentido, a linguagem tem extrema importância na elaboração da decisão judicial, pois esta, como ato de comunicação, exige a presença de racionalidade, a qual deve não apenas ser demonstrada, mas comprovada mediante discurso bem construído em termos racionais.⁴⁰⁸ Aliás, a argumentação parte da noção de que nem todas as provas podem ser reduzidas à evidência, mas podem ser valoradas, exigindo, destarte, técnicas capazes de provocar ou acrescer adesão, ligando-se ao raciocínio persuasivo.

Assim, as decisões judiciais não redundam em proposições verdadeiras obtidas de um silogismo, mas sim em respostas mais aceitáveis e adaptadas, integradas numa argumentação. Logo, ao decidir, o magistrado deve se pautar, notadamente, pela racionalidade e razoabilidade, permitindo a limitação⁴⁰⁹ de determinado direito, inclusive de caráter

completa. Este dever decorre da *estruturação cooperativa do processo civil no Estado Constitucional*, em que o direito ao contraditório serve como esteio do dever de diálogo do juiz com as partes.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 42) (destaques do autor).

⁴⁰⁶ Nesse sentido, afirma Atienza, *in verbis*: “la idea del Estado de Derecho parece implicar la necesidad de que las decisiones de los órganos públicos estén argumentadas. Esto es así porque en el contexto de un Estado de Derecho la justificación de las decisiones no se hace depender sólo de la autoridad que las haya dictado, sino también del procedimiento seguido y del contenido”. (ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 2001, p. 256).

⁴⁰⁷ Cfr. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 548.

⁴⁰⁸ Perelman, ao afirmar que cabe ao juiz motivar suas decisões, relacionando suas conclusões com textos legais, esclarece que: “Essa motivação não é coerciva, pois não resulta de um raciocínio puramente demonstrativo, mas de uma argumentação. É porque essa argumentação não é mero cálculo, e sim apreciação da força deste ou daquele raciocínio, que a liberdade e a independência do juiz constituem um elemento essencial na administração da justiça”. (PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 472).

⁴⁰⁹ Analisando a possibilidade de censura do exercício desarrazoado de um direito, afirma Perelman, *in verbis*: “Toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado se for exercido de uma forma desarrazoada. Esse uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de formas variadas, como abuso de direito, como excesso ou desvio de poderes, como iniquidade ou má-fé, como aplicação ridícula ou inadequada de disposições legais, como contrário aos princípios gerais do direito comum a todos os povos

fundamental, somente quando for apropriada e necessária para alcançar o objetivo almejado, não existindo outra opção a ser adotada, bem como for proporcional, isto é, os motivos causadores da limitação corresponder aos fins alcançados por esta.⁴¹⁰

Em vista disso, no que se refere ao julgamento dos litígios envolvendo usuários e operadoras de plano de saúde, verifica-se que o posicionamento a ser adotado pelo magistrado deve primar pela adequada realização do objetivo contratual⁴¹¹, visando, pois, disponibilizar ao usuário o acesso às ações necessárias à prevenção de doenças e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observada a legislação vigente e o conteúdo do contrato firmado entre as partes. Vale dizer, o juiz, orientado pelos valores constitucionais – notadamente, o direito fundamental à saúde – e pelo princípio da boa-fé objetiva – que exige a recíproca atitude de lealdade, informação e cooperação entre as partes –, deve interpretar as cláusulas contratuais de forma a verificar a sua concordância ao sistema jurídico, bem como a conveniência econômica do pacto, de modo a lhe permitir ponderar os interesses dos contratantes, respeitado o mínimo de proteção atribuído a cada um deles, responsável por justificar a existência da avença.

Nesse contexto, deve o juiz também proceder à reconstrução do fundamento negocial, que se traduz no equilíbrio prestacional necessário para o alcance do pleno adimplemento das obrigações pactuadas. Com efeito, a preservação da situação de equivalência entre as prestações assumidas pelas partes é imprescindível para a conservação da existência do vínculo negocial, o que exige do magistrado, quando da análise do texto

civilizados. Pouco importam as categorias jurídicas invocadas. O que é essencial é que, num Estado de direito, quando um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoada, portanto inaceitável”. (PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 429).

⁴¹⁰ No que se refere às questões valorativas deixadas em aberto pelo material normativo infraconstitucional, que é o caso dos direitos fundamentais, os quais se encontram, em muitos deles, assegurados somente no texto constitucional, não há se falar em renúncia à racionalidade quando tais direitos forem o fundamento da decisão. Isto porque, em primeiro lugar, “essas questões valorativas são decididas a partir de vinculações que, enquanto tais, e como demonstra o modelo, são racionais; em segundo lugar, porque essas questões valorativas podem ser decididas com base em uma argumentação prática racional, o que confere à decisão um caráter racional mesmo que mais de uma decisão seja possível nos termos das regras da argumentação prática racional.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 551).

⁴¹¹ Afirma Vicenzi, *in verbis*: “Parece seguro que um aprofundamento ulterior da interpretação contratual, sempre segundo fatores técnicos, corresponde à exigência de conservação dos valores do tráfico jurídico. Deve ter-se em conta que as relações contratuais nascem para ser cumpridas, se encadeiam e se desdobram em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses legítimos das partes. Em sede hermenêutica, valoram-se os atos praticados pelos contratantes, os quais, evidentemente, repercutindo no mundo jurídico e nele ingressando, tendem a um fim. Daí a dogmática atual considerar a finalidade, que polariza o vínculo, como a ele inerente”. (VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**: ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 149)

contratual, optar pela interpretação que possibilite a sua produção de efeitos mais próxima à finalidade da negociação e às diretrizes traçadas pela legislação em vigor.

Todavia, deve-se lembrar, quanto à manutenção do equilíbrio econômico do contrato de plano de saúde, que referida espécie de contratação é dotada de natureza existencial, haja vista possuir como fim último, a proteção e a promoção do direito à saúde. Assim, referido direito deve ser considerado como pressuposto de existência e de validade de qualquer relação de plano de saúde e, por isso, deve ser reconhecida a abusividade de cláusula ou prática adotada pela operadora que impeça a cobertura de serviços médico-hospitalares inerentes à segmentação contratada, ou que dificulte ou impossibilite a manutenção do vínculo pelo usuário em razão da oneração excessiva da sua obrigação, pois, em referidas hipóteses, a finalidade patrimonial buscada pelas operadoras se sobrepõe à natureza existencial do pacto, tornando-o ilegítimo para o alcance do seu objetivo fundamental.

Outrossim, decorre de tal constatação a importância de se buscar a adequada e efetiva aplicação da legislação específica incidente nos contratos de plano de saúde, pois essas normas consagram, abstratamente, a limitação do exercício das posições contratuais pelas partes. Dessa forma, ao se adotar determinada segmentação de cobertura em dado instrumento contratual, tanto a operadora quanto o usuário encontram-se vinculados aos requisitos mínimos previstos na lei para a segmentação escolhida, não podendo a operadora impor ao usuário qualquer outra limitação – pois tal atitude configuraria ofensa ao aspecto existencial da relação –, nem mesmo o usuário pleitear a cobertura de tratamento que não a integre e que não tenha sido ressalvado no contrato firmado – pois tal conduta viola o equilíbrio financeiro das prestações. Logo, deve o magistrado se pautar pelas limitações e exigências traçadas pela legislação em vigor, interpretando-as em consonância aos valores da ordem constitucional vigente, de forma a superar os entendimentos equivocados e parciais sustentados pelas partes nas demandas judiciais e, assim, impor o correto e justo cumprimento das obrigações contratuais.

Nesse passo, proposta demanda judicial em que o usuário questione prática adotada pela operadora de plano de saúde, caberá ao juiz avaliar os fundamentos e as razões – de ordem legal e contratual – suscitadas por esta para justificar a sua atuação. Na hipótese da prática questionada não encontrar substrato no texto contratual, constituindo, pois, mera atuação discricionária e abusiva da operadora, deverá ser reconhecida a sua ilegitimidade, acompanhada pela sua cessação imediata, inclusive com o acolhimento de eventual pedido de reparação civil. Todavia, na hipótese da prática questionada estar prevista no contrato, terá o juiz que examinar o mérito da cláusula contratual, à luz do sistema jurídico em vigor; assim,

se for contrária a texto legal, impondo obrigação abusiva ou limitação que ofenda a boa-fé ou a equidade, terá o juiz que reconhecer a nulidade da cláusula contratual, promovendo a integração de seu texto de modo a resguardar a existência do negócio jurídico.

Portanto, o Estado-juiz tem o dever de intervir no contrato de plano de saúde, sempre que provocado, com o fim de buscar a justiça substancial da relação. Cabe ao magistrado, a partir da observância dos deveres contratuais anexos de lealdade, confiança e cooperação, identificar a falta de boa-fé objetiva e, a partir da análise da totalidade do contrato – de modo a verificar o seu ponto de equilíbrio –, e da legislação aplicável à espécie, impor a correção, reformulando a cláusula inquinada de abusividade, ou até mesmo determinar a sua retirada do texto contratual, de forma a possibilitar a obtenção e execução do dever constitucional de promoção, proteção e recuperação da saúde pelos entes privados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo, constatou-se que o contrato de assistência privada à saúde não se resume ao papel de instrumento propulsor de circulação de riquezas, por ser, acima de qualquer outra adjetivação, instrumento vocacionado à promoção de uma vida saudável. Deveras, ao desenvolver atividade econômica concernente à prestação/custeio de serviços médico-hospitalares, as operadoras de plano de saúde assumem, para si, o dever estatal de proteção e efetivação do direito fundamental à saúde, razão pela qual a atividade desenvolvida por essas operadoras não pode ser caracterizada como simples mercadoria ou confundida com as demais atividades econômicas, por ser o direito à saúde decorrência direta e imediata do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, verifica-se que a intervenção do Poder Judiciário nos litígios envolvendo contratos de plano de saúde é dotada de extrema relevância para a ponderação dos conflitos de interesses protagonizados pelos usuários e operadoras. Com efeito, a regulamentação normativa desses contratos não é suficiente para impedir a adoção de práticas ofensivas ao dever de cooperação e ao equilíbrio prestacional necessários para a conservação do negócio jurídico. Assim, incumbe ao magistrado, quando provocado a atuar, promover a integração do texto contratual, alterando ou excluindo cláusula inquinada de abusividade, de forma a adequar a relação jurídica à legislação vigente e, por decorrência, permitir o cumprimento do objetivo contratual, com a devida tutela à saúde do usuário.

Dessa forma, de modo a sintetizar, objetivamente, as análises realizadas em torno dos contratos de assistência privada à saúde, passa-se à listagem das principais conclusões obtidas durante o desenvolvimento deste estudo:

1- Por direitos humanos entendem-se as posições jurídicas reconhecidas ao ser humano como tal, possuindo, assim, origem na própria natureza humana, o que lhes atribui caráter inviolável, intemporal e universal. Não estão vinculados a uma ordem jurídica única – são supra-positivos –, sendo exteriorizados nos documentos de direito internacional, cuja sistemática normativa se concretizou após o advento da Segunda Guerra Mundial. A grande responsável por esse desenvolvimento normativo dos direitos humanos é a Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1945, a qual possui, dentre os seus propósitos centrais, a manutenção da paz e da segurança internacional, o fomento da cooperação internacional nos campos social e econômico e, principalmente, a promoção dos direitos humanos no âmbito universal (art. 1º da Carta das Nações Unidas).

2- A Declaração Universal de Direitos Humanos – aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral ONU –, retoma o processo ético iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão Francesa, sendo responsável por elevar ao grau máximo o reconhecimento da igualdade essencial de toda pessoa em sua dignidade humana, consolidando uma ética universal, ao elencar valores de cunho universal que devem ser observados pelos Estados. Representa, pois, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana, livre e expressamente aceito por parcela considerável dos grupos sociais do Mundo.

3- Os direitos fundamentais são posições jurídicas previstas constitucionalmente e, portanto, encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, responsáveis por atribuir às pessoas conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições indispensáveis para assegurar existência digna, livre e harmônica de todas as pessoas. Possuem origem comum aos direitos humanos, pois constituem o resultado da positivação destes, de acordo com as formalidades legais internas de cada país.

4- A previsão de um rol de direitos fundamentais na Constituição – ou em outra legislação interna – de determinado Estado não exclui o dever de observância aos direitos humanos que nele não estejam contidos, haja vista serem estes caracterizados pela inerência – são inerentes a toda pessoa, pelo simples fato de existir como ser humano –, universalidade – pertencem a todas as pessoas, sem qualquer distinção –, indivisibilidade – todos os direitos humanos devem ser observados para a completa promoção e garantia da dignidade humana – e transnacionalidade – independem da nacionalidade ou cidadania da pessoa, bem como da sua enumeração pelo direito interno de cada Estado.

5- É com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que a ordem constitucional pátria consagra o rol mais extenso de direitos fundamentais. Diferentemente dos anteriores textos constitucionais, a Constituição Cidadã positivou tais direitos no início de suas disposições (Título II), o qual traz capítulo próprio para disciplinar os direitos sociais, além de fazer referência a esses direitos em diversas partes do seu texto. A razão dessa opção feita pelo Constituinte reside nos fundamentos da República Federativa do Brasil, elencados no art. 1º, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana, bem como nos objetivos traçados no art. 3º, evidenciando-se o constante no inciso I, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

6- A origem do conceito de saúde decorre da íntima relação existente entre Filosofia e Medicina na Antiguidade Clássica. Deveras, tanto a Medicina quanto a Filosofia, buscaram encontrar o equilíbrio do corpo e da alma – e, portanto, assegurar a saúde do

indivíduo –, equilíbrio este obtido por meio da adoção de dieta adequada, que engloba todas as questões relativas ao regime da vida, ou seja, alimentação, ações e emoções, relacionamentos sociais e exercício do pensar. Logo, tinham por preocupação não a cura de doenças, mas sim a profilaxia, ou seja, a manutenção da saúde.

7- A concepção de saúde sofre profunda alteração com a Modernidade, pois este momento histórico provoca a separação de corpo e alma, passando cada um a ser tratado como fenômenos isolados, passíveis, inclusive, de subdivisões. Assim, o corpo deixa de ser visto como um todo, sendo estudado, pela Medicina, de modo fragmentado, dissociando as partes do conjunto e das influências exteriores, o que direciona o enfoque das pesquisas para a busca da cura das doenças, e não mais para a preservação da saúde.

8- A mera identificação da saúde à ausência de doença caracteriza-se como extremamente restritiva, haja vista que, além de dizer respeito às questões concernentes à prevenção da ocorrência de enfermidades – as quais englobam, inclusive, aspectos exteriores à pessoa, p. ex., acesso a saneamento básico e a fornecimento de água tratada –, a saúde, para a sua concretização, também exige a promoção e garantia da integridade psíquica, cultural e social do ser humano, não se limitando, pois, somente à plena integridade física. Nesse passo, notadamente após o advento das duas Grandes Guerras Mundiais, o conceito de saúde sofre profunda reformulação, na medida em que a sociedade começa a buscar qualidade de vida e bem-estar, acompanhada de redução das desigualdades sociais.

9- Em 1946, a Organização Mundial da Saúde, no preâmbulo de sua Constituição, conceituou saúde como “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. A partir desta conceituação, verifica-se a introdução das noções de bem-estar e de qualidade de vida como aspectos essenciais para o alcance de condição de vida saudável, correspondendo a saúde, assim, ao direito a uma vida plena, fruto da conjuntura social, econômica, política e cultural em que cada pessoa está inserida.

10- O direito à saúde, por dizer respeito a interesse essencial da pessoa humana, é um direito fundamental, tanto em sua conceituação formal, quanto em sua conceituação material. A sua fundamentalidade formal encontra-se consagrada na Constituição Federal de 1988, em seu Título II, o qual dispõe acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais, especificamente em seu art. 6º, que qualifica a saúde como direito social. Diante disso, no Título VIII, que dispõe sobre a Ordem Social, a Carta Magna dedica, dentro do Capítulo da Seguridade Social, seção exclusiva à saúde (arts. 196 a 200), reconhecendo-a como direito de todos e dever do Estado, além de identificá-la com a necessidade de promoção, prevenção,

proteção e recuperação de doenças. Já quanto à sua fundamentalidade material, verifica-se ser a saúde decorrência direta de dois outros direitos fundamentais, os quais representam a base axiológica de todo o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

11- Os direitos sociais correspondem ao conjunto de prestações de caráter social que o Estado é obrigado a disponibilizar à determinada classe de sujeitos dignos de proteção. Dessa forma, investem seus titulares de prerrogativas que lhes possibilitam exigir do Estado as prestações positivas indispensáveis à garantia do mínimo existencial e, em contrapartida, atribuem ao Estado o dever de delimitar, implementar e executar políticas públicas – por meio da edição de atos normativos ou da criação real de instalações de serviços públicos –, que promovam o acesso e gozo efetivo desses direitos fundamentais. Aliás, ressalta-se que o dever estatal de promoção da efetividade dos direitos fundamentais sociais qualifica-se como verdadeira e expressiva limitação à discricionariedade administrativa, obrigando a prevalência da decisão política fundamental.

12- A saúde constitui espécie de direito prestacional em sentido estrito – ou seja, direito social –, uma vez que, por conter valor basilar para a vida humana, exige a criação de um regime de promoção e proteção explícito e eficaz, de modo a superar as dificuldades enfrentadas por cada pessoa – devido a não disporem de iguais condições sociais, econômicas e psíquicas –, promovendo, pois, a igualdade substancial entre todos os seres sociais. Logo, a saúde consiste em direito fundamental oponível em face do Estado, em razão de que sua concretização, de modo universal, depende de aporte de recursos materiais e humanos a serem implementados por meio de políticas públicas, tendo o Estado, assim, a obrigação de atuar sempre que a saúde – e, portanto, o bem da vida – esteja sob risco concreto de lesão.

13- Sendo a saúde um direito social (art. 6º, da Carta Magna), cabe ao Estado a obrigação de agir e de prestar os serviços necessários para a sua efetivação, em igualdade de condições a todos que dele estejam privados. Por isso, prevê a Carta Magna a imposição da promoção, pelos Poderes Públicos, de políticas socioeconômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196); a remissão da regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde ao legislador ordinário (art. 197); a criação e fixação de diretrizes do Sistema Único de Saúde - SUS (art. 198); e o estabelecimento de atribuições do SUS em caráter exemplificativo (art. 200).

14- A Constituição Federal autoriza, ao lado da medicina pública – assistência à saúde prestada diretamente pelo Estado de modo universal e gratuito, organizada sob a forma de um sistema único – a instituição da medicina privada, a qual engloba todos os prestadores

de serviços privados de assistência à saúde, que possuem por objetivo a obtenção de lucro com o exercício da atividade, mediante o recebimento de contraprestação pelos serviços prestados.

15- Considerando que a saúde é um direito fundamental de natureza social e que a atuação de entes privados no âmbito dos serviços de assistência à saúde é autorizada com o intuito de complementar a atuação do Poder Público, verifica-se que cabe às operadoras de plano de saúde compatibilizar e submeter sua atividade econômica à necessidade de concretização desse direito. Inclusive, destaca-se a existência de dever constitucional de submissão da saúde privada às normas ditadas pelo Poder Público sobre a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde, por serem dotados de relevância pública (art. 197).

16- O ramo da saúde privada no Brasil é, atualmente, regulamentado pela Lei nº 9.656/98, responsável por trazer disciplina específica acerca dos contratos de plano de saúde – dispondo sobre cobertura assistencial, abrangência dos planos, rede credenciada, procedimentos e eventos de cobertura restringível, carências, doenças e lesões preexistentes –, bem como por normatizar o controle de ingresso, permanência e saída das operadoras no mercado e a matéria relativa à sua solvência e liquidez. Em complemento às disposições dessa lei, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), no exercício de sua função de regulamentação do mercado de saúde suplementar, edita Resoluções Normativas, com o intuito de inibir práticas lesivas aos usuários e promover a estabilidade do setor.

17- Ao lado da Lei nº 9.656/98 e das Resoluções Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), também incidem nos contratos de plano de saúde as disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Cabe ao jurista, assim, compatibilizar os regramentos específicos dos planos de saúde com as normas civis gerais e as normas consumeristas, de modo a se alcançar a unidade do sistema jurídico em prol da adequada e efetiva aplicação ao caso concreto e, principalmente, a concretização do direito fundamental à saúde. Tal compatibilização normativa se torna possível pelo desenvolvimento da Teoria do Diálogo das Fontes, a qual é responsável por promover sempre os direitos fundamentais do sujeito mais frágil da relação posta sob análise.

18- O diálogo das fontes constitui um instrumento interpretativo que busca a coordenação das diversas fontes potencialmente em conflito, de forma a restaurar a coerência do sistema, reduzir sua complexidade e promover os valores constitucionais. Para tanto, são três os possíveis diálogos entre leis, quais sejam, diálogo sistemático de coerência, diálogo de complementariedade e subsidiariedade, e diálogo de coordenação e adaptação sistemática.

19- É inadequada a mera incidência subsidiária do Código de Defesa do Consumidor prevista no art. 35-G da Lei nº 9.656/98, na medida em que o Estatuto Consumerista constitui lei geral principiológica concernente a todas as relações de consumo, enquanto que a Lei nº 9.656/98 constitui lei especial relativa a apenas uma modalidade de relação de consumo. Logo, deve haver a aplicação cumulativa e complementar do Código de Defesa do Consumidor à Lei nº 9.656/98, haja vista se extraírem da lei geral os comandos principiológicos aplicáveis à proteção do consumidor, enquanto que incumbe à legislação específica reger, de forma detalhada, os planos de saúde.

20- O entendimento acerca da aplicação complementar do Código de Defesa do Consumidor nas relações de plano de saúde restou consagrado, pelo Superior Tribunal de Justiça, na Súmula nº 469, publicada no DJe em 06/12/2010, com o seguinte texto: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”. Destaca-se, inclusive, que nenhuma ressalva foi feita com relação à época da formação do contrato – se antes ou após o advento da Lei nº 9.656/98 –, o que leva à conclusão de que as normas consumeristas são aplicáveis a todos os contratos de planos de saúde, sejam antigos ou novos.

21- O contrato de assistência privada à saúde consiste em negócio jurídico de prestação de serviços, por prazo indeterminado, de nítida natureza securitária – haja vista que somente são exigidos, pelos beneficiários, caso venham a necessitar de algum exame/tratamento médico, ou seja, dependem de evento aleatório – por meio do qual, em face do pagamento de prestação mensal pelo beneficiário, a operadora se obriga a garantir o tratamento da saúde daquele, sempre que necessário.

22- Quanto ao momento da contratação, afigura-se, no mercado de saúde suplementar, a presença de duas espécies de contratos de planos de saúde: os planos antigos e os planos novos. Os planos antigos não estão submetidos às regras constantes da Lei nº 9.656/98, haja vista terem sido pactuados anteriormente à sua entrada em vigor e, por isso, são regidos pela legislação anterior especial aos seguros em geral (Decreto-Lei nº 73/66) e pelo Código de Defesa do Consumidor. Já os planos novos estão plenamente submetidos às regras constantes da Lei nº 9.656/98, bem como às Resoluções que dela derivam. Além disso, também lhes são aplicáveis as disposições do Estatuto Consumerista, em verdadeiro diálogo de fontes.

23- Quanto ao regime da contratação, os contratos de planos de saúde podem ser de três espécies: a) individual ou familiar; b) coletivo empresarial; ou c) coletivo por adesão (art. 16, VII, da Lei nº 9.656/98). A regulamentação dessas modalidades de contratação é feita, atualmente, pela Resolução Normativa nº 195, de 14/07/2009 (alterada pelas Resoluções

Normativas nº 200 e nº 204, ambas de 2009), editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

24- Quanto ao segmento de cobertura, divide os contratos de plano de saúde em duas espécies: plano de referência e planos segmentados. O plano de referência (art. 10, da Lei nº 9.656/98), consiste em espécie contratual de oferecimento obrigatório por todas as operadoras de plano de saúde – exceto as que se enquadram no §3º, do art. 10 – e corresponde ao principal e mais completo plano de saúde, na medida em que possui 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 Relacionais com a Saúde (CID), da Organização Mundial de Saúde (OMS) (art. 10, *caput*), inclusive cobertura integral nos casos de emergência, urgência e planejamento familiar (art. 35-C). Já os planos segmentados nada mais são do que ramificações do plano de referência, subdividindo-se em: plano ambulatorial, plano hospitalar, plano hospitalar com atendimento obstétrico e plano odontológico.

25- A operadora de plano de saúde é responsável por gerir o fundo comum formado pelos pagamentos das contraprestações periódicas realizadas pelos usuários pagantes, de modo a custear as despesas de assistência médica, hospitalar e odontológica de todos os beneficiários. Em vista disso, considerando a forma de atuação, as operadoras de planos de saúde são classificadas nas seguintes modalidades: administradora de benefícios; cooperativa médica; cooperativa odontológica; autogestão; medicina de grupo; odontologia de grupo; filantropia; e seguradora especializada em saúde.

26- Sendo a saúde o estado de completo bem-estar psicofísico da pessoa, verifica-se ser de suma importância o conteúdo dos contratos de plano de saúde para os seus usuários, haja vista ser seu objeto bem de natureza essencial para a manutenção da vida e para o alcance da dignidade humana. Logo, tais relações contratuais, por serem imprescindíveis ao atendimento da subsistência humana, enquadram-se na definição de contratos existenciais.

27- Diante da natureza essencial da saúde para o desenvolvimento da personalidade humana, deve-se ter a sua elevação à posição de pré-requisito para o válido e legítimo exercício da autonomia privada pelos contratantes, o que faz com que a operadora possa amoldar a proteção desse direito fundamental de acordo com a cobertura contratada, sem, contudo, esvaziar seu conteúdo. Todavia, a obtenção desse equilíbrio contratual é dificultada pela forma de elaboração do texto contratual – adesionismo – e pelo modo de vinculação dos usuários a esses pactos – catividade. Ou seja, os contratos de plano de saúde,

além de possuírem natureza existencial, se enquadram, quanto ao método de contratação, dentre os contratos de adesão; e, quanto à sua função na sociedade, constituem espécie de contrato cativo de longa duração.

28- Nos contratos de plano de saúde é verificada a adoção de modelo de contratação por adesão regulado pela lei, em que aspectos essenciais para a obtenção da finalidade negocial – qual seja, fornecimento adequado de serviços de assistência à saúde – devem, obrigatoriamente, estar presentes no conteúdo contratual, independentemente da cobertura escolhida pelo aderente/consumidor – sendo, inclusive, as espécies de cobertura também reguladas por legislação específica. Logo, o regramento do conteúdo contratual pela ordem jurídica é responsável por realizar as necessárias compensações em prol dos usuários dos planos de saúde, impondo o (r)estabelecimento do equilíbrio contratual desejável e garantindo o respeito ao direito fundamental à saúde, sem, contudo, inviabilizar a atividade financeira desenvolvida pela operadora.

29- Considerando a necessidade de regulamentação do conteúdo mínimo dos contratos de plano de saúde, de forma a possibilitar o alcance do adequado equilíbrio entre os serviços de assistência à saúde disponibilizados ao usuário e o valor da contraprestação pecuniária a ser paga à operadora, a Lei nº 9.656/98, em seu art. 16, *caput*, determina que em todos os contratos, regulamentos ou condições gerais dos planos privados de assistência à saúde, devem constar “dispositivos que indiquem com clareza” as seguintes questões: I- as condições de admissão; II- o início da vigência; III- os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames; IV- as faixas etárias e os percentuais a que alude o *caput* do art. 15; V- as condições de perda da qualidade de beneficiário; VI- os eventos cobertos e excluídos; VII- o regime, ou tipo de contratação: a) individual ou familiar; b) coletivo empresarial; ou c) coletivo por adesão; VIII- a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; IX- os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária; X- a área geográfica de abrangência; XI- os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias; XII- número de registro na ANS.

30- A necessidade de clareza na redação dos contratos de plano de saúde decorre, notadamente, da linguagem adotada, pois esta se apresenta com grau de complexidade que a torna de difícil compreensão para os leigos – consumidores que irão aderir ao contrato –, principalmente quando há a menção a termos técnicos de conhecimento apenas dos profissionais da saúde ou da área jurídica. Desse modo, nos casos em que se tenha ausência de

clareza, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de modo a não prejudicar o consumidor (art. 423, do Código Civil, e art. 47, do Código de Defesa do Consumidor), ou, não sendo possível tal recurso interpretativo, deve ser reconhecida a não vinculação do consumidor ao teor da cláusula obscura.

31- Na concepção social da teoria dos contratos, a vontade mantém seu *status* de fundamento da relação contratual, mas deixa de ser o seu elemento nuclear, pois tal relação está sujeita à influência de fatos e circunstâncias exteriores que lhe insere em um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo do controle dos contratantes. Assim, há o rompimento do dogma da vontade absoluta e da igualdade formal como instrumento de justiça contratual, uma vez que a massificação dos contratos torna a liberdade contratual um poderoso instrumento de abuso e de opressão do contratante em situação de inferioridade econômica. Logo, o contrato, como mecanismo propulsor da circulação da riqueza, deve ser concebido e executado respeitando os valores éticos, a boa-fé, o equilíbrio econômico e a sua função social.

32- De modo a coibir as práticas abusivas por parte das operadoras, é construído verdadeiro arcabouço normativo responsável por elencar todos os itens de presença obrigatória nos contratos de plano de saúde, os quais traduzem as condições e exigências mínimas para que o sistema de saúde privada forneça assistência médico-hospitalar adequada e efetiva aos seus usuários. Logo, toda a disciplina legal aplicável às relações privadas de assistência à saúde – notadamente o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 9.656/98 e as Resoluções Normativas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – constituem piso sobre o qual os usuários podem reivindicar seus direitos específicos, ultrapassando a sua posição de vulnerável presente em referido vínculo contratual e, portanto, promovendo o equilíbrio das prestações contratadas.

33- A teoria contratual social é responsável por assegurar o equilíbrio da relação de plano de saúde, na medida em que permite a satisfação dos interesses globais envolvidos: para os usuários, garante que os termos contratuais serão respeitados, em conformidade às exigências mínimas previstas na lei, bem como pela interpretação restritiva das hipóteses de exclusão de cobertura, tendo em vista o caráter adesionista do pacto; para as operadoras, garante o equilíbrio econômico-financeiro do plano de saúde, uma vez possuem a certeza de que os eventos a serem cobertos devem respeitar os limites da cobertura contratada.

34- Tendo em vista a função social do contrato de plano de saúde – acesso a serviços de assistência médico-hospitalar adequados e efetivos –, exige-se das partes a plena observância dos deveres contratuais de proteção e cooperação recíproca, a fim de atuarem de

modo convergente para a proteção da integridade existencial e material uns dos outros, bem como para a promoção do completo adimplemento do contrato. Destarte, diante da necessidade de se privilegiar o conteúdo material do contrato de plano de saúde, a interpretação das suas cláusulas deve ocorrer de modo a privilegiar as legítimas expectativas dos contratantes, notadamente da parte vulnerável da relação contratual, possuindo, como fim último, a concretização do direito fundamental social à saúde.

35- A análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais exterioriza a compreensão de que o ordenamento jurídico deve ser enxergado em sua totalidade, a qual deve ser construída em plena harmonia e pautada pela necessidade de garantia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a eficácia desses direitos no âmbito das relações privadas necessita ser mediada pela lei – responsável pela prévia ponderação da autonomia privada com os direitos fundamentais –, sem, contudo, estar condicionada à sua edição, uma vez que, omitindo-se o legislador, será aplicável a eficácia imediata das normas fundamentais, exigindo-se, pois, o exercício do poder jurisdicional pelo Estado.

36- Para que as operadoras de planos de assistência privada à saúde atuem de forma a concretizar o dever constitucional de promoção, proteção e recuperação da saúde, tem-se a necessidade de limitar o âmbito de aplicação e observância da autonomia privada dos contratantes, de forma a possibilitar que o interesse existencial e social – garantia do direito fundamental à saúde – se sobreponha ao interesse meramente patrimonial – da busca pelo lucro – sem, contudo, eliminar este último, pois, caso contrário, restaria impossibilitada a atuação dos entes privados no ramo de assistência à saúde.

37- Para o real exercício da autonomia privada, é necessário que os sujeitos de direito ocupem posições jurídicas e fáticas isonômicas. Com efeito, o mero reconhecimento e proteção das liberdades jurídicas ligadas à autonomia privada, sem o questionamento acerca da posição econômico-social ocupada pelos indivíduos, não significa que os interesses das partes envolvidas em uma dada relação serão respeitados de forma equilibrada, podendo restar configurada, na verdade, situação de opressão e de exploração econômica e social. Destarte, a proteção da autonomia privada somente é possível na medida em que sejam conferidas, a todos os sujeitos de direito, as condições mínimas de liberdade para o seu exercício.

38- Eventuais conformações ou limitações à cobertura contratada são válidas para possibilitar o equilíbrio financeiro do fundo mantido pela operadora do plano de saúde, as quais, contudo, não podem desfigurar a utilidade do contrato, a ponto de tornar impossibilitada a proteção e promoção do direito fundamental à saúde. Vale dizer, as operadoras possuem a obrigação de não adotar qualquer prática que possa ameaçar ou lesar a

saúde do beneficiário do plano de saúde, bem como de fornecer, de modo adequado e tempestivo, o atendimento médico-hospitalar nos moldes contratados, os quais devem estar de acordo com a regulamentação traçada pelo legislador – a quem incumbe, inquestionavelmente, a ponderação, em âmbito geral, dos direitos fundamentais com os interesses privados. Dessa forma, torna-se assegurado o cumprimento do objetivo contratual: a promoção e proteção da saúde de seus beneficiários.

39- Sendo a Constituição Federal dotada de força normativa vinculante e imperativa, com produção de efeitos diretos e imediatos em face dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e dos particulares, verifica-se a necessidade de que todo o ordenamento jurídico assuma perfil constitucional, de modo a possibilitar, em caso de inobservância de qualquer de suas normas, o recurso aos mecanismos próprios de cumprimento forçado. Dessa forma, a constitucionalização do Direito é responsável por retirar dos Códigos – e, portanto, das normas infraconstitucionais –, o núcleo de investigação do intérprete, promovendo verdadeira inversão da lógica hermenêutica, de modo a buscar a unidade do sistema jurídico e a concretização dos valores sociais e existenciais fundamentais, enfeixados na concepção da dignidade da pessoa humana. Logo, tem-se que a Carta Maior atribui à ciência jurídica conteúdo social, elevando a sua eficácia prática, por conduzir o intérprete ao encontro da solução mais justa e humana para os diversos conflitos de interesses.

40- Ao prever a Constituição Federal a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça da direito (art. 5º, XXXV), tem-se a consagração do direito ao acesso à justiça e, por consequência, do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva. Destarte, o processo representa o instrumento democrático por meio do qual o Estado exerce o seu poder jurisdicional, cujo objetivo não se exaure nos interesses individuais das partes na solução do litígio, por também buscar promover a função social da ordem constitucional em vigor.

41- Ao Poder Judiciário incumbe o dever de interpretar e aplicar as normas infraconstitucionais de acordo com a Constituição, promovendo a compatibilização e a efetivação dos direitos fundamentais que, no caso concreto, sejam conflitantes. Assim, a sua atividade não implica em “criação do direito” – vale dizer, o magistrado não edita textos normativos, o que é de competência, regra geral, do Poder Legislativo –, mas sim em promover a construção da norma jurídica, na medida em que atribui sentido ao texto normativo, sempre orientado pelo conteúdo constitucional.

42- Incumbe ao Poder Judiciário promover a tutela adequada e efetiva dos direitos fundamentais presentes nos litígios levados à sua apreciação. Independente da natureza da

relação jurídica objeto da demanda judicial – pública ou privada –, cabe ao juiz aplicar a norma infraconstitucional por meio de interpretação baseada nos valores constitucionais, cujo vértice é ocupado pelo princípio da dignidade humana. Assim, havendo conflito de interesses entre usuários e operadoras de plano de saúde, a provocação do Poder Judiciário para a sua composição é perfeitamente cabível, hipótese em que caberá ao magistrado promover a efetivação do conteúdo contratual, fazendo incidir a legislação específica ao caso concreto a partir do direito fundamental à saúde.

43- A finalidade econômico-social de qualquer contrato – civil ou consumerista – deve ser enxergada à luz da boa-fé objetiva. Com efeito, é abusiva a relação contratual em que, sob o fundamento de respeito à autonomia privada e à intangibilidade contratual, seja configurada situação de verdadeiro desequilíbrio prestacional, em razão do enriquecimento injustificado de um dos contratantes em detrimento do outro, ocupando este posição de dependência e submissão contratual, pois, em referida hipótese, encontram-se totalmente suprimidos os deveres de cooperação e de lealdade, necessários para a conservação dos fins da relação negocial.

44- Ao se valer de atuação pautada pela boa-fé objetiva – vale dizer, com lealdade, transparência e honestidade –, permite-se o cumprimento das expectativas reciprocamente despertadas pelas partes, tutelando-se, pois, a confiança contratual. Deveras, cuida-se a proteção da confiança de princípio fundamental para a concretização da boa-fé, na medida em que visa garantir as expectativas legítimas que surgem em determinado contratante, por ter este acreditado na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado em razão da manifestação de vontade do seu parceiro contratual. Por isso, a confiança – e, por decorrência, a boa-fé objetiva – é fonte de responsabilidade contratual, pois aquele que rompe a expectativa legitimamente criada e depositada no pacto deve responder pelos prejuízos – de ordem patrimonial e extrapatrimonial – suportados pelo seu parceiro no contrato.

45- Todo contrato é dotado de determinada finalidade que justifica e orienta a sua formação, devendo, pois, ser repudiada do seu texto qualquer previsão que elimine ou impossibilite o cumprimento de prestação inerente à natureza do contrato. Assim, o contrato não pode se tornar um instrumento a serviço apenas dos interesses de um dos contratantes, que aproveita da posição de dependência e vulnerabilidade do seu parceiro contratual, para obter vantagem excessiva e injustificada, pois, dessa forma, provoca a impossibilidade de concretização das legítimas expectativas próprias do vínculo contratual e, portanto, impede o alcance do objetivo econômico-social do pacto.

46- Denota-se a importância da boa-fé objetiva para a verificação da presença ou não de abusividade nos contratos de planos de saúde, haja vista ser responsável por impor às operadoras, em razão da essencialidade do objeto contratado e da posição de dependência contratual assumida pelos usuários, a obrigação de exercício de sua autonomia privada de forma qualificada pelos deveres de informação, cooperação e cuidado para com estes, visando, assim, o efetivo cumprimento da obrigação contratual. Dessa forma, exclusões genéricas de cobertura, alterações unilaterais do conteúdo contratual, dentre outras práticas responsáveis por desequilibrar a relação obrigacional, devem ter sua abusividade reconhecida, por ofenderem, diretamente, as legítimas expectativas geradas nos beneficiários, os quais detinham, até então, a confiança de ter contratado a cobertura de serviços médico-hospitalares aptos à efetiva tutela de sua saúde.

47- Com relação à limitação ou exclusão de cobertura, verifica-se não ser vedada a estipulação de cláusula nesse sentido em contrato de plano de saúde, contudo exige-se a sua redação com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, em respeito ao dever de informação (art. 54, §4º, do Código de Defesa do Consumidor). Outrossim, tem-se ser possível à operadora estabelecer quais tratamentos de doenças serão objeto de cobertura – definição que não é arbitrária, tendo em vista a edição, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), de observância obrigatória em todos os contratos, face o caráter sucessivo da relação, que impõe o respeito das normas vigentes no período de cada renovação –, porém não pode definir que tipo de procedimento médico-hospitalar será adotado para a respectiva cura.

48- A segmentação da cobertura não exclui a obrigatoriedade de abrangência de todas as doenças catalogadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), mas sim apenas limita o rol de modalidades de procedimentos que serão disponibilizados/custeados pela operadora – p. ex., a contratação de um plano com atendimento exclusivamente ambulatorial não cobre o custeio de internação hospitalar.

49- Os produtos e serviços de cobertura não obrigatória pelos planos de saúde, arrolados pelo art. 10, da Lei nº 9.656/98, são: I- tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II- procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III- inseminação artificial; IV- tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V- fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI- fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII- fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII- (revogado); IX- tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou

não reconhecidos pelas autoridades competentes; e X- casos de cataclismos, guerras e comições internas, quando declarados pela autoridade competente.

50- Após o transcurso de vinte e quatro meses de vigência do contrato de plano de saúde, não pode a operadora se negar a fornecer ou a custear a realização de determinado procedimento médico-hospitalar sob a justificativa de preexistência da doença, pois tal aspecto não mais influencia no cumprimento das prestações contratadas. Vale dizer, decorrido o prazo de dois anos, contados do início da vigência da relação contratual, a cobertura contratada se torna ampla e total, independente do momento de instalação da enfermidade.

51- Sendo constatado, no momento da contratação, que o futuro usuário está acometido de alguma enfermidade “que possa gerar necessidade de eventos cirúrgicos, de uso de leitos de alta tecnologia e de procedimentos de alta complexidade” (art. 6º, *caput*, da Resolução Normativa nº 162/07), cabe à operadora, caso não pretenda oferecer cobertura total sem qualquer ônus adicional ao beneficiário, ofertar duas formas de composição do conteúdo contratual: a previsão de cobertura parcial temporária ou a estipulação de agravo.

52- Tendo o usuário conhecimento prévio de que é portador de alguma moléstia, deve comunicar tal fato no momento da contratação, quando do preenchimento da declaração de saúde. A sua omissão dolosa em comunicar seu real estado de saúde à operadora do plano de saúde se enquadra como fraude contratual, capaz de provocar a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato (art. 13, II, da Lei nº 9.656/98), bem como, por óbvio, impede o usuário de ter a cobertura dos custos do tratamento da doença preexistente pela operadora.

53- Se durante os primeiros vinte e quatro meses de vigência do contrato de plano de saúde, vier a se manifestar alguma doença no usuário que a operadora considere ser existente desde antes da contratação, caberá a esta, caso queira excluir a cobertura do tratamento, comprovar a preexistência da moléstia e o seu conhecimento pelo usuário no momento pré-contratual. Na hipótese do usuário desconhecer que é portador de alguma doença e não tendo a operadora lhe submetido a qualquer exame médico antes de permitir a sua adesão ao contrato, deverá arcar com o fornecimento e os custos do tratamento necessário, mesmo antes do término dos dois primeiros anos de vigência da relação contratual.

54- Constitui prática abusiva a estipulação de limitação de prazo de internação hospitalar, devendo ser reconhecida a sua nulidade de pleno direito, haja vista se colocar em evidente confronto com a própria natureza e finalidade da prestação de assistência médico-hospitalar. De fato, se o tratamento da doença é coberto pela segmentação contratada, não é possível, sob pena de grave abuso, impor a retirada do paciente da unidade de internação ou direcionar a este o pagamento de referidos serviços hospitalares, simplesmente porque

excedido o limite temporal determinado contratualmente, o que se distancia de qualquer grau de razoabilidade.

55- A previsão de um valor máximo de custeio de internação hospitalar constitui cláusula excludente da própria essência do risco assumido, pois o tratamento com internação hospitalar é inerente à segmentação contratada. Logo, referida prática é nula de pleno direito, pois, ao reduzir os efeitos jurídicos da cobertura – valor máximo para assunção do risco –, torna inócua a obrigação atribuída à operadora.

56- Por prazo de carência entende-se o período no decorrer do qual a eficácia do contrato, acerca de determinadas coberturas previstas, fica suspensa, permanecendo, contudo, a obrigação do usuário de adimplir as mensalidades pactuadas. A previsão de prazo de carência visa a fidelização do usuário e a conservação do plano de saúde, pois, somente depois do adimplemento de determinado número de parcelas – e, portanto, da constituição de um saldo positivo pela operadora –, é que o usuário poderá ter acesso pleno à cobertura dos serviços de assistência à saúde contratados.

57- A Lei nº 9.656/98 traz disciplina específica acerca dos prazos de carência em seu art. 12, inciso V, determinando o prazo máximo de trezentos dias para partos a termos; cento e oitenta dias para os demais casos; e vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência. Tem-se, assim, ser plenamente legítima a fixação de prazo de carência no contrato de plano de saúde, desde que não ultrapasse o prazo máximo previsto em lei. Caso fixado prazo superior no instrumento contratual, considerar-se-á não escrito o tempo que ultrapasse o limite legal.

58- Quanto à hipótese de atraso no pagamento da mensalidade pelo usuário, tem-se que a sua ocorrência não pode dar causa à recontagem do prazo de carência já cumprido ou à dilação do prazo ainda em curso, por terem ambas as situações fins diversos. Com efeito, o prazo de carência é fixado com o intuito de fidelizar o usuário ao plano a que tenha aderido, permitindo à operadora captar os recursos financeiros necessários para o custeio dos serviços médico-hospitalares cobertos. Já as mensalidades pagas pelo usuário, compõem a bilateralidade do contrato de plano de saúde: enquanto à operadora cabe o custeio dos serviços de assistência à saúde, cabe ao usuário adimplir o preço previsto no contrato.

59- A portabilidade de carências visa possibilitar que o usuário rescinda o vínculo contratual de origem para ser aceito em outro plano de saúde sem que lhe seja exigido o cumprimento de novos períodos de carência. Contudo, de modo a manter o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, faz-se mister que os planos de origem e o de destino sejam compatíveis entre si, ou seja, possuam semelhança quanto aos requisitos de

segmentação assistencial, tipo de contratação individual ou familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial e faixa de preço (art. 2º, VI, da Resolução Normativa nº 186/09). Logo, havendo a troca de plano de saúde para outro de cobertura mais abrangente – p. ex., plano ambulatorial para plano hospitalar –, não será cabível a portabilidade de carências, sendo necessário, pois, o cumprimento dos períodos de carência relativos às coberturas acrescidas – as quais, aliás, não haviam sido previstas no contrato primevo, em razão da cobertura contratual limitada.

60- A operadora de plano de saúde possui o dever de manutenção da rede de prestadores de serviços a ela vinculados, motivo pelo qual é abusiva a conduta da operadora que, sem fazer qualquer comunicação aos seus usuários, altera a composição da rede de prestadores de serviços médicos credenciados, sendo aqueles surpreendidos com tal situação apenas quando venham a necessitar de atendimento médico-hospitalar, havendo, assim, verdadeira quebra da confiança contratual, que enseja, inclusive, a responsabilização da operadora pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais suportados pelos usuários.

61- Em face do dever de preservar o nível de qualidade da rede de prestadores de serviços de assistência à saúde ao longo de toda a execução do objeto contratual, possui a operadora o direito de não ser obrigada ao custeio de serviços médico-hospitalares que extrapolem os limites contratuais fixados de acordo com os valores praticados pela rede credenciada, na hipótese do usuário necessitar ou optar pelo atendimento médico prestado por profissionais e estabelecimentos não vinculados à operadora – o que pode ocorrer nos casos de urgência e de emergência; ou na escolha do usuário por profissional reconhecido como o melhor especialista no tratamento de determinada doença etc.

62- A Lei nº 9.656/98, no *caput* do seu art. 13, dispõe que os contratos de plano de saúde 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. Quanto ao limite mínimo de prazo de vigência, o parágrafo único desse mesmo dispositivo define como sendo de um ano para os contratos individuais, o que, combinado ao *caput*, significa que, passado um ano do início da vigência da relação contratual, esta será imediatamente renovada por prazo indeterminado, independente da consulta aos contratantes acerca do interesse na manutenção do contrato.

63- A rescisão unilateral do contrato de plano de saúde individual pela operadora somente é possível quando restar configurada fraude contratual praticada pelo usuário (art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/98). Caso contrário, por inexistir justificativa para tal pretensão, não será válida a extinção unilateral do vínculo, por contrariar, frontalmente, a

natureza do contrato – trato sucessivo e de renovação automática –, bem como por ofender a confiança contratual fundante do plano de saúde.

64- Não é possível a rescisão unilateral imotivada dos planos de saúde coletivos, pois a forma da contratação não desnatura a finalidade contratual – qual seja, proteção e promoção do direito à saúde. De fato, há quem defenda que a ausência de referência expressa sobre os planos coletivos no art. 13, parágrafo único, da Lei nº 9.656/98, significa que esses contratos não se submetem à vedação de suspensão ou rescisão unilateral atribuída aos planos individuais. Todavia, referida interpretação contraria as diretrizes da Lei nº 9.656/98 (art. 35-F), bem como desconsidera as legítimas expectativas do usuário, o qual pode se encontrar desprotegido de assistência à saúde quando mais precisar, sem ter contribuído para referida situação.

65- A resolução do contrato de plano de saúde em razão do inadimplemento do usuário somente é aceitável quando este tenha sido informado, de forma inequívoca, sobre referida possibilidade, acompanhada da concessão de prazo razoável para a regularização das mensalidades em aberto, não sendo possível, assim, a resolução automática e imediata à ocorrência de um único atraso no pagamento de determinada parcela. Deve-se primar sempre pela conservação do contrato, pois este exerce função social de relevância essencial para os seus usuários, que se sobrepõe ao mero interesse financeiro presente na relação, qual seja, a proteção e promoção do direito fundamental à saúde.

66- Para a resolução do plano de saúde contratado individualmente após a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, devem ser observados os seguintes requisitos: inadimplência do usuário por prazo superior a sessenta dias, consecutivos ou não; contabilização do prazo no período compreendido entre os últimos doze meses de vigência do contrato; notificação do usuário acerca da possibilidade de resolução contratual até o quinquagésimo dia de inadimplência (art. 13, parágrafo único, II).

67- Após a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, foram regulamentadas três hipóteses de reajuste, de incidência cumulativa, quais sejam: atualização decorrente da variação dos custos assistenciais; mudança de faixa etária do usuário; e reavaliação do plano, designada como revisão técnica.

68- São nulos os reajustes calculados de forma unilateral pela operadora, por meio de dados por ela própria informados, sem a existência de indicação prévia do índice de reajuste, pois referida situação desequilibra as forças do contrato e viola a paridade de tratamento entre as partes. Com efeito, o contrato que prevê, p. ex., o reajuste das mensalidades sempre que a elevação dos preços interferir no custo dos serviços cobertos é, à

toda evidência, potestativa, haja vista deixar ao arbítrio da operadora a verificação dos fatores que definem o ajuste. Assim, é necessária a definição, no instrumento contratual, de forma clara e precisa, do índice de reajuste adequado para restabelecer o equilíbrio da relação de plano de saúde, o qual deve, pois, ser de aplicação específica no mercado de saúde suplementar – o que, atualmente, é fixado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em cumprimento ao disposto no art. 4º, XVII, da Lei nº 9.961/00.

69- A fim de cumprir o dever contratual de informação, não pode a operadora traduzir o modo de reajuste por meio de fórmula técnica e complexa, que não seja passível de compreensão pelo homem médio e/ou que exija conhecimento específico do ramo matemático-atuarial, sob pena de invalidade da previsão contratual. No mesmo sentido, cabe à operadora informar ao usuário o aumento incidente na mensalidade, por meio da inserção dessa informação no boleto de cobrança, em que deverá ser discriminado o percentual e o tipo de aumento aplicado, possibilitando-lhe o controle de legitimidade do reajuste adotado.

70- O reajuste motivado pelo crescimento da taxa de sinistralidade é totalmente abusivo. De fato, o contrato de plano de saúde é eminentemente aleatório, pois há a atribuição de riscos para ambas as partes: o usuário assume a obrigação de pagar as mensalidades sob o risco de não necessitar dos serviços contratados; a operadora assume a obrigação de fornecer/custear os serviços contratados sob o risco de não ter captado valor suficiente para a satisfação de tal cobertura. Assim, é inadmissível que a operadora transfira todos os riscos ao usuário, exigindo a majoração da mensalidade em razão da utilização dos serviços contratados, pois tal prática contraria a própria razão de ser do contrato – o qual se aproxima à ideia de seguro, em que o segurador se obriga, mediante o recebimento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado – colocando o consumidor em posição de desvantagem, o que é vedado pelo art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor.

71- Dispõe o art. 2º, da Resolução Normativa nº 171/08, que dependerá de prévia autorização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) a aplicação de reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos individuais e familiares de assistência suplementar à saúde que tenham sido contratados após 1º de janeiro de 1999 ou adaptados à Lei nº 9.656/98. O índice de reajuste máximo a ser autorizado pela ANS deverá ser aprovado por sua Diretoria Colegiada, sendo publicado no Diário Oficial da União e na página da Agência na internet (art. 8º, da Resolução Normativa nº 171/08). E, quando da “aplicação dos reajustes autorizados pela ANS, deverá constar de forma clara e precisa, no boleto de pagamento enviado aos beneficiários, o percentual autorizado, o número do ofício da ANS que autorizou

o reajuste aplicado, nome, código e número de registro do plano e o mês previsto para o próximo reajuste” (art. 10, *caput*, da Resolução Normativa nº 171/08).

72- Considerando os constantes aumentos abusivos das mensalidades, realizados pelas operadoras de plano de saúde, para as faixas etárias mais elevadas, os Tribunais pátrios têm adotado a aplicação imediata do Estatuto do Idoso, aduzindo, para tanto, que referido diploma legal constitui norma de caráter público, dotada de extrema importância para a garantia dos interesses dos usuários idosos. De fato, os beneficiários dos planos de saúde que tenham idade igual ou superior a sessenta anos, são duplamente vulneráveis: são consumidores qualificados pela perda de algumas aptidões físicas e intelectuais, responsável por agravar a situação de catividade contratual. Dessa forma, tanto para os contratos firmados antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso, quanto para aqueles firmados em momento posterior, deve ser observado o impedimento de discriminação do usuário idoso quanto à incidência de reajuste da mensalidade, motivo pelo qual, implementada a idade de sessenta anos, tem-se por vedada qualquer majoração com fulcro na faixa etária.

73- Considerando que o pedido de antecipação de tutela, como a própria denominação indica, é analisado de forma imediata, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, não é possível verificar se, no caso *sub judice*, a prática da operadora do plano de saúde questionada pelo usuário é ou não legítima. Logo, nesta fase de cognição sumária, basta a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação nos moldes destacados, porquanto a decisão a ser proferida deve se pautar, nitidamente, pela máxima preservação do direito à saúde do usuário, em razão da inerência do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação nessas demandas judiciais.

74- O Poder Judiciário tem o dever de intervir no contrato de plano de saúde, sempre que provocado, com o fim de buscar a justiça substancial da relação. Cabe ao magistrado, a partir da observância dos deveres contratuais anexos de lealdade, confiança e cooperação, identificar a falta de boa-fé objetiva e, a partir da análise da totalidade do contrato – de modo a verificar o seu ponto de equilíbrio –, e da legislação aplicável à espécie, impor a correção, reformulando a cláusula inquinada de abusividade, ou até mesmo determinar a sua retirada do texto contratual, de forma a possibilitar a obtenção e execução do dever constitucional de promoção, proteção e recuperação do direito fundamental à saúde pelos entes privados.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da primeira edição brasileira por Alfredo Bosi; revisão e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar**: beneficiários, operadoras e planos. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Foco/20121023_total_foco_set_2012.pdf>. Acesso em: 21 de janeiro de 2013.
- AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- AIUB, Monica; NEVES, Luís Paulo. Saúde: uma abordagem filosófica. In: **Revista Cadernos do Centro Universitário São Camilo**. São Paulo, v. 11, n. 1, jan/mar 2005, p. 94-102. Disponível em: <<http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/saude/saude-2.php>>. Acesso em: 1º de dezembro de 2012.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 2001.
- BAHIA, Cláudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 99, v. 892, fevereiro/2010, p. 37/85.
- BARROSO, Lucas Abreu. A evolução histórica do contrato. In: **A realização do Direito Civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 45/54.
- _____. O conceito e as funções do contrato. In: **A realização do Direito Civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 55/65.
- _____. O contrato de seguro e o direito das relações de consumo. In: **A realização do Direito Civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011, p. 93/109.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Revista da Escola Nacional de Magistratura**. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n. 2, 2006, p. 26/72.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Pessoa e reconhecimento: uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 655/681.
- BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde**: impactos orçamentários e judicial. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Regina Lyra. Nova Edição. Apresentação de Celso Lafer. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça* - Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2013.

BOSON, Gérson de Britto Mello. Direitos Humanos. *In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). Teoria Geral dos Direitos Humanos*. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 351/363.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.103-194.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1º de dezembro de 2012.

BRASIL. **Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. Cria, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL4682.htm>. Acesso em: abril de 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0073.htm>. Acesso em: abril de 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: abril de 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. 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/18080.htm>. Acesso em: 1º de dezembro de 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 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/L9656compilado.htm>. Acesso em: abril de 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm>. Acesso em: abril de 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001.** Dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10185.htm>. Acesso em: abril de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 95.967**, da Segunda Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. CONCESSÃO DA ORDEM. Julgado em 11/11/2008. Publicado em 28/11/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2895967.NUME.+OU+95967.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 1º de dezembro de 2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: junho de 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: junho de 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.** Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia>>. Acesso em: junho de 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: junho de 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acesso em: junho de 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: junho de 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santos.** Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisjp.cfm. Acesso em: junho de 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.** Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: junho de 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.** Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRP101&PORTAL=1>>. Acesso em: junho de 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: junho de 2013.

BURGER, Adriana Fagundes; BALBINOT, Christine. Direito à saúde, ações coletivas e individuais: aspectos processuais. In: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2:** a nova assistência privada à saúde. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 298/322.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v.1. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar denúncias de irregularidades na prestação de serviços por empresas e instituições privadas de planos de saúde**. Brasília, novembro de 2003.

Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E047685EE684DAE6020C6E40F5505976.node1?codteor=193703&filename=REL+1/2003+CPISAUDE>.

Acesso em: 10 de janeiro de 2013.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *In: Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em:

<<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>

>. Acesso em: 15 de junho de 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS (1945). Disponível em:

<<http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>>. Acesso em: 1º de dezembro de 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (1946). Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>.

Acesso em: 1º de dezembro de 2012.

COUTINHO, Joana Chagas. Planos de saúde dirigidos ao idoso e as consequências da aplicabilidade - §3º, artigo 5º, da Lei nº 10.741/03. *In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 261/278.

CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. *In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 247-284.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2009.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE VIENA (1993). Disponível em:
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>.
Acesso em: 1º de dezembro de 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948). Disponível em:
<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 1º de dezembro de 2012.

DESCARTES, René. **Meditações da Filosofia Primeira**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. (Col. Os Pensadores). São Paulo: Abril, 1973.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 11. ed. JusPodivm: Salvador, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUQUE, Marcelo Schenk. Os direitos fundamentais sob a perspectiva de um contrato de garantia. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais – Direito do Consumidor**: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 328/362.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: Teoria Geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Edição de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. 4. ed. Madri: Trotta, 2009.

FIUZA, César; Roberto, Giordano Bruno Soares. **Contratos de Adesão**. Mandamentos: Belo Horizonte, 2002.

FRAGATA, Mariângela Sarrubbo. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 177/185.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde**: impactos orçamentários e judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 255/276.

GOMES, Josiane Araújo; CORDEIRO, Carlos José. Revisão Judicial dos Contratos como Instrumento de Equilíbrio Econômico Contratual. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, nº 73, set-out/2011, p. 125/138.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. v. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GREGORI, Maria Stella. O processo de normatização do mercado de saúde suplementar no Brasil. In: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 246/266.

GREGORI, Maria Stella. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos planos de saúde. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 20, n. 78, abr-jun/2011, p. 339/351.

HIPÓCRATES. **Conhecer, cuidar, amar: o Juramento e outros textos**. Trad. Dunia Marino Silva. São Paulo: Landy, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado – superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). **Introdução Crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 117/132.

JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre e del Ciudadano**. Traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

KARAM-SILVEIRA, Marco Antonio. Contratos cativos de longa duração: tempo e equilíbrio nas relações contratuais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 482-503.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: o desafio do direito a ter direitos. In: AGUIAR, Odílio Alves; PINHEIRO, Celso de Moraes; FRANKLIN, Karen. (Orgs.). **Filosofia e direitos humanos**. Fortaleza: UFC, 2006, p. 13/32.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem. Notas e Revisão da tradução Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Curso de Processo Civil. v. 1. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____.; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____.; SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde**. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71-158.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo de Erik Jayme. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17/66.

_____.; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Fernando. **Princípio da justiça contratual**. (Col. Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157/196.

_____.; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. *In*: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, v. 79, jul./set./2011, p. 265/308.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Teoria Geral do Processo**. Uberlândia: IPEDI, 2004.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos**. v. 3. (Contratos: princípios e limites). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 342/364.

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

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal (processo civil, penal e administrativo)**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____.; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**: un ensayo de fundamentación. 2. ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Contratos. v. III. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PERLINGERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carências. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coord.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73-99.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 15/70.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A efetivação de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário: cabimento e limites. *In*: **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, nº 108, março/2012, p. 89/100.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

REZENDE, Nanci Figueirôa. A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde**: impactos orçamentários e judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 222/236.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 429-454.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 267/280.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SERRANO JUNIOR, Vidal. Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.186-228.

SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**: regime jurídico e proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 40). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *In*: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002, p. 01/17. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: janeiro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. *In*: **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Ano 2, nº 4, 2013, p. 3183/3255. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_04_03183_03255.pdf>. Acesso em: 10 de junho de 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

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

SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. *In*: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 19, n. 75, jul-set/2010, p. 214/245.

_____. Reajustes em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (*et al*). **Saúde e Responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. (Biblioteca do direito do consumidor v. 36). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267/297.

SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al Estudio del Derecho**. 16. ed. México: Porrúa, 2009.

SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1984.

SILVA, Joseane Suzart Lopes de. **Planos de saúde e boa-fé objetiva**: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil**: Atualidades III – princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 405-450.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Direitos Humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 823/855.

STIGLITZ, Gabriel A. O Direito do Consumidor e as práticas abusivas: realidade e perspectivas na Argentina. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Doutrinas Essenciais – Direito do Consumidor**: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1197/1205.

TARTUCE, Flávio. A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 205/232.

TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Contrato e sua Função Social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**: ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WATANABE, Kazuo. Acesso a justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2. ed. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

ZISMAN, Célia Rosenthal. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (org.). **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 171/188.