



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”
GRADUAÇÃO EM DIREITO – BACHARELADO MATUTINO**



ISABELLA CRISTINA HONORATO PEREIRA

**A EXISTENCIALIDADE DOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À
SAÚDE: o impacto das cláusulas contratuais restritivas e das negativas de cobertura
no direito fundamental à saúde e na concretização do objetivo e da função social do
contrato**

**UBERLÂNDIA, MINAS GERAIS
DEZEMBRO/2022**

ISABELLA CRISTINA HONORATO PEREIRA

**A EXISTENCIALIDADE DOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À
SAÚDE: o impacto das cláusulas contratuais restritivas e das negativas de cobertura
no direito fundamental à saúde e na concretização do objetivo e da função social do
contrato**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de graduação/bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, campus Santa Mônica.

Docente-orientador: Prof. Dr. Carlos José Cordeiro.

**UBERLÂNDIA, MINAS GERAIS
DEZEMBRO/2022**

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	O CONTRATO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE PRIVADA E AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE COBERTURA	8
2.1	A Saúde Suplementar no Ordenamento Jurídico Brasileiro	9
2.1.1	A essencialidade do bem jurídico	10
2.1.2	O Contrato de assistência privada à saúde	12
2.1.2.1	Contrato Adesivo	13
2.2	O Histórico normativo dos contratos de assistência à saúde privada	16
2.2.1	O regime de proteção do Código de Defesa do Consumidor	18
2.2.2	A Legislação Específica (Lei 9.656/98)	22
2.3	As cláusulas contratuais restritivas e as negativas de cobertura.....	24
3	A COMPREENSÃO DA NATUREZA DO CONTRATO COMO PARÂMETRO DE ANÁLISE DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE COBERTURA E DAS PRÁTICAS ABUSIVAS EMPREENDIDAS PELAS OPERADORAS	27
3.1	A fundamentalidade do direito à saúde à luz da Constituição Federal.....	28
3.1.1	A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Relação Entre Particulares	31
3.2	A desconexão entre os princípios contratuais tradicionais e o modelo de contratação de planos de saúde	33
3.2.1	A Teoria Contratual Tradicional e o Princípio da Força Obrigatória dos Contratos	34
3.2.1.1	O princípio da autonomia da vontade.....	35
3.2.1.2	Princípio da Força Obrigatória dos Contratos	36
3.2.2	A Nova Teoria Contratual	37
3.2.3	A Busca Pelo Atendimento Irrestrito Como Violadora da Função Social do Contrato	39
3.3	O Código de Defesa do Consumidor como barreira às práticas e cláusulas abusivas...	41
3.3.1	A normatização das coberturas contratuais mínimas	41
3.3.2	O diálogo das fontes	44
3.3.3	A abusividade das cláusulas contratuais restritivas de cobertura e das práticas adotadas	46
3.4	A existencialidade do contrato de plano de saúde.....	47
4	A POSSIBILIDADE E NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE	54
4.1	O papel do judiciário na proteção da natureza existencial do contrato	56
4.1.1	O Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais	56
4.1.2	A incompatibilidade da mercantilização da saúde	57
4.1.3	A judicialização da saúde como necessidade	58
4.1.4	As inovações do judiciário voltadas à necessidade de tutela da saúde: a implementação do NATJUS.....	61
4.2	A responsabilidade civil em razão do papel fundamental das operadoras ao fornecimento de um tratamento médico adequado.....	63
4.2.1	A condenação por danos morais como atuante na repressão das condutas abusivas.....	64
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

RESUMO

A presente pesquisa tem como tema o contrato de assistência à saúde privada, analisado sob a ótica do paradigma da essencialidade. O estudo se justifica pela atualidade das discussões acerca da obrigatoriedade de cobertura de procedimentos e eventos não previstos no texto contratual, bem como da legalidade de imposição de cláusulas que não coadunam com o objetivo ou com a função social do negócio jurídico. O objetivo geral do presente estudo é analisar o impacto das cláusulas contratuais restritivas de cobertura na concretização do direito fundamental à saúde e na observância da natureza existencial do contrato. Para tanto, foi proposta uma análise das referidas limitações sob os parâmetros do Código de Defesa do Consumidor e da tendência de constitucionalização do direito privado, observando-se a legítima expectativa e confiança do usuário, considerando a posição de vulnerabilidade do usuário do plano de saúde. Assim, por meio da metodologia de pesquisa bibliográfica, descritiva e explicativa, é possível compreender que, partindo do problema da violação ao direito essencial à saúde, em razão das restrições de cobertura que desconsideram a necessidade do usuário no caso concreto, a judicialização da saúde se mostra como meio legítimo, e até como necessidade de garantia de tratamento médico e hospitalar adequado.

Palavras chave: direito à saúde; essencialidade; contrato existencial; cláusulas restritivas de cobertura; judicialização da saúde; planos de saúde.

ABSTRACT

The subject of this research is the private health care contract, analyzed from the perspective of the essentiality paradigm. The present study justifies itself by the current discussions regarding the mandatory coverage of procedures and events not foreseen in the written contract, as well as the legality of imposing clauses that are not consistent with the objective or social function of the juristic act. The general objective of this work is to evaluate the impact of restrictive coverage contractual clauses in the fulfillment of the fundamental right to health and the honoring of the existential nature of the contract. Thence, the proposition of an analysis of previous mentioned limitations under the parameters of the Consumer Protection Code and the trend towards the constitutionalization of private law was issued, highlighting the legitimate expectation and trust of the health plan user, considering its position of vulnerability. Thus, by means of the bibliographical, descriptive, and explanatory research methodology, it is possible to understand that, starting from the problem of violation of the essential right to health, due to coverage restrictions that disregard the user's need in the actual case, the judicialization of health arises as a legitimate mean, and even as a need of warranty to an adequate medical treatment and hospital care.

Keywords: right to health; essentiality; existential contract; restrictive coverage clauses; health judicialization; health insurance; healthcare; health insurance plan coverage.

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é garantia constitucional, um direito fundamental positivado na carta magna, ganhando seção específica constante no capítulo da Seguridade Social (art.196 a 200), sendo pressuposto do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Reveste-se de dupla fundamentalidade. Na dimensão positiva, apresenta-se como dever do Estado de prestar assistência médica aos cidadãos por meio do Sistema Único de Saúde, já na dimensão negativa, carece de abstenção de qualquer violação. Mas, para além da vinculação do poder público, em razão da autorização constitucional de prestação de serviços médico-hospitalares pelo setor privado, a eficácia dos direitos fundamentais atinge os particulares que assumiram o mercado privado de saúde.

Para a prestação de serviços de assistência à saúde, surge uma relação jurídica entre operadora e beneficiários, construída por meio de um instrumento de contrato, um negócio jurídico regido pelo Direito Privado, tendo em vista que a atividade exercida pela operadora é de mercado e visa, inegavelmente, a obtenção de lucro.

Todavia, o que se pretende com a presente pesquisa é demonstrar a complexidade do contrato, envolvendo a necessidade de proteção do consumidor, usuário, em razão de várias de suas características, principalmente relacionadas à construção do texto contratual. Além disso, é um negócio jurídico que deve seguir os moldes da legislação específica (Lei 9.656/1998), sem deixar de harmonizar com os princípios e garantias constitucionais.

O contrato de assistência privada à saúde é revestido de cláusulas restritivas de cobertura, que, não raro, são utilizadas como justificativa para a exclusão de custeio de tratamentos e atendimentos imprescindíveis à preservação da saúde, e, nesse sentido, acabam por violar o direito fundamental, além de esvaziar a natureza existencial do contrato.

Além da importância do direito tratado, essencial à promoção da dignidade da pessoa humana, há uma crescente de ações judiciais que objetivam o provimento judicial de custeio das necessidades relacionadas à saúde, emergindo a discussão sobre as obrigatoriedades de cobertura e a possibilidade de interferência do judiciário, ainda que estabelecidas as condições no texto contratual.

É possível justificar a pesquisa em razão da repercussão atual de discussão acerca da natureza do Rol de Procedimentos e Eventos editado pela Agência Nacional de Saúde, que acabou por desaguar no poder legislativo que, provocado pela comoção da população, acabou por editar a Lei 14.454/22, em posição um pouco diversa da adotada pelo Superior Tribunal

de Justiça, reavivando as discussões acerca das práticas adotadas pelas fornecedoras de serviços médico-hospitalares.

Os problemas relacionados à negativa de cobertura afetam a preservação da vida dos beneficiários, mas, sob outro viés, também são vistos como uma necessidade das operadoras em busca do superávit financeiro. Percebe-se, claramente, os conflitos de interesses existentes na relação contratual entre operadora e usuário.

Nesse sentido, o objetivo dessa pesquisa é discutir o impacto das cláusulas restritivas de cobertura e as práticas empreendidas pelas operadoras no direito fundamental à saúde, demonstrando a complexidade e essencialidade do bem jurídico objeto do contrato.

De forma mais específica, será apresentado o paradigma da existencialidade como norteador da possibilidade de revisão contratual e intervenção do judiciário quanto ao fornecimento do tratamento médico adequado, demonstrando a necessidade de análise e interpretação do negócio jurídico a partir dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual, sem romper com a confiança do usuário do plano de saúde, em posição vulnerável.

O direito fundamental à saúde, como pressuposto da promoção do princípio-valor da dignidade humana e garantidor do mínimo existencial, não é compatível com a total mercantilização, as operadoras de planos de saúde, ainda que vislumbrem o lucro na atuação no setor, não podem violar o referido direito. O que se pretende destacar é que o objetivo do contrato, a preservação e tratamento dos eventos relacionados à saúde do indivíduo, deve ser respeitado.

A metodologia adotada objetivou, a partir de uma revisão bibliográfica, apresentar uma visão geral sobre o contrato de assistência privada à saúde e as implicações das cláusulas e práticas restritivas de cobertura no direito fundamental à saúde.

Acerca do método de abordagem, foram utilizados o descritivo, pautado na análise de jurisprudências e legislações de aplicação pertinente, explicativo, no que tange ao histórico-legislativo do direito à saúde e do setor de saúde suplementar, além do bibliográfico, realizando a investigação e material teórico e doutrinário necessários ao desenvolvimento do assunto proposto. Para mais, utilizou-se também das metodologias textual-interpretativa e exploratório-descritiva, a fim de apresentar uma visão contundente acerca do objeto da pesquisa trazida.

A presente monografia está estruturada em três capítulos, o primeiro apresenta a conceituação e noções básicas para compreender o contrato de plano de saúde e a positivação

constitucional do setor da saúde suplementar. Assim como os principais princípios e legislações que o envolvem.

O segundo capítulo tem como objeto o direito envolvido, em dimensão fundamental e existencial, apresentando o conflito de interesses e o choque de princípios existente na relação contratual construída, para propor parâmetros de ponderação e análise dos contratos de assistência privada à saúde.

O terceiro capítulo pretende apresentar a intervenção judicial nos contratos como uma necessidade, afastando-se da ideia crítica de dirigismo contratual, propondo a responsabilização civil das operadoras de plano de saúde como forma de prevenção e sanção às práticas violadoras do direito à saúde.

Assim, diante da estrutura apresentada, passa-se ao desenvolvimento da pesquisa proposta.

2 O CONTRATO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE PRIVADA E AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE COBERTURA

O contrato de assistência privada à saúde é instrumento central para garantia de acesso a atendimento médico-hospitalar. O setor privado de assistência à saúde cresce como forma de suprir a demanda da sociedade, haja vista que o Sistema Único de Saúde não possui condições de atender à necessidade de toda a população.

Assim, por previsão constitucional, emerge o negócio jurídico em que a operadora se propõe a custear e fornecer os serviços médico-hospitalares em favor do beneficiário, que se obriga a satisfazer contraprestações pecuniárias de forma periódica.

Nesse primeiro capítulo, o que se pretende é apresentar e esclarecer os conceitos e fundamentos iniciais e que servirão de base para compreender a problemática do tema proposto nesta pesquisa.

Para isso, serão apresentadas as principais características do contrato de plano de saúde, tomando como ponto de partida a previsão constitucional da saúde suplementar, para que seja possível compreender e dimensionar a natureza do negócio jurídico em questão e, primordialmente, do objeto contratado.

Entendendo o texto contratual, serão apresentadas as legislações a ele aplicáveis, além da base da discussão acerca das cláusulas restritivas de cobertura e das práticas empreendidas pelas operadoras de planos de saúde, possibilitando, a partir disso, delimitar a coexistência e o

conflito entre os interesses lucrativos e existenciais compreendidos na relação contratual, demonstrando a relevância e atualidade da pesquisa desenvolvida.

2.1 A SAÚDE SUPLEMENTAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em se tratando de direito à saúde, o que se revela primordial é a noção de sua natureza fundamental, sendo pressuposto da dignidade da pessoa humana e da própria vida. De uma forma geral, o conceito de direito à saúde não se limita a não ter doença, demonstra uma aceção maior, inclusive existencial do ser humano, não apenas em sua dimensão biológica.

Neste primeiro capítulo o que se pretende é concentrar na ideia do direito à saúde, positivado na Constituição Federal de 1988, que adquiriu *status* de direito fundamental, social e, mais além, de dimensão positiva, demandando uma prestação do Estado.

É o que consta do próprio texto constitucional, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹

Nesse sentido, o direito à saúde possui inegável posição privilegiada dentro do ordenamento jurídico, pois, como direito fundamental, demanda tutela, busca por efetividade e comprometimento com seu pleno exercício por parte do Estado.

Inserido na categoria de direito social, os indivíduos podem exigir do poder público prestações no sentido de garantir o mínimo existencial, justamente em razão da sua intrínseca relação com a promoção do princípio-valor da dignidade da pessoa humana.

Dentro dessa dimensão prestacional, o Constituinte, além de prever a promoção da saúde pública, com o ideal de acesso universal, igualitário e gratuito, cuidou por permitir que as instituições privadas assumissem papel na assistência à saúde, é a previsão do artigo 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 direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

¹ BRASIL. [(Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

§ 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.²

Essa abertura da assistência à saúde à iniciativa privada, na complementação ou na concorrência, parte da necessidade de atendimento à demanda populacional. O Sistema Único de Saúde ainda não possui condições suficientes para suprir as necessidades de atendimento médico-hospitalar e de prevenção de doenças, conforme a presunção constitucional.

Os prestadores de serviços privados que atuam no setor, com objetivo de lucro, recebendo uma contraprestação pelos serviços fornecidos, atuam em concorrência com o sistema público de saúde. *“A atuação privada na área de saúde, com exceção daquela exercida por instituições filantrópicas, não é de parceria ou de complementação, mas de concorrência com o serviço público de saúde”*.³

Todavia, apesar do objetivo desses entes privados, pela importância do direito envolvido na prestação de serviços, estão submetidos, quanto às condições de funcionamento, às diretrizes do Sistema Único de Saúde, é o que estabelece o artigo 22, da Lei 8.080/90 e, também, o artigo 197, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A natureza social e a fundamentalidade do direito à saúde impõe ao Estado a necessidade de controle, fiscalização e normatização do sistema de assistência privada à saúde.

2.1.1 A essencialidade do bem jurídico

² BRASIL. [(Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2022.

³ ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da Rocha. **Contratos de assistência médica pré-pagos e disciplina prevista na Lei 9.656, de 3 de junho de 1998**, apud MARQUES, 2008, p. 229.

As operadoras de planos de saúde exercem, inegavelmente, uma atividade de mercado, que objetiva a lucratividade, mas, para além da finalidade das operadoras de saúde, é preciso atenção com a natureza do direito envolvido, com a fundamentalidade e essencialidade do objeto contratado, que é a saúde e, de uma forma mais abrangente, a vida.

Diante do setor privado de assistência à saúde, é construída uma relação jurídica entre as operadoras e beneficiários, que buscam, no contrato, suprir as deficiências que encontraram ou possam encontrar no setor público, já que o Sistema Único de Saúde não consegue atingir a universalidade, ao menos não ainda.

Nesse sentido, *“entende-se por saúde suplementar a prestação de serviços à saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único de Saúde, vinculada a um sistema privado e organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas - operadoras de planos de saúde”*⁴.

O objeto do contrato, a saúde, na dimensão de prevenção, de tratamento ou de reparação, é ponto delicado, visto que é imprevisível e os métodos da medicina, assim como as doenças, medicamentos, tratamentos, estão em constante atualização e modificação.

Não se trata de simples objeto de cunho patrimonial, mas sim essencial, que se relaciona à preservação da vida, à sobrevivência e à dignidade do indivíduo, beneficiário e contratante, que possui a legítima expectativa de ser atendido, de ter um tratamento adequado.

(...) no contrato de plano de saúde, o bem contratado, prestação de serviços à saúde, está intimamente ligado à realização das necessidades existenciais do usuário. Por isso, deve se constituir em um relevante fundamento para a eficácia do direito fundamental social à saúde nesta relação interprivada, ensejando um tratamento jurídico diferenciado de outros contratos que tenham por objeto um bem meramente patrimonial.⁵

Mas, por outro viés, não há como ignorar que estamos diante de uma relação contratual, particular, de uma contratada que fornece serviços com vista a ser remunerada, a se manter no mercado.

Ainda que o objeto do contrato seja a garantia de um direito fundamental e social, estamos diante de um contrato que também se sujeita aos princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar.

⁴ SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contratos na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 201.

⁵ SCHMIDT, Ayeza. **Contrato, essencialidade e Direitos Fundamentais: A essencialidade do bem, à luz do direito fundamental à saúde**. Cadernos da Escola de Direito, v. 2, n. 21, p. 13-52, 2014.

Nesse ponto, emerge a dúvida de qual seria o foco da relação jurídica instituída entre as operadoras de planos de saúde e os beneficiários e quais os valores em jogo.

A obtenção de lucro por meio do oferecimento de serviços médico-hospitalares é, sem dúvidas, recepcionada e prevista pelo texto constitucional, assim como também é delimitado o tipo de direito tratado. Por consequência, emerge o conflito na relação jurídica traçada.

Referente ao paradigma da lucratividade e da existencialidade, surge o questionamento sobre a vinculação dos particulares à fundamentalidade do direito à saúde em detrimento da autonomia da vontade.

É certo que o direito à saúde é alicerce da garantia da dignidade humana, que é um dever do Estado, até mesmo para promover a justiça social, mas cabe, de fato, dizer que os particulares que prestam serviços de assistência privada à saúde possuem os mesmos deveres?

Antes de perseguir o questionamento levantado e os conflitos de valores e princípios existentes, é preciso delimitar e conceituar a construção da relação jurídica entre as operadoras de saúde e os beneficiários, que deriva de um contrato.

2.1.2 O Contrato de assistência privada à saúde

O contrato de assistência privada à saúde é um negócio jurídico que objetiva o lucro no exercício da atividade de prestação de serviços de assistência à saúde, de forma complementar ao poder público, recebendo uma contraprestação pelos serviços prestados. Em verdade, a atuação do setor é de concorrência com o serviço público.

Os contratos de plano de saúde são aqueles em que a operadora do plano se obriga frente ao consumidor em cobrir os riscos de assistência à sua saúde, de forma que prestará serviços médicos hospitalares e/ou odontológicos ou reembolsará eventuais despesas do consumidor em casos de urgência. Em contrapartida, o consumidor possui a obrigação de pagar o valor contratado à prestadora.⁶

A Lei 9.656/98, marco regulatório específico de previsão do produto, planos de saúde, é voltada para regulamentar as atividades que envolvam assistência à saúde. Delimita o conceito de planos privados em seu artigo 1º, I, *in verbis*:

⁶ MOREIRA, Marta Rodrigues Mafféis. **O contrato de plano de saúde e sua função social**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 110, p. 251-276, 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115493>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

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;⁷

A Lei de planos de saúde (9.656/98), em seu artigo 1º, §1º, estabelece a amplitude de cobertura de riscos, de modo a diferenciar o contrato de plano de saúde de uma atividade exclusivamente financeira.

- 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.

Os contratos de planos de saúde são contratos de ordem civil, se encaixam no conceito geral de negócio jurídico, visto que obedecem aos requisitos de validade e existência delimitados no artigo 104, do Código Civil, assim como se moldam ao regramento da teoria geral dos contratos, nos artigos 421 e seguintes, também do código privado.

São contratos de prestação de serviços, com prazo indeterminado e com natureza securitária, visto que, não se trata de fornecimento específico e determinado, mas sim de evento aleatório pelo qual, em razão do pagamento de prestações mensais, como regra, a operadora se responsabiliza a garantir o tratamento de saúde do usuário, quando necessário.

Nesse sentido, é um negócio jurídico de resultado, em que os beneficiários, assumindo a responsabilidade pelo pagamento das contraprestações, possuem a expectativa e se preocupam com a obrigação de custeio e cobertura dos tratamentos médicos necessários à sua saúde.

2.1.2.1 Contrato Adesivo

⁷ BRASIL. **Lei nº9.656, de 03 de junho de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

De todas as características presentes nos contratos de plano de saúde, uma das mais importantes para demonstrar o conflito presente nesta pesquisa, é a adesividade do contrato.

Quanto ao método de contratação, o negócio jurídico ofertado aos beneficiários é elaborado unilateralmente pelas operadoras de planos de saúde, de modo que o consumidor não consegue modificar as cláusulas e condições propostas.

Nas palavras de Leonardo Roscoe Bessa:

O papel do consumidor cinge-se a aderir e assinar o documento. (...) O ideal, imaginado no início do século XIX (há duzentos anos), de que homens são livres e iguais e, portanto, capazes de cuidar dos próprios interesses financeiros, de escolher adequadamente o parceiro contratual, bem como de definir o conteúdo do contrato, foi desmentido pela realidade: as pessoas são diferentes e os economicamente mais fortes impõem seus interesses nas mais diversas situações, principalmente no mercado de consumo.⁸

Nesse sentido, o contrato de plano de saúde é uniforme, apenas com alguns dados relativos à pessoa do beneficiário a serem preenchidos. Aquele que deseja contratar os serviços prestados se sujeita às cláusulas prontas, não há participação desse sujeito na elaboração dos termos do negócio jurídico.

"Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), ne varietur, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. Assim, aqueles que, como consumidores, desejarem contratar com a empresa para adquirirem produtos ou serviços já receberão pronta e regulamentada a relação contratual e não poderão efetivamente discutir, nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato" (Cláudia Lima Marques, Comentários, p.800). Examinando a técnica do contrato de adesão, Heloisa Carpena observa a grande dificuldade do processo decisório do consumidor: "Ao simplificar o modo de formação do vínculo, deixou o contratante mais exposto a riscos, pois muitas vezes ele sequer tem conhecimento dos reais efeitos jurídicos decorrentes do acordo".⁹

Os contratos de planos de saúde, assim como vários outros hodiernamente produzidos, são contratos de massa, produzidos sem a preocupação com o equilíbrio de interesses entre as partes. Assim, *"a empresa, buscando economia, praticidade e segurança, estabelece*

⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. 624 p.

⁹ Ibid, p. 420.

*previamente o esquema contratual que será disponibilizado para simples adesão de um número indeterminado de pessoas, às quais não será concedida a oportunidade de negociação”.*¹⁰

As operadoras levam em conta seus próprios interesses na elaboração do texto contratual, de modo que a parte contratante não possui compreensão do conteúdo, das suas obrigações e nem mesmo dos seus direitos.

Há uma proposta pré-estabelecida, constando os limites de atendimento, períodos de carência, eventos não cobertos, prazos contratuais, o que faz o usuário de plano de saúde se submeta à discricionariedade da proponente, visto que é sua a escolha do que será ofertado e coberto pelo contrato.

Ainda, são contratos categorizados como cativos e de longa duração, se referindo à posição de dependência dos beneficiários. Leciona Cláudia Lima Marques:

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 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.¹¹

Por conseguinte, nota-se a complexidade do contrato, de modo que a fornecedora dos serviços médico-hospitalares, contratada, se responsabiliza por assegurar ao usuário e seus dependentes o atendimento e tratamento médico adequado, bem que corresponde a um mínimo existencial, necessário à vida digna. Percebe-se, pois, a relação de dependência do beneficiário diante do negócio jurídico pactuado.

O contrato, como regra geral, possui obrigações duradouras, visto que não há uma previsão exata de utilização, mas sim de débitos contratuais ensejados pela exteriorização de

¹⁰ GOMES, Josiane Araújo. **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. 2013. 285 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013. p. 101-102.

¹¹ 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, p. 104 apud GOMES, 2013, p.102-103.

fatos imprevisíveis. O objeto é um evento futuro, certo ou incerto, que depende da necessidade de assistência médico-hospitalar.

A utilização não exaure o contrato, ao contrário, o dever obrigacional de fornecimento dos serviços ou de reembolso de gastos continua total, há uma *“permanente renovação das obrigações no tempo, as quais são periodicamente adimplidas, confirmando o dever de prestação assumido pelas partes.”*¹².

A própria relação entre as partes, via de regra, é duradoura, de modo a *envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, que é assegurar para o usuário o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde*¹³. Durante sua vida, cumpre o usuário em adimplir as contraprestações como forma de se resguardar quando necessitar dos serviços contratados.

As características são complexas e peculiares, de inegável natureza privada, mas também existencial, o que nos faz perceber a necessidade de regulamentação e especial atenção como forma de proteção aos contratantes, motivo pelo qual aplicam-se a ele regramentos e legislações próprias e gerais que serão objeto dos próximos tópicos.

2.2 O HISTÓRICO NORMATIVO DOS CONTRATOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE PRIVADA

A normatização dos planos privados, na perspectiva existencial, se inicia com a Constituição Federal, o marco teórico e jurídico da temática de direito à saúde. Não obstante, apesar de expressa previsão de prestação de serviços de assistência à saúde por particulares, não houve, nesse primeiro momento, edição de legislação infraconstitucional para regulamentar a atuação e regulamentação desses entes privados.

Desse modo, a relação jurídica regia-se pelo Decreto-Lei nº 73/66, que possui regramentos que *“apenas disciplinam os aspectos econômicos da modalidade de seguro-saúde e cria a possibilidade da medicina pré-paga”*¹⁴. É o que dispôs o seu artigo 135, *in verbis*:

¹² GOMES, Josiane Araújo. **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. 2013. 285 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013. p. 104.

¹³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 485.

¹⁴ GOMES, Josiane Araújo. **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. 2013. 285 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013. Cap. 2.

Art 135. 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.¹⁵

E, aliado à referida normativa, utilizava-se os ditames do Código Civil de 1916, de cunho patrimonialista, não sendo coerente com a essencialidade do direito conforme disciplinado pela Constituição Federal de 1988.

Desse modo, *“a 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”*¹⁶.

Em 1990, a Lei nº 8.080¹⁷, denominada de Lei Orgânica de Saúde, destinou um capítulo de sete dispositivos (artigos 20 a 26), que dispuseram sobre o funcionamento dos serviços privados de assistência à saúde.

Todavia, ainda não houve preponderante melhora com relação à problemática apresentada, não havia qualquer previsão quanto à regulação e fiscalização das operadoras e dos serviços por ela prestados, e, menos ainda, sobre o conteúdo dos contratos de planos de saúde. A desordem no setor continuou sem solução.

Evidentemente, ante a ausência legislativa, as operadoras decidiam e estipulavam unilateralmente sobre os procedimentos e eventos que se comprometiam a cumprir, até mesmo para maximizar o lucro em um contexto de crescimento completamente desregulado do setor.

O beneficiário e contratante dos planos de saúde sequer tinha conhecimento da abrangência de cobertura, apenas num cenário de necessidade, quando solicitava a cobertura de tratamento, é que conhecia das restrições impostas pela contratada.

¹⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 73/66, 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. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em: 10 nov. 2022.

¹⁶ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SERRANO JUNIOR, Vidal. **Assistência privada à saúde**: aspectos gerais da nova legislação apud MARQUES(*et al*), 2008, p. 195.

¹⁷ 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. Brasília, DF: Presidência da República [1990]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 10 nov. 2022.

A mudança de perspectiva advém do Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078/90, em vigor desde 1991, e que voltou às atenções para o usuário, trazendo a preocupação com a tutela dos direitos dos consumidores.

2.2.1 O regime de proteção do Código de Defesa do Consumidor

Com origem constitucional, o Código de Defesa do Consumidor tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, sendo a instrumentalização do direito fundamental de proteção ao consumidor.

É um microsistema legislativo que abarca as relações de consumo com o objetivo de promover a igualdade substancial, partindo de uma ideia central de vulnerabilidade entre as partes.

O CDC não é apenas uma legislação jurídica, podendo ser considerado como um “microsistema” jurídico, já que nele se compila normas de vários direitos como o civil, constitucional, administrativo e processual penal, com o caráter evidente de ordem pública e natureza de interesse social.

O supradito código veio como legislação inovadora que tratava pela primeira vez da desigualdade existente entre as partes da relação de consumo e, mais, trazia ineditamente os conceitos dos elementos intrínsecos que envolvem a citada relação, qual seja: as partes denominadas consumidor e fornecedor; e o objeto, que se divide em produto e serviço.¹⁸

O direito do consumidor, na inteligência de Cláudia Lima Marques, “*é um reflexo do direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores*”¹⁹. Diz-se, inclusive, que a codificação possui hierarquia material em virtude do seu nascedouro.

A Lei 8.078/90, advém de previsão no Ato de Disposições Constitucionais Transitórias número 48, dispondo que “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.*”²⁰

Mas, ainda que não houvesse a criação de uma codificação específica, ou, ainda que houvesse a revogação da Lei 8.078/90, a proteção ao consumidor é direito fundamental

¹⁸ SOUSA, Camila Bemardes de. **Cláusulas abusivas nos planos de saúde: análise da Súmula 302 do STJ**. 2013, p. 14.

¹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. 624 p.

²⁰ BRASIL. [(Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2022.

constante do artigo 5º, XXXII, da Carta Magna, não dependendo de legislação específica, ainda que louvável.

Nesse sentido, assume posição de cláusula pétrea, sendo expressamente um direito de garantia individual, demonstrando a necessidade de tutela dos interesses e a proteção do consumidor, exigindo uma atuação positiva do Estado.

O direito do consumidor seria, assim, o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com esse triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa dos consumidores (art. 5.º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"); 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária "defesa do sujeito de direitos "consumidor" (art. 170 da Constituição Federal de 1988: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)V-defesa do consumidor; (...)"); e 3) de sistematizar e ordenar essa tutela especial infraconstitucionalmente através de um Código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa do "consumidor" (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988: "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor" (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2022. p. 29).

Pois bem, a relação jurídica travada entre as operadoras de planos de saúde e os beneficiários é, sem dúvidas, de natureza consumerista, é inclusive o que confirma a Súmula 608, do Superior Tribunal de Justiça²¹.

A empresa contratada é fornecedora, atuando no mercado como prestadora de serviços médico-hospitalares, conforme as necessidades dos contratantes, se encaixando no conceito do artigo 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.²²

De outro lado, o beneficiário assume posição de consumidor, utilizando-se dos serviços contratados, sendo destinatário final, conforme a previsão do artigo 2º, *caput*, do

²¹ “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”. STJ. 2ª Seção. Aprovada em 11/04/2018, DJe 17/04/2018.

²² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1990]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 3 nov. 2022.

Código de Defesa do Consumidor, além de se enquadrar no conceito de consumidor estabelecido pelos artigos 17 e 19, também do código consumerista.

Mas o ponto crucial de caracterização da relação como sendo de consumo é a ideia de vulnerabilidade da parte contratante, princípio basilar do microsistema consumerista, nos termos do artigo 4º, I, “*reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;*”(BRASIL, 1990).

“A fragilidade (vulnerabilidade) do consumidor é tão evidente que Henry Ford, o pai da produção em série, em frase que se tornou famosa, afirmou: “O consumidor é o elo mais fraco da economia e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco”. Diante desse quadro e justamente para equilibrar a relação entre consumidor e fornecedor, o legislador, tanto no Brasil como em diversos outros países, tem editado normas jurídicas para tutelar os mais diversos interesses do usuário final dos produtos e serviços comercializados no mercado de consumo”.²³

Cláudia Lima Marques (2022) conceitua vulnerabilidade como uma situação fragilizante, que promove o enfraquecimento do sujeito de direitos, ensejando um desequilíbrio na relação de consumo, motivo pelo qual, uma das partes necessita de proteção.

A autora estabelece quatro tipos de vulnerabilidade, mas, com o avanço das tecnologias, o que se verifica é o surgimento de outros tipos para além dos doutrinariamente reconhecidos.

A vulnerabilidade técnica diz respeito à carência de conhecimentos específicos acerca do que será consumido, do objeto da relação de consumo, motivo pelo qual se diz que o consumidor é passível de ser enganado facilmente, ficando sujeito ao que o fornecedor oferece.

Tal tipo é visível no que diz respeito às relações provenientes do contrato de planos de saúde, visto que, em regra, os contratantes não possuem conhecimento específico sobre a área de saúde, sobre os tratamentos e remédios existentes, dependendo da confiança dos médicos, equipe hospitalar e operadora, e, apresentando falhas no serviço fornecido, há riscos evidentes à sua incolumidade física e ao seu patrimônio.

Por outro lado, a vulnerabilidade jurídica diz respeito à falta de conhecimentos jurídicos e, para Cláudia Lima Marques (2022), inclui também saberes sobre economia e contabilidade. Nesse sentido, depreende-se grande necessidade de proteção ao dimensionar

²³ BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e seus direitos ao alcance de todos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 30-31 apud SOUSA, 2013, p. 15.

esse tipo de vulnerabilidade, já que o consumidor não possui condições de compreender as consequências jurídicas das abusividades que lhe são impostas.

Sequer sabe como se desvencilhar das situações colocadas pelo mercado que afrontem seus direitos, direitos esses que são inclusive fundamentais, que dizem respeito à própria dignidade humana, conforme já trabalhado nessa pesquisa, mas que, não raro, não possuem tal compreensão.

A vulnerabilidade fática, também denominada socioeconômica, estabelece uma condição de desigualdade em razão da condição física, econômica ou até mesmo psicológica ante ao fornecedor. Assim “(...) o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam (...)”²⁴

Inegável posição de superioridade das operadoras de planos de saúde frente aos seus beneficiários, principalmente no que diz respeito às restrições de cobertura empreendidas pelas fornecedoras de serviços de assistência privada à saúde, visto que os contratantes se tornam verdadeiros reféns das decisões das quais não conhecem, não compreendem e não participam.

Por fim, a vulnerabilidade informacional “*tipo de vulnerabilidade básica ou intrínseca do consumidor*” (MARQUES, 2022, p.108), provém da ausência ou insuficiência de informações fornecidas ao consumidor, e não somente, a falta de complexidade, clareza e veracidade das informações que lhe são entregues.

Hodiernamente as informações são difundidas mais facilmente e rapidamente, a sociedade tem experimentado grande manipulação e controle de informações conforme os interesses de quem as fornece. E, nessa linha, a necessidade de lealdade e de integralidade das informações é ainda mais proeminente no que tange aos tratamentos médicos.

À vista disso, se verifica o desequilíbrio entre as partes da relação jurídica, em específico, entre beneficiários e operadoras de planos de assistência privada à saúde, motivo pelo qual, o que se traça nesse primeiro momento, é a clara e inevitável a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde, justamente pela necessidade de proteção e promoção da igualdade substancial.

²⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. 624 p.

O direito à saúde é consagrado no referido diploma legal, em seus artigos 4º, *caput* e 6º, I, demonstrando a preocupação com o direito fundamental constitucionalmente assegurado, o que reforça a observância dos seus regramentos no controle do setor da saúde suplementar.

2.2.2 A Legislação Específica (Lei 9.656/98)

Com o intuito de proteger os usuários das práticas abusivas no mercado de planos de saúde, tendo em vista o desequilíbrio contratual existente, o Código de Defesa do Consumidor foi um marco legislativo no sentido de regulamentar a atuação das operadoras de planos de saúde.

À época de sua promulgação, no cenário de desordenado crescimento do setor, constituiu importante fundamento para que fosse possível impedir, por meio do Poder Judiciário, as práticas que violavam o direito à saúde dos usuários.

Todavia, ainda que o Código de Defesa do Consumidor tenha permitido limitações às práticas discricionárias e abusivas do setor, a ausência de normatização específica ainda era preocupante.

Sendo um contrato complexo e que possui como objeto a proteção de um direito fundamental, a falta de normatização de funcionamento, constituição e fiscalização das operadoras ainda representava perigo aos usuários tendo em vista sua posição de dependência contratual.

As jurisprudências não eram consolidadas, assim como os entendimentos jurídicos eram diversos em torno do tema, com muitos pontos controvertidos com relação às restrições que deveriam ser impostas.

Assim, após intensos debates dentro do Legislativo Federal, em razão de diversas denúncias de abusividades por parte das empresas, com apresentação de alguns projetos, a Lei de Planos de Saúde (9.656/98) foi finalmente sancionada.

A lei representa a promoção da aplicabilidade plena dos dispositivos constitucionais, haja vista que, apesar de permitir que o setor privado exercesse atividade de assistência à saúde, não havia regulamentação das condições de atuação.

Pode-se dizer que a mencionada legislação surgiu para preencher uma grande lacuna no mercado de planos de saúde, de modo a impor certas coberturas e impedir a discricionariedade empreendida pelas empresas.

A Lei n. 9.656/1998 não veio com a intenção de regulamentar a competição entre as empresas de planos e seguros de saúde, mas sim se formou com o objetivo de regular os contratos de adesão, garantindo a liquidez e estabilidade das prestadoras desses serviços, porém, claro, impondo-lhes certas regras técnicas justamente para proteger a parte fraca da relação que é o consumidor, o qual impescinde do serviço que está sob o poderio destas operadoras.²⁵

A Lei n.º 9.656/98 disciplina acerca das cláusulas obrigatórias nos contratos de plano de saúde, independente do tipo/regime de contratação. Dentre as regulamentações, a legislação estipula sobre os reajustes de mensalidade, a possibilidade de rescisão contratual, a autorização de funcionamento das operadoras e, o foco principal desta pesquisa, os “*eventos cobertos e excluídos*”.

A norma retirou a discricionariedade quanto à escolha das doenças e tratamentos médicos que serão cobertos pelo contrato, visto que criou um padrão de cobertura que observa a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionais com a Saúde (CID), da Organização Mundial de Saúde (OMS).

Isso significa que todas as doenças examinadas pelos profissionais de saúde - médicos, enfermeiros, dentistas etc. - que estejam previstas no rol da OMS não podem ser excluídas da cobertura contratual pelas operadoras, pois, caso contrário, restaria esvaziada a finalidade do plano de saúde, que, segundo interpretação conjunta dos art. 196 e 199 da Constituição Federal, corresponde à promoção, proteção e recuperação da saúde.²⁶

O chamado plano de referência, constante do artigo 10, da Lei de Planos de Saúde, é espécie contratual de oferecimento obrigatório, conforme explicado por Josiane Araújo Gomes²⁷, apenas excetuando a modalidade de autogestão e os planos de saúde exclusivamente odontológicos. São planos de cobertura médico-ambulatorial e hospitalar, englobando partos, tratamentos, internação hospitalar e outros eventos necessários em casos de urgência e emergência.

Há normatização, também, das exclusões de cobertura, dispostas no mesmo artigo 10 da mencionada lei. E, para além dos procedimentos expressos, o §4º, do artigo 10, estabelece um parâmetro para a abrangência dos planos contratados.

²⁵ MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Augusto Castellanos. **Saúde e Responsabilidade: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 28. apud SOUSA, 2013, p. 38.

²⁶ GOMES, Josiane Araújo. **Lei dos planos de saúde: doutrina e jurisprudência para utilização profissional**. 4.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 89.

²⁷ Id. 2013, p. 90.

A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS, que publicará rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado a cada incorporação.²⁸

A fiscalização das operadoras, desde novembro de 1999, é exercida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada a partir da edição da Medida Provisória nº1.928 e, posteriormente, convertida na Lei nº 9.961/00.

Com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, a autarquia federal é vinculada ao Ministério da Saúde e atua como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização, conforme o artigo 1º, da referida lei. Seu papel institucional é imprescindível e representa a atuação positiva do Estado na promoção da saúde, conforme o mandamento da Carta Magna.

Assim, disciplina a Lei 9.961/00, em seu artigo 3º, que *“a ANS terá 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.”*²⁹.

Isto posto, o que se vislumbra da Lei 9.656/98, é a regulamentação do setor com o fim de extirpar as abusividades e discricionariedades das fornecedoras de planos de assistência à saúde privada.

No entanto, as práticas mercadológicas não foram afastadas, até mesmo em razão da inegável busca pelo lucro por parte dessas empresas, sendo assim, utilizando-se do contrato, se tornou usual a inserção de cláusulas restritivas de cobertura, como modo a afastar determinadas obrigações e se eximir de fornecer determinados tratamentos, medicamentos e procedimentos.

2.3 AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS RESTRITIVAS E AS NEGATIVAS DE COBERTURA

Conforme já apresentado, o que se verifica do contrato de assistência privada à saúde é a necessidade de interpretação peculiar e específica, tendo em vista que a autonomia privada

²⁸ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República [1998]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 21 nov. 2022.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2000]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm>. Acesso em: 21 nov. 2022.

dos contratos é restringida pelo direito fundamental à saúde. Não se trata de um simples contrato, ao contrário, é um contrato complexo, que objetiva a tutela de um direito existencial.

Diante das suas características, da forma de contratação e, ainda, da relação de dependência contratual existente por parte dos usuários dos planos de saúde, o desequilíbrio entre as partes se mostra evidente.

A adesividade dos contratos faz surgir um alerta quanto à responsabilidade das empresas em relação à legítima expectativa dos contratantes. Um contrato unilateralmente produzido representa, não raro, uma visão egoísta do contrato e que prepondera a lucratividade em detrimento da essencialidade do bem jurídico protegido.

As fornecedoras de planos de saúde, por meio desses textos contratuais uniformizados que são ofertados a todos os contratantes, estipula certas limitações conforme seus interesses, restringindo a cobertura para determinados eventos e procedimentos.

Em virtude da vulnerabilidade já analisada no ponto “II.4.1”, os consumidores acabam por tomar conhecimento do desamparo do plano de saúde com relação a determinado serviço quando solicita a proteção por parte da operadora, visto que sua expectativa é de que todos os tratamentos e procedimentos necessários à manutenção de sua saúde sejam cobertos.

Exemplificativamente, são conferidas cláusulas contratuais limitadoras de responsabilidade como a restrição no tempo de internação hospitalar, a exclusão de tratamento de determinadas doenças infectocontagiosas como AIDS, a não cobertura de quimioterapia e radioterapia, restrição de cirurgias refrativas ou corretoras de doenças oftalmológicas, mamoplastia reparadora, dentre outras.

Por vezes, há expressa exclusão constante do próprio contrato, todavia, em esmagadora maioria, a exclusão de cobertura não advém de cláusula específica, mas sim de negativa administrativa da operadora de planos de saúde, se pautando nas restrições gerais constantes, principalmente, do artigo 10, da Lei 9.656/98.

É o que se percebe quando a empresa se recusa a custear o procedimento cirúrgico de mamoplastia após o tratamento de câncer, ou mesmo diante da negativa de cobertura do exame de detecção de COVID, de terapias e intervenções aos pacientes portadores de autismo ou de realização de cirurgias robotizadas e procedimentos de alto custo e alta complexidade para a melhor recuperação do usuário ou da imposição de cumprimento de prazos de carência mesmo diante de casos de urgência e emergência.

O que se vislumbra é que a decisão de cobertura se parece muito mais com uma imposição unilateral da fornecedora de planos de saúde privados, preocupada com seus próprios interesses, muitas vezes contrariando a legislação.

Tais atos de negativa de cobertura, não raro, ultrapassam o limite de exercício abusivo de direitos, violando um direito fundamental, além de ferir o objetivo do contrato, tornando-o inócuo.

Há uma prática de inserção de cláusulas restritivas nos contratos de planos de saúde e de execução de negativas administrativas por parte das fornecedoras que podem esvaziar a natureza do contrato.

E, a partir do desamparo na seara administrativa, os consumidores tendem a procurar o judiciário como forma de tutela e proteção dos seus direitos, para se livrarem da restrição imposta, e, neste ponto, intensos são os debates acerca da abusividade ou não de cláusulas e de restrições de cobertura, justamente em razão da forma como tais contratos são interpretados.

Quando falamos do tema saúde, de um modo geral, a ideia de imprevisibilidade é ainda mais proeminente, tanto com relação ao tempo quanto em relação à situação. É difícil que se editem regras muito específicas e que funcionem em todos os casos, haja vista que, em relação à temática, o que se percebe de mais necessário é, justamente, a análise do caso concreto, as necessidades existenciais variam de beneficiário para beneficiário.

Não obstante, a análise é feita pela própria operadora, o elo mais forte, em sentido técnico, jurídico, informacional e econômico. Não se trata de regra, mas, quando uma das partes assume o papel de definição em um determinado conflito de interesses, não é comum que se atue de forma imparcial, por óbvio é que defenda seus próprios interesses.

Nesse sentido, os conflitos acabam por desaguar no judiciário e, muito se critica a tendência de judicialização da saúde hodiernamente, todavia, o que se pretende na presente pesquisa é justamente enfrentar os conflitos de interesses e traçar os princípios preponderantes para a interpretação desses contratos e para a análise das práticas reiteradas dessas empresas, como controle frente às abusividades, de modo a verificar se a judicialização de fato representa um problema, ou se, na verdade, não representa a única solução atual a esses consumidores.

Com base no que foi desenvolvido neste capítulo, percebe-se a importância de compreender a dimensão das práticas empreendidas pelas operadoras de planos de saúde, bem como as imposições contratuais restritivas em detrimento do direito fundamental e existencial dos consumidores.

A partir dos preceitos basilares desse assunto, será possível compreender suas implicações com relação à natureza do contrato, e se há responsabilidade civil por parte das operadoras.

3 A COMPREENSÃO DA NATUREZA DO CONTRATO COMO PARÂMETRO DE ANÁLISE DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE COBERTURA E DAS PRÁTICAS ABUSIVAS EMPREENDIDAS PELAS OPERADORAS

Em se tratando de um negócio jurídico de natureza privada, o contrato de assistência privada à saúde se submete evidentemente aos ditames do Código Civil, seguindo os princípios da teoria contratual.

Todavia, como já abordado anteriormente, o objeto do contrato possui natureza existencial, a saúde é direito fundamental e social, de modo que se faz necessária uma análise contratual cuidadosa, haja vista não se tratar de uma atividade meramente financeira, pura e simplesmente de cunho patrimonial.

Já foram apresentadas as principais legislações que permeiam o texto contratual, como forma de conceituar o plano de assistência privada à saúde e a relação entre contratante e contratada.

Mas, para enfrentar a problemática do esvaziamento da natureza essencial do contrato em razão das cláusulas restritivas de cobertura e das práticas abusivas por parte das operadoras de planos de saúde, cumpre apresentar mais especificamente os conflitos de interesses e os princípios a serem ponderados dentro do setor da saúde privada.

Por conseguinte, neste capítulo será apresentada a fundamentalidade do direito à saúde à luz da Constituição Federal, em sua dimensão prestacional, adentrando na eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, com o objetivo de compreender as diferenças ou semelhanças das obrigações das empresas que atuam no setor da saúde suplementar em relação ao papel do Estado.

Para mais, será enfrentada a teoria contratual, sob o princípio da força obrigatória dos contratos e da autonomia privada e, em sequência, será demonstrada a tendência de constitucionalização do direito privado.

Compreender a função social do contrato analisado na presente pesquisa, bem como a sua natureza existencial são imprescindíveis para o enfrentamento da problemática das restrições de cobertura empreendidas pelas operadoras como violadoras do direito fundamental, a fim de delinear os limites das negativas e a necessidade de reconhecimento da abusividade das cláusulas contratuais e das práticas por parte das empresas.

Se pretende mostrar o conflito entre o interesse patrimonial das operadoras e o interesse existencial dos beneficiários, apresentando os princípios preponderantes à interpretação e análise dos contratos.

3.1 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O direito à saúde passou a assumir, expressamente, *status* de direito fundamental e social na Constituição Federal de 1988, interligado à proteção da vida, à autonomia privada e, primordialmente, à dignidade da pessoa humana.

Os Direitos fundamentais se constituem na positivação dos direitos humanos, “o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”³⁰.

Os direitos humanos são entendidos em contornos mais amplos e menos restritos, nesse sentido, leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2018, p.307)

É nesse sentido que se compreende que, de algum modo, os direitos fundamentais são, também, direitos humanos. A distinção passa, na verdade, pela ideia de Constituição, de um direito consagrado e expresso, ou seja, positivado.

O direito à saúde, reconhecido na esfera internacional, adquiriu fundamentalidade na Carta Magna de 1988, em especial no seu artigo 6º, sendo prerrogativa para garantir a existência digna do indivíduo.

A saúde é garantia constitucional, se mostrando como equilíbrio entre os aspectos físicos, psíquicos e sociais, entendida não apenas pelo aspecto biológico mas, inclusive, como expressão da personalidade do indivíduo. Afirma Perlinger, *in verbis*:

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 307.

É reductivo 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.³¹

A dimensão do termo saúde não diz respeito à noção de doença tão somente, já que é existencial do ser humano, possui fatores que nela influenciam como - alimentação, saneamento básico, trabalho, acolhimento familiar.

É um direito necessário à garantia de uma vida digna, ao bem-estar, de modo a promover a justiça social, e, é nesse sentido, que é compreendido como fundamental na ordem jurídica e positivado na Carta Magna.

A Carta de Ottawa, em 1986, estabeleceu a abrangência do conceito:

A saúde é o maior recurso para o desenvolvimento social, econômico e pessoal, assim como uma importante dimensão de qualidade de vida. Fatores políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais, comportamentais e biológicos podem tanto favorecer quanto 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.³²

À vista de sua classificação, o direito à saúde é, em verdade, uma garantia mínima, um elemento existencial, indissociável e inerente à condição de pessoa humana, à vida. Assim, a saúde assume uma das dimensões da personalidade, recebendo proteção jurídica diferenciada por meio da tutela constitucional.

O referido direito possui dupla fundamentalidade, formal e material, assim como os demais consagrados como fundamentais. A fundamentalidade, em sentido formal, possui relação com o texto constitucional, ao direito constitucional positivo, nesse sentido, a saúde foi qualificada como direito de cunho social, ganhando seção exclusiva, nos artigos 196 a 200, dentro do capítulo da Seguridade Social.

Em sendo posto como direito fundamental dentro da Carta Constitucional, possui hierarquia superior, constituindo-se como cláusula pétrea, de modo que, sua amplitude não

³¹ PERLINGERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 774.

³² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Carta de Ottawa, de novembro de 1986**. Primeira Conferência Internacional Sobre Promoção da Saúde, Ottawa, p.3-3 [1986]. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

pode ser restringida, não possui correspondência com qualquer retrocesso. As normas que a ele se relacionam vinculam o Estado e os particulares.

Quanto à fundamentalidade material, associa-se à relevância do bem jurídico tutelado, e, neste ponto, a saúde é existencial, diz respeito à sobrevivência, à vida e, mais importante ainda, à dignidade da pessoa humana.

[...] 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 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 considerando num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.³³

Sendo bem jurídico existencial e essencial, até mesmo partindo da garantia de inviolabilidade da vida, nos termos do artigo 5º, da Carta Magna, e, ainda, levando-se em consideração a ideia de inexistência de vida digna sem saúde, os serviços de assistência são de relevância pública.

A promoção da saúde, em sua dimensão preventiva ou reparadora, é dever do Estado, assim, para além de sua fundamentalidade, o artigo 196, da Constituição Federal, estabelece a saúde como dever do poder público e um direito de todos.

Pautado nas ideias de Ingo Wolfgang Sarlet³⁴, o que se pretende tomar como posicionamento na presente pesquisa, é que o referido direito assume dimensão negativa e positiva.

A saúde necessita de implementação de políticas públicas, de forma a efetivá-la à população, de modo que o particular se torna credor do poder público, podendo exigir prestações no âmbito da assistência à saúde.

Por outro lado, impedir as violações de direitos e ingerências nesse âmbito também se mostra necessária à efetivação da saúde como direito. Por isso, assume característica,

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 343.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988**. Revista PGE, Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 41-62, 2002.

também, de direito de defesa, haja vista que, como bem jurídico de natureza fundamental, não admite agressões por parte do Estado ou de terceiros, particulares.

Ainda na dimensão negativa, a vedação do retrocesso também deve ser considerada, de modo que qualquer norma infraconstitucional não deve atingir a concretização do que é disposto na Constituição Federal.

O núcleo essencial do direito constituído como fundamental não pode ser afetado, e, por isso, impõe abstenções quanto à sua inviabilização. Mas, em ambas as dimensões o papel do Estado é inegável, é seu dever tutelar direitos que dizem respeito ao mínimo existencial, como é a saúde.

Não obstante, o que surge como indagação é a possibilidade de exigência e responsabilização dos particulares, que exercem a assistência privada à saúde, de modo semelhante à do poder público. É o que se pretende demonstrar no próximo tópico.

3.1.1 A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Relação Entre Particulares

A saúde, como já ressaltado, é dever do Estado, mas, sua implementação de forma universal e igualitária esbarra nos recursos financeiro-orçamentários, sendo notáveis as limitações. Desse modo, ao poder público incumbe o papel de conciliar o orçamento à exigência prestacional do direito fundamental.

Todavia, ainda longe de atingir a universalidade, o Estado não é capaz, ao menos por hora, de atender e suprir a demanda populacional, nem mesmo na dimensão preventiva, motivo pelo qual o desenvolvimento do setor de assistência privada à saúde foi e ainda é expressivo.

Os dados divulgados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar demonstram a crescente contratação de planos de saúde privados, que representam aos consumidores uma segurança de atendimento.

Neste ano de 2022, 50.199.241³⁵ (cinquenta milhões, cento e noventa e nove mil, duzentos e quarenta e uma) pessoas são beneficiárias de planos de assistência médica privada.

O setor é tido como concorrente do setor público de saúde, mas, para os consumidores, representa a segurança de possuir suas necessidades atendidas, ao menos é a expectativa, o que não se pode esperar do sistema público, sabidamente abarrotado.

³⁵ Dados divulgados pela ANS em 07/11/22. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 26 nov. 2022.

Mas apesar de ser um setor privado, está vinculado às diretrizes impostas pelo Sistema Único de Saúde, é a previsão do artigo 22, da Lei nº8.080/90, *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.”³⁶

Tal previsão é reflexo da natureza do bem jurídico objeto de expectativa de lucratividade por parte das operadoras de planos de saúde. Em se tratando de direito fundamental e social, ainda que a assistência à saúde seja fornecida por entes privados, as empresas devem sucumbir à concretização do direito constitucionalmente tutelado.

É nesse sentido que o Estado assume papel de fiscalizar, regular e controlar os serviços de saúde privados, até mesmo em função do exercício de serviços de relevância pública.

Os direitos fundamentais não vinculam apenas o Estado, no que se denomina eficácia vertical, sendo normas que “*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*”³⁷.

Sua eficácia ultrapassa o âmbito das relações entre poder público e os cidadãos, atingindo também as relações entre particulares, o que se qualificou por eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Nessa esteira, em razão da natureza essencial do direito, é possível que se limite a autonomia privada das partes, justamente para atingir sua máxima concretização.

A violação de tais direitos é reconhecida também na esfera horizontal, nas relações entre pessoas jurídicas de direito privado e/ou naturais. Para evitar o retrocesso e até mesmo garantir que não se viole a saúde dos particulares, sendo a assistência à saúde um serviço de relevância pública, ainda que exercida pelo setor privado, tais empresas se submetem à promoção do referido direito fundamental, devendo pautar suas práticas também nos princípios constitucionais.

³⁶. 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. Brasília, DF: Presidência da República [1990]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 10 nov. 2022.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.523-524.

Tal reconhecimento não significa dizer que a eficácia se concretiza do mesmo modo, até mesmo em razão de ser desproporcional exigir que os particulares assumam o papel de efetiva concretização dos direitos fundamentais na mesma amplitude que o Estado.

Inclusive, é divergente o posicionamento da doutrina e da jurisprudência quanto à aplicação da eficácia horizontal, construindo-se hipóteses de vinculação direta ou indireta, mas, o que se verifica é que tanto o Estado quanto os entes privados devem atuar harmonicamente com os preceitos consagrados pela Carta Constitucional, sem que se ofenda o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, princípio norteador da ordem jurídica brasileira.

O que se pretende demonstrar aqui é que, em se tratando de direitos fundamentais, de hierarquia maior, como é o direito à saúde, não se pode permitir tratamento qualquer, sob pena de agravar as desigualdades entre as partes da relação jurídica.

Mas, os princípios da autonomia privada e liberdade negocial também não devem ser aniquilados, com riscos de assumir uma exigência desproporcional e substituindo a responsabilidade do Estado aos particulares.

Em se tratando de um contrato de assistência privada à saúde, em que as operadoras de planos de saúde assumem a obrigação de fornecer serviços médico-hospitalares, mediante recebimento de contraprestação paga pelo usuário, compreende-se que há interesses em pauta.

As empresas buscam o seu equilíbrio econômico-financeiro e a lucratividade esperada da atividade, todavia, o interesse patrimonial não pode se sobrepor totalmente ao caráter essencial dos serviços objeto do contrato, justamente em razão do direito social e fundamental em questão.

É certo que não se pode suprimir a teoria contratual, mas, como já tratado anteriormente, a tutela jurídica dos direitos fundamentais não é simples, a saúde foi acolhida como direito hierarquicamente superior a tantos outros, motivo pelo qual não há como analisar o contrato de assistência à saúde sob a ótica de um bem jurídico puramente patrimonial.

Faz-se necessária a ponderação de interesses, bens, normas e valores em jogo, realizando a conciliação entre os princípios constitucionais e de direito privado.

3.2 A DESCONEXÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS TRADICIONAIS E O MODELO DE CONTRATAÇÃO DE PLANOS DE SAÚDE

A ideia de contrato deriva da construção de sociedade, visto que existe desde o momento em que as pessoas passaram a se relacionar, mas deve refletir a realidade social.

Nesse sentido, o que se percebe é que as teorias contratuais tradicionais precisaram se harmonizar com as necessidades e interesses sociais, importando princípios constitucionais e de outras legislações infraconstitucionais para que sejam interpretados.

A teoria contratual tida como tradicional, representada principalmente pelo Código Civil de 1916, refletia a ideia de priorização da liberdade de contratar. O que se verificava é que o Código Civil “*pretendia ser o corpo jurídico único e exclusivo das relações patrimoniais*”³⁸. O papel do legislador era limitado a conter os ilícitos, mas a relação jurídica entre as partes era aberta à autonomia da vontade.

Assim, era latente a dicotomia entre o direito privado e o direito público, sendo que o que era estabelecido pelas normas constitucionais pautava a atuação do poder público. Nem se falava em eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, até mesmo em razão da intervenção estatal na economia ser extremamente criticada.

Todavia, com a própria percepção de crescimento das desigualdades, a identificação de vulnerabilidades de determinados contratantes, com a própria edição do Código de Defesa do Consumidor, foi-se afastando a premissa de que há um livre acordo de vontades, dando azo ao surgimento de uma nova teoria contratual, por necessidade e por adequação.

Não obstante, apesar da desarmonia dos princípios contratuais tradicionais, as empresas que atuam no setor de saúde privado insistem em utilizá-los como justificativa para empreender negativas de cobertura baseadas nas cláusulas contratuais previstas no contrato de assistência privada à saúde.

Nesse sentido, serão enfrentados os princípios que pautam a atuação das operadoras dos planos de saúde, demonstrando o conflito com a nova teoria contratual. Para, em sequência, demonstrar a visão mais afastada do patrimonialismo, a tendência denominada de constitucionalização do direito privado, que, como posicionamento adotado nesta pesquisa, representa uma necessidade.

3.2.1 A Teoria Contratual Tradicional e o Princípio da Força Obrigatória dos Contratos

³⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil**: a interpretação do direito privado à luz da constituição da república. (SYN) THESIS, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012.

Conforme conceituado por Maria Helena Diniz³⁹, os contratos são negócios jurídicos em que se depende do encontro de vontade das partes, formando um ato que se regulam interesses privados.

Nesse sentido, entende-se que é pautado na autorregulamentação dos interesses de particulares, de modo que, por meio de acordos, as partes constituem, modificam ou extinguem obrigações.

Seu fundamento é a vontade humana, dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, sendo um ato jurídico bilateral que depende de pelo menos duas vontades para constituir um contrato.

Como já apresentado, o plano de assistência privada à saúde emerge de um negócio jurídico, com cláusulas contratuais restritivas que ensejam a prática de restrição e não cobertura de eventos e procedimentos relacionados à saúde do beneficiário.

Já foi adotada na presente pesquisa a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de modo que, em razão da fundamentalidade do direito à saúde, assumindo posição hierarquicamente superior, conforme positivado na Constituição Federal, faz-se necessário que os particulares se abstenham de violar tal direito, assim como devem se submeter aos princípios próprios.

Mas, em se tratando de um negócio jurídico, o contrato de assistência privada à saúde se submete aos ditames da teoria contratual. Aliás, alguns princípios que permeiam os contratos são muito utilizados pelas operadoras de planos de saúde para justificar que, diante das cláusulas restritivas de cobertura, não há que se falar em abusividade na negativa de custeio ou fornecimento, visto que as partes concordaram com o negócio jurídico, se submetendo aos ditames delimitados no texto contratual.

Alguns dos princípios, tratados a seguir, de fato são ensejadores de conflitos quando se analisa o contrato de plano de saúde e as práticas restritivas empreendidas pelas operadoras, mas outros são justamente o motivo pelo qual tais cláusulas restritivas de cobertura representam o esvaziamento da natureza do negócio jurídico.

3.2.1.1 O princípio da autonomia da vontade

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 31.

O contrato é fonte de obrigações e, nesse sentido, o princípio da autonomia da vontade parte da ideia, e, pode-se dizer, de um ideal, de liberdade de estipulação entre as partes. A partir do poder de autorregulamentação, os contratantes, levando em conta seus próprios interesses e tentando harmonizá-los, realizam acordos com o objetivo de fixar o conteúdo e a extensão do contrato, dentre outras características.

O referido princípio abrange, como leciona Maria Helena Diniz⁴⁰, a liberdade contratual, ou seja, a determinação do conteúdo do negócio jurídico, e a liberdade de contratar, de escolha de outros contratantes, podendo decidir o que lhe favorece e introduzir ou alterar cláusulas conforme seus interesses. “Assim, o princípio da autonomia da vontade é o poder conferido aos contratantes de estabelecer vínculo obrigacional” (DINIZ, 2019, p.44).

Todavia, é pertinente apontar que o referido princípio não reflete a realidade da sociedade hodierna. Como já foi apontado no primeiro capítulo, há uma supremacia econômica por parte das operadoras de planos de saúde em relação aos usuários, de modo que as regras contratuais obviamente passam a atender os interesses do elo economicamente mais forte.

Ainda, diante dos contratos de adesão, da expansão da contratação em massa, com o oferecimento dos contratos padronizados, sequer é possível dizer que qualquer contratante tenha a chance de estipular de modo diverso. Há justamente a mitigação da autonomia da vontade dos beneficiários.

3.2.1.2 Princípio da Força Obrigatória dos Contratos

Denominado também de *pacta sunt servanda*, o princípio da força obrigatória dos contratos estabelece que o contrato faz lei entre as partes, estando elas, a partir da constituição do negócio jurídico, vinculadas ao que foi pactuado.

É derivado da autonomia da vontade, se houve contratação de forma livre, a ideia é de que estipula-se uma norma que autoriza, inclusive, a execução patrimonial contra aquele que inadimpliu com as obrigações a que se responsabilizou.

Anote-se que o princípio da força obrigatória como regra máxima tinha previsão já no Direito Romano, segundo o qual deveria prevalecer o *pacta sunt servanda*, ou

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 41.

seja, a força obrigatória do estipulado no pacto. Não poderia, portanto, sem qualquer razão plausível, ser o contrato revisto ou extinto, sob pena de acarretar insegurança jurídica ao sistema.⁴¹

Em mesmo sentido do princípio anterior, em razão da realidade negocial, que retirou a vontade das partes como objeto principal de uma relação jurídica contratual, o *pacta sunt servanda* não é tido mais como regra geral.

Verifica-se do contrato de plano de saúde que duas partes possuem interesses/vontades diferentes, uma de auferir lucro a partir do fornecimento de serviços de assistência privada à saúde, e a outra de ver sua saúde e as necessidades decorrentes de tratamentos e prevenções atendidas.

Mas houve a preponderância de uma das vontades, a da parte que de fato redigiu o texto contratual, a contratada, motivo pelo qual, se considerarmos o contrato como “lei”, sem a possibilidade de revisão, estaremos por permitir abusividades que ferem os direitos dos beneficiários, e, principalmente, que fere um direito fundamental.

Apesar de não ser considerado extinto dentro do ordenamento, até mesmo para preservar a liberdade econômica, o princípio da força obrigatória dos contratos tem sido mitigado por outros dois, principalmente, sendo a função social dos contratos e a boa-fé objetiva.

3.2.2 A Nova Teoria Contratual

Em razão da necessidade de adequação e harmonização entre as normas de ordem pública e da esfera individual, surgiu a preocupação de promoção da justiça contratual, de modo que deva haver a prevalência de equilíbrio entre as partes, justamente para proteger a confiança e a boa-fé das partes.

Considerando as desigualdades e a necessidade de promoção da justiça social, a preponderância da visão patrimonialista do Código Civil foi sendo substituída pela tendência de constitucionalização do Direito Privado.

Passou-se a ter a noção de que o Estado precisa atender às necessidades da sociedade, de modo a solucionar, também, os problemas que extrapolam o controle dos particulares.

⁴¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil, volume único**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 571.

Com efeito, a inclusão dos institutos de direito civil, como contrato, propriedade e família, na agenda atinente à ordem pública associa-se à irradiação dos princípios constitucionais nos espaços de liberdade individual. A partir da interferência da Constituição no âmbito antes reservado à autonomia privada, uma nova ordem pública há de ser construída, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República.⁴²

No caminho da real efetivação dos direitos fundamentais, tendo como centro do ordenamento jurídico o princípio-valor da dignidade da pessoa humana, compreendeu-se a necessidade de harmonização dos princípios e regras centrais do Direito Privado aos princípios e direitos protegidos pela Constituição Federal.

Assim, diante da assimetria das relações jurídicas travadas, a Carta Magna foi adotada como instrumento de proteção aos hipossuficientes, estimulando a aplicação dos princípios constitucionais às relações entre particulares, regidas até então apenas pelo Código Civil, de forma a humanizar o direito privado, é o que explica Daniel Sarmento⁴³.

O Código Civil de 2002, assim como outros códigos e legislações, acompanhou a concepção social dos contratos, adotando novos princípios que modificaram a visão e análise dos negócios jurídicos regidos pelo direito privado, não necessariamente substituindo os antigos, mas adotando uma posição de ponderação de interesses, normas e princípios.

Um dos princípios adotados é a boa-fé objetiva, que diz respeito à colaboração entre as partes. A conduta das partes deve se pautar em deveres anexos como o dever de cuidado, de respeito, de informação sobre o conteúdo do contrato, de confiança, de probidade, de razoabilidade e de equidade.⁴⁴

Desse modo, há a restrição dos princípios da força obrigatória dos contratos e da autonomia da vontade, visto que a boa-fé objetiva não se harmoniza com a abusividade de direitos por uma das partes.

O princípio da função social do contrato leva em conta a finalidade do contrato para o coletivo, ou seja, para a sociedade. O negócio jurídico deve atingir a igualdade substancial, sem promover o desequilíbrio, atendendo à justiça social.

Miguel Reale disserta que:

⁴² TEPEDINO, Gustavo. **Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil**: a interpretação do direito privado à luz da constituição da república. (SYN) THESIS, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012.

⁴³ SARMENTO, Daniel. **A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

⁴⁴ Cf. TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 573.

O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária.⁴⁵

Assim, a realidade social deve ser considerada na análise do contrato e dos seus impactos. Da própria tendência de constitucionalização do direito privado, a ideia é que a função social do contrato ultrapasse a ideia de segurança jurídica, atendendo aos interesses e necessidades da pessoa humana e da dignidade.

A autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos deve harmonizar com a função social do negócio jurídico, limitando-se pelos regramentos de ordem pública. O objetivo do princípio é justamente garantir e tutelar os direitos fundamentais e individuais.

Não se pode permitir que uma das partes se beneficie em detrimento da outra de modo desproporcional, o equilíbrio entre contratante e contratado é necessário, sob pena de violação dos direitos constitucionalmente assegurados.

A nova teoria contratual, delineada pelos novos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual objetivam proteger as partes vulneráveis, impedindo o desequilíbrio na relação contratual. Os novos métodos de contratação não servem mais à teoria contratual do Estado Liberal, que assumiu posição crítica ao dirigismo contratual.

3.2.3 A Busca Pelo Atendimento Irrestrito Como Violadora da Função Social do Contrato

Mas, focar apenas na hipossuficiência e vulnerabilidade significaria adotar uma visão reducionista dos conflitos existentes na relação jurídica traçada no contrato de assistência à saúde privada. Inclusive em razão da insuficiência de regulamentação se adotada a análise por meio de um único regramento legislativo.

⁴⁵ REALE, Miguel. **Função social do contrato**. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/>>. Acesso em: 29 nov.2022.

O problema central desta pesquisa, a violação da essencialidade do contrato de plano de saúde, esbarra justamente na adoção de diversos diplomas legais para a análise das cláusulas e práticas adotadas pelas empresas do setor de saúde privada.

São válidas as preocupações das operadoras quanto à cobertura de procedimentos e eventos requeridas pelos usuários. A boa-fé objetiva é obrigação de ambas as partes, de modo que, procedimentos desnecessários ou indicações de procedimentos desvinculados do diagnóstico, por exemplo, acabam por comprometer a disponibilidade financeira dos planos.

A desconsideração completa do texto contratual pode assumir dimensões desastrosas à função social desses contratos, visto que a coletividade beneficiária do plano de saúde, que possui a expectativa de atendimento por parte da empresa contratada, será prejudicada pela ausência de condição de manutenção de um saldo positivo por parte da operadora.

Atitudes desproporcionais como - a escolha de profissional renomado, fora da rede credenciada, mesmo presente a disponibilidade de profissionais com a mesma *expertise* e capacidade; a realização de procedimentos em valores superiores aos praticados, com a expectativa de reembolso integral; a realização de cirurgias de caráter puramente estético sem qualquer relação com a preservação da vida e da saúde, se consideradas como válidas, podem acarretar em déficit das empresas e, conseqüentemente, na impossibilidade de cobertura de eventos e procedimentos efetivamente necessários.

Não apenas a expectativa dos usuários deve ser considerada, visando o equilíbrio e a justiça contratual, é legítima a preocupação com a sobrevivência por parte das empresas. É por tal razão que, inclusive, o usuário tem o dever de informar sobre a presença de doenças ou lesões preexistentes, de agir com honestidade acerca de suas necessidades.

Por outro lado, o que se percebe é que, não raro, as operadoras querem se esquivar do risco da atividade, da imprevisibilidade inerente ao objeto do contrato, a saúde, tornando o contrato oneroso ao consumidor, sem garantir a cobertura de determinados procedimentos e eventos de doenças que obrigatoriamente possuem previsão de garantia.

Importante considerar o desenvolvimento econômico, sem desestimular a atuação das operadoras no mercado, todavia, sem deixar de compreender que existe na relação um elo mais fraco, que pode ter sua legítima expectativa frustrada, violando sua boa-fé objetiva, bem como a função social do contrato, além do direito fundamental.

Por isso, o diálogo entre as legislações aplicáveis aos contratos de assistência privada à saúde é necessário, ponderando os interesses e princípios aplicáveis. Não há como negar a existência de conflitos de interesses entre os usuários e as operadoras, mas, o que se pretende

é afirmar a ideia de um mínimo de cobertura que não viole a natureza do contrato e consequentemente o direito fundamental à saúde e ao tratamento médico adequado.

3.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO BARREIRA ÀS PRÁTICAS E CLÁUSULAS ABUSIVAS

Há nos contratos de planos de saúde uma intensa vulnerabilidade dos consumidores, na dimensão técnica, informacional, jurídica e econômica, conforme inclusive abordado no capítulo 2.

Ainda que não se possa abandonar os princípios contratuais e, como ressaltado anteriormente, o equilíbrio contratual, sendo também incompatível que as empresas exerçam a cobertura irrestrita e até desvinculada do contrato, não se pode olvidar que há um desequilíbrio evidente.

Os planos de saúde assumem papel de suprir as deficiências do setor público, sendo o contrato objeto da presente pesquisa um instrumento de proteção e promoção da saúde, de modo que os usuários possuem a expectativa de serem segurados quanto às necessidades de prevenção e tratamento da saúde de um modo geral.

Assim, há grande discussão acerca das legislações aplicáveis, todavia, as legislações que permeiam o referido contrato já foram expostas no primeiro capítulo, e, neste, será apresentado o panorama geral da controvérsia para, em sequência, apresentar o Código de Defesa do Consumidor como microssistema imprescindível à contenção das abusividades praticadas pelos planos de saúde.

3.3.1 A normatização das coberturas contratuais mínimas

A Lei 9.656/98, a denominada lei de planos e seguros privados de assistência à saúde, trouxe a regulamentação antes inexistente acerca da atuação das operadoras, rompendo com a discricionariedade irrestrita, criando regras acerca das coberturas contratuais mínimas.

Antes da regulamentação trazida pela Lei 9.656/1998 nenhuma dessas modalidades de operadoras de plano de saúde era regulada. A única exceção se aplicava às seguradoras, que já eram reguladas pela Superintendência de Seguros Privados –

SUSEP. Logo, não havia padronização em relação a muitos aspectos das operadoras de planos de saúde e seus produtos.⁴⁶

Os contratos de planos de saúde devem cobrir a totalidade das doenças relacionadas pela Organização Mundial da Saúde, previstas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID).

Nesse sentido, 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”*.⁴⁷

As coberturas não obrigatórias constam do artigo 10, da Lei 9.656/98, e, por outro lado, as exigências tidas como mínimas, conforme o artigo 12, da referida lei, constarão no Rol de Eventos Procedimentos e Eventos editado pela Agência Nacional de Saúde (ANS) por meio de Resoluções Normativas.

Todavia, o problema em questão é, em verdade, a vinculação dos consumidores ao elenco de procedimentos e eventos definido pela agência reguladora, visto que, em razão da previsão, o que ocorre é a recusa de cobertura por parte das operadoras sem maiores análises quanto à necessidade fática.

A natureza do rol tem sido motivo de conflitos de entendimento, recentemente, neste ano de 2022, o Superior Tribunal de Justiça se reuniu em julgamento para sanar as divergências acerca da natureza jurídica do referido rol.

Para a Quarta Turma, em julgamento do REsp nº1733013/PR, o rol assumia natureza taxativa⁴⁸, todavia, comportando exceções, enquanto para a Terceira Turma, o rol seria exemplificativo⁴⁹. Após intensos debates, em 08/06/2022, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça⁵⁰ concluiu pela natureza taxativa do rol, mas com a ressalva de situações excepcionais que deveriam ser observadas pelas operadoras de planos de saúde.

⁴⁶ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. **Planos de Saúde - Aspectos Jurídicos e Econômicos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 69.

⁴⁷ 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 apud GOMES, 2013, p. 175.

⁴⁸ STJ – REsp: 1.733.013/PR 2018/0074061-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 10/12/2019, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/02/2020. Acesso em 28 Fev. 2022.

⁴⁹ STJ - REsp: 1769557 CE 2018/0255560-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/11/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/11/2018. Acesso em 28 Fev. 2022.

⁵⁰ Julgamento dos Embargos de Divergência 1.889.704-SP e 1.886.929-SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

Todavia, apesar da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, com os ânimos inflamados⁵¹, intensos debates ensejaram a promulgação das Lei 14.454/22, que cuidou em acrescentar ao artigo 10, da Lei 9.656/98, a necessidade de cobertura de tratamentos não previstos no rol de procedimentos e eventos editado pela ANS, desde que cumpridos alguns requisitos:

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.” (NR)⁵²

Nesse sentido, encerrando, em certo modo, a discussão sobre a taxatividade do rol, visando alterar o ponto de intenso conflito acerca das negativas de cobertura, percebeu-se que a edição da referida lei privilegia a demonstrada necessidade de proteção da legítima expectativa do consumidor, que possui a confiança de que as operadoras irão fornecer o tratamento médico-hospitalar adequado ao seu caso, quando necessário e essencial à preservação de sua saúde.

A negativa de cobertura por parte das operadoras, provavelmente, não se encerra com a edição da referida lei. A legislação específica se destina, principalmente, a impedir as restrições justificadas pelo rol de procedimentos e eventos da ANS, mas ainda permanece a justificativa de não previsão contratual, apoiada nos princípios contratuais acima conceituados.

Até mesmo em razão da análise das solicitações partir das operadoras, que, em regra, não se mostram preocupadas com a necessidade real, mas sim com aquilo que cuidou em excluir a cobertura por meio da construção do texto contratual.

Além disso, Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental já foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal, questionando

⁵¹ **Por cobertura em planos de saúde, mães se acorrentarão no STJ na 4ª.** Metrôpoles. 2022. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/por-cobertura-emplanos-de-saude-maes-se-acorrentarao-no-stj-na-4a>>. Acesso em: 28 fev. 2022.

⁵² BRASIL. **Lei nº 14.454, de setembro de 2022.** Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Brasília, DF: Presidência da República [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.htm>. Acesso em: 1 nov. 2022.

as alterações da lei, justamente tomando como base os princípios acima referidos, o que demonstra que a discussão sobre o custeio de determinados procedimentos e eventos ainda não possui previsão de encerramento.

3.3.2 O diálogo das fontes

O Código de Defesa do Consumidor representa a mudança de paradigmas e princípios, voltando-se para o sujeito, para o consumidor, parte vulnerável e que, não raro, assume prestações excessivamente onerosas em razão de sua hipossuficiência. Sem esquecer dos conceitos provenientes do direito contratual, o microsistema conseguiu de uma maneira mais assertiva proteger o mínimo necessário aos consumidores.

Ainda que a Lei 9.656/98 represente um grande avanço na redução da discricionariedade das operadoras de planos de saúde, grande é a influência e necessidade do Código de Defesa do Consumidor na proteção dos consumidores ante à ausência de equilíbrio na relação contratual.

A especificidade da legislação que regulamenta os planos de saúde acaba por realizar *“um recorte mais delimitado das práticas que podem ser realizadas pelas operadoras de planos de saúde”*⁵³. Não obstante, não esgota a incidência das demais normas jurídicas vigentes no ordenamento pátrio.

Enquadrando-se no conceito de contrato de consumo, cabe, na análise do negócio jurídico e das práticas empreendidas pelas operadoras, a compatibilização entre as demais normas jurídicas, em especial, o microsistema consumerista, justamente objetivando a concretização do direito fundamental à saúde e a proteção do usuário na sua posição de vulnerável.

Nesse sentido, utiliza-se da teoria do diálogo das fontes, decorrente da necessidade de aplicação coerente das leis de direito privado existentes no ordenamento jurídico. Emerge pela tendência de harmonia do ordenamento, de modo que não seja necessária a exclusão de uma norma em detrimento de outra.

Erik Jayme propõe a coordenação dessas fontes, uma coordenação flexível e útil (effet utile) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das

⁵³ GOMES, Josiane Araújo. **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**. 2013. 285 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013. p. 73.

normas em conflito do sistema jurídico (ou do "monólogo" de uma só norma possível a "comunicar" a solução justa) à convivência dessas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua ratio, a finalidade "narrada" ou "comunicada" em ambas. A bela expressão de Erik Jayme, hoje consagrada no Brasil, alerta-nos de que os tempos pós-modernos não mais permitem esse tipo de clareza ou de "mono-solução".

A solução sistemática pós-moderna, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à micro recodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, deve ser mais fluida, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (veja o art. 2.043 do CC/2002).⁵⁴

O diálogo de fontes serve como efetivação de princípios, na aplicação simultânea do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e das leis especiais, há uma eficácia na proteção do consumidor.

Nas lições de Cláudia Lima Marques, três são os tipos de diálogo possíveis, o diálogo sistemático de coerência, de modo que uma lei serve como base conceitual para a outra, o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade, havendo complementação de uma na aplicação da outra, e, por fim, o diálogo de influências recíprocas sistemáticas, em que consiste na influência do sistema geral no especial e vice e versa.

O Código Civil apresenta princípios que regem as relações contratuais, de modo que, até como garantia da função social do contrato e da boa-fé objetiva, servem como base para a atuação dos planos de saúde. Além disso, apresenta as noções de negócio jurídico aplicadas pela lei especial.

Do mesmo modo, como já anteriormente compreendido, a Lei de Planos de Saúde estabelece diretrizes e coberturas mínimas por parte das empresas do setor de saúde privado, todavia, o setor passa atualmente por intensa insegurança jurídica.

A legislação foi modificada recentemente, devido aos interesses do momento, todavia, ante ao incessante debate, o que tem se verificado é que podem haver regulamentações em sentido diverso em qualquer momento, assim como há a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da referida alteração trazida pela Lei 14.454/2022.

Nesse sentido, é relevante considerar o diálogo das fontes e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na análise das cláusulas contratuais que ensejam e justificam determinadas práticas das operadoras, até mesmo como barreira à violação do direito à saúde

⁵⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p.139.

e dos princípios constitucionalmente assegurados de proteção do consumidor e da dignidade da pessoa humana.

Até mesmo considerada a hierarquia material do microsistema consumerista, bem como a proteção do consumidor como direito fundamental, a utilização dessa fonte, comunicando-se com outras, é meio mais seguro para conter qualquer regramento que seja editado em desfavor do usuário na proteção do direito à saúde.

3.3.3 A abusividade das cláusulas contratuais restritivas de cobertura e das práticas adotadas

O Código de Defesa do Consumidor serve como proteção à imposição de onerosidades por parte das operadoras. Na esteira da necessidade de proteção da parte vulnerável, que não possui conhecimentos técnicos para considerar o que é ou não razoável das cláusulas contratuais restritivas impostas, bem como convive com a imprevisão das necessidades relacionadas à saúde, há algumas garantias impostas no microsistema.

A codificação estabelece a interpretação de forma mais favorável ao consumidor, em casos de ambiguidade e contradição, de modo a limitar a autonomia da parte mais forte, tentando promover a igualdade substancial dos contratantes

O que se pretende é proteger as expectativas do consumidor, impedindo que o fornecedor utilize-se dos contratos que redige unilateralmente para auferir lucros e vantagens exagerados.

É em razão disso que o Código de Defesa do Consumidor adotou posição firme acerca das cláusulas abusivas, aquelas que colocam o consumidor em desvantagem e desequilíbrio, sendo consideradas, em seu artigo 51, nulas de pleno direito.

O que se compreende das referidas cláusulas, é um abuso de direito por parte do fornecedor, além do desvio de finalidade e da função social do contrato, desrespeitando a boa-fé objetiva do consumidor.

Nos contratos de assistência privada à saúde, ainda que a Lei 9.656/98 tenha pretendido reduzir a discricionariedade por parte dos fornecedores, há cláusulas manifestamente abusivas, e que merecem análise e interpretação nesse sentido, visto que ferem o direito fundamental à saúde.

Limitações de período para internações hospitalares, exclusão de cobertura de determinadas doenças como AIDS, estipulação de períodos de carência para urgência e

emergência, são algumas das cláusulas que restringem os direitos dos consumidores e afrontam a concretização do direito fundamental à saúde.

Ainda, tais cláusulas levam às práticas abusivas empreendidas por parte das operadoras, como as recusa de internações, de procedimentos como a colocação de próteses mamárias para pacientes que passaram pela remoção de tumores, de utilização de procedimentos menos invasivos, mais modernos e efetivos, que fogem da técnica habitual.

Assim, quanto à interpretação dessas situações, tem-se que, pela normativa do Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 54, §4º, as cláusulas que restringem direitos devem ser redigidas “*com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão*”. (BRASIL, 1990).

Além disso, diante de conflitos ou ambiguidades, o que preleciona o microsistema legislativo é que “*As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*”, na inteligência do artigo 47.

A própria Lei de Planos de Saúde regulamenta o dever de informação em seu artigo 16, parágrafo único, dispondo, *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.⁵⁵

Nesse sentido, há, na legislação, mecanismos de proteção, todavia, o que se pretende indagar, quanto aos exemplos acima citados é - a implementação de cláusulas dessa natureza, se redigidas de forma clara, são compatíveis com o direito tutelado? As resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar são capazes de permitir determinadas exclusões de cobertura e práticas que violam o fornecimento ao tratamento médico adequado? O dever de informação é suficiente ao consumidor?

3.4 A EXISTENCIALIDADE DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

As operadoras de planos de saúde, quando ingressam no setor, devem possuir a compreensão devida do direito objeto do contrato, de seu papel no fornecimento ao tratamento médico adequado.

⁵⁵ BRASIL. **Lei nº9.656, de 03 de junho de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

No que tange à saúde, um direito fundamental constitucionalmente positivado, o que se demonstrou ao longo desta pesquisa, é a complexidade do tema, tendo em vista a imprevisibilidade das necessidades.

O que se verifica, em várias situações, é a necessidade de análise e ponderação dos princípios, conforme o caso concreto, apontando-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os princípios de proteção do consumidor e a tutela do mínimo existencial, garantindo a dignidade da pessoa humana.

Todavia, o que se adota como ponto principal da presente pesquisa, é justamente a necessidade de compreender o contrato de assistência privada à saúde como um contrato existencial, o que se faz imprescindível para a efetiva tutela e garantia do direito à saúde e do beneficiário, que não deveria sequer se deparar com cláusulas contratuais abusivas que são utilizadas para a negativa de cobertura em momento de maior acentuação da vulnerabilidade, quando se necessita de um tratamento adequado.

De fato, o saber jurídico, através da dogmática, especializa-se na formulação de classificações e sistematizações que, no entanto, muito além de servirem como orientação didática baseada em mecanismos de pura lógica, constituem um eficaz instrumento para resolução de casos concretos.⁵⁶

Para além das balizas do Código de Defesa do Consumidor, o que se adota como posicionamento é que a dimensão da existencialidade do contrato e a essencialidade do bem jurídico tutelado são, efetivamente, a interpretação que melhor protege os interesses dos beneficiários e sua legítima expectativa. Até mesmo para adotar um ideal mais seguro, que independe da vontade do legislador na edição de leis específicas, ou de resoluções editadas pela ANS.

Com a tendência de constitucionalização do Direito Privado, tendo em vista a ruptura da visão tradicional do contrato, tomando-se como base o princípio basilar do ordenamento jurídico - dignidade da pessoa humana, emerge uma nova classificação de contrato, pautada nas necessidades existenciais da parte.

Ainda que o contrato advenha de uma atividade econômica, começou a se verificar o interesse e o bem tutelado, objeto do contrato, que nem sempre possui natureza patrimonial. Nesse sentido, a importância do objeto contratado passou a ser observada no tratamento jurídico da relação contratual.

⁵⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 351.

Neste sentido, procura-se a seguir ilustrar de que forma a evolução mais recente da tipologia contratual sinaliza para o aparecimento de novas classes de contrato cujo critério individualizante, ao invés de privilegiar apenas a forma, desce à substância do vínculo contratual, criando-se meios de distinguir os contratos à luz das necessidades concretas dos contratantes e, conseqüentemente, à luz da desigualdade de poder negocial entre os mesmos.⁵⁷

O parâmetro proposto é justamente visualizar as necessidades básicas da parte contratante, levando-se em conta sua posição de vulnerabilidade. Isto posto, *“reconhece-se que em determinados contratos, que colocam em jogo o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, há necessidade de um tratamento jurídico diferenciado dos demais com objeto meramente patrimonial.”*⁵⁸

Assim sendo, os princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade são restringidos em razão da importância do bem jurídico que pauta o contrato, justamente pela necessidade de proteção para garantir a dignidade da pessoa humana. A essencialidade está diretamente ligada aos direitos fundamentais.

O paradigma da essencialidade consubstancia um modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado. Esta classificação divide os bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado.⁵⁹

Os consumidores, ao aderirem a um contrato que envolve direitos essenciais visam, com o negócio jurídico, não um bem patrimonial, mas a sua subsistência. As principais características dos contratos existenciais são a ausência de finalidade lucrativa por pelo menos uma das partes, bem como que o objeto do contrato seja a subsistência, a proteção de um bem da vida.

Por isso, *“há mesmo certa hierarquização dos contratos existenciais sobre os contratos empresariais considerando a essencialidade intrínseca, o que justifica a intervenção mais ativa e necessária dos órgãos protetivos e da respectiva legislação.”*⁶⁰

⁵⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 365

⁵⁸ SCHMIDT, Ayeza. **Contrato, Essencialidade e Direitos Fundamentais**: A essencialidade do bem, à luz do direito fundamental à saúde. Cadernos da Escola de Direito, v. 2, n. 21, p. 13-52, 2014.

⁵⁹ Ibid, p.334-335.

⁶⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. FERREIRA, Keila Pacheco. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo**. Revista de Direito do Consumidor, v.79/2011, p. 265-308, jul-set. 2011.

Quanto à saúde, já identificada como direito fundamental e social nos tópicos anteriores, representa um valor e também uma necessidade, para perfazer o mínimo existencial. Conforme estabeleceu o Supremo Tribunal Federal:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).⁶¹

Há alguns critérios jurídicos para estabelecer as necessidades mínimas de uma pessoa, se extrai do artigo 7º, IV, da Constituição Federal, a necessidade de o salário mínimo possuir valor suficiente para “*atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*” (BRASIL, 1988).

Quanto aos serviços essenciais, devem ser disponibilizados à população de forma contínua e, cuidou a Lei da Greve (Lei 7.783/89) em estabelecer os serviços e atividades essenciais, *in verbis*:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI - compensação bancária.⁶²

E, ainda, em seu artigo 11, parágrafo único, faz a conceituação das necessidades inadiáveis sendo “*aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população*”.

Assim, tais disposições, consideradas em conjunto com o artigo 6º, da Constituição Federal, já objeto de citação no capítulo anterior, estipulam a saúde como sendo um direito

⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR / SP. DJe 15/09/2011. Acesso em 01 dez. 2022.

⁶² BRASIL. Lei Nº 7.783, de 28 de Junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1989]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 04 dez. 2022.

essencial e, portanto, trazem conotação de existencialidade para o contrato que objetiva o fornecimento de serviços médico-hospitalares.

[...]a classificação dos bens como essenciais é considerada um fator de diferenciação da incidência da tutela estatal sobre os contratos que determinem a primazia das situações existenciais sobre as patrimoniais, pois caracterizando-se um contrato de consumo como existencial, os interesses regulamentados por ele justificam e legitimam especial intervenção, visto que objetiva a realização de necessidades fundamentais [...]⁶³

Assim, as operadoras de saúde estão submetidas aos ditames constitucionais, justamente por se prestarem a proteger um bem jurídico existencial. Ainda que existente a racionalidade contratual e os princípios da teoria contratual tradicional, não se pode olvidar que há um mínimo a ser protegido por parte dessas fornecedoras de serviços privados de assistência à saúde.

Os planos de saúde se relacionam com a preservação da vida dos beneficiários e mais, as operadoras exercem papel de fornecimento e acesso ao tratamento médico digno e adequado, até mesmo em razão da confiança do contratante, que buscou no setor privado, uma segurança que não visualizou no setor público.

Os contornos deste contrato não podem ser os mesmos de um negócio jurídico que estipula sobre um bem meramente patrimonial. Nesse sentido, não há que se compreender como razoável cláusulas que esvaziem a natureza existencial do contrato ou que afrontem o próprio objetivo do negócio jurídico.

Aliás, o contrato de plano de saúde representa o conflito entre patrimonialidade e existencialidade, de um lado a operadora que objetiva o lucro no exercício da atividade de mercado e de outro o interesse do beneficiário na preservação da vida e da saúde.

É nesse sentido que entendeu o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Relatora Ministra Nancy Andrighi, na decisão em Recurso Especial sobre o custeio de transplante de órgãos:

Chega-se, por fim, à conclusão de que ao assumir considerável fatia de mercado, sob a premissa da existência de uma “lacuna do Estado”, tem-se um paradoxo que deve ser considerado: a obtenção do lucro da seguradora corre diretamente na mesma linha da prestação satisfatória das garantias constitucionalmente previstas atinentes à saúde; se estas são realizadas de forma ótima, aquele é perfeitamente alcançável. Devem, pois, correr ombro a ombro; jamais ser erroneamente concebidos ou

⁶³ DIAS, Nathália da Mota Santos. **Apontamentos sobre a essencialidade e função social nos contratos existenciais**. 2016. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016. Cap.4.

compartimentalizados. Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado. Fatiar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro. Dessa forma, em respeito ou fim primordial do contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar, e com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico-assistencial necessário –, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante de órgãos do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido o segurado submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida.⁶⁴

Assim, o contrato deve condizer com a sua função social, de garantir a sobrevivência do indivíduo. Sendo o contrato de plano de saúde imerso nessa característica, utilizar-se de restrições que retirem a responsabilidade da empresa de uma obrigação essencial, acaba por ferir a natureza do contrato e, portanto, ocasionando sua inutilidade.

As operadoras de planos de saúde, ao ingressarem no setor privado, possuem a consciência de que lidam com um direito social, com a dignidade da pessoa humana, justamente nesse sentido, o contrato é regulado por algumas leis do ordenamento jurídico. Mas, há que sair da interpretação e análise própria dos contratos empresariais.

Por óbvio que não se defende o atendimento e fornecimento irrestrito de tratamentos aos usuários, há, no universo da saúde, procedimentos e eventos que são puramente estéticos ou excessivamente e desnecessariamente onerosos à operadora, e são essas coberturas que deveriam ser objeto de restrição no contrato.

Todavia, tratamentos críticos em que os pacientes possuem urgência e necessidade para a sua sobrevivência, não podem ser objeto de recusa de cobertura por parte do plano de saúde. A utilização de cláusulas amplas destinadas à exclusão de custeio, retirando a necessidade de análise fática, vinculando irrestritamente os usuários, acabam por violar a natureza do contrato e o próprio direito à saúde.

O caráter essencialíssimo do negócio jurídico deve servir de barreira às abusividades empreendidas pelas fornecedoras de assistência privada à saúde, no sentido de preservação da vida, da subsistência e da dignidade da pessoa humana. *“Os contratos existenciais cumprem utilmente a tarefa de desenvolvimento da pessoa, porque modelo destinando a determinado*

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.053.810 - SP. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 15/03/2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/19152853/inteiro-teor-19152854>>. Acesso em: 01 dez. 2022.

*fim, in casu, a intangibilidade da pessoa, do mínimo existencial, dos direitos fundamentais.*⁶⁵”.

É muito além do dever de informar, até mesmo porque se mostra inócuo à realidade do contratante. Em geral, os usuários dos planos de saúde não possuem conhecimento técnico, nem poder de escolha quanto às necessidades que surgirão.

Diante da imprevisibilidade dos eventos relacionados à saúde, de que adiantaria que as cláusulas restritivas de cobertura fossem colocadas de forma destacada no contrato?

As próprias resoluções editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, são um avanço regulamentador no que tange à parâmetros de conduta, todavia, se consideradas como taxativas, podem ser utilizadas pelas operadoras para fundamentar a negativa de cobertura, esvaziando o objetivo do contrato.

Observando-se o desenvolvimento tecnológico próprio da área, seria razoável que se impedisse a realização de tratamentos pelos meios menos atuais, com base no custo financeiro, mas que pudessem representar um risco maior do que o necessário ao paciente?

Não há como delimitar quais são as urgências e emergências passíveis de cobertura, ou os procedimentos e eventos que serão fornecidos, de forma genérica. As cláusulas restritivas de cobertura, usadas como justificativa para a negativa, sem análise efetiva do caso concreto, representam um desserviço à natureza do contrato.

O que se verifica são conflitos de interesses entre as partes, todavia, não há que se olvidar que uma das partes não objetiva o lucro ao aderir ao contrato, mas sim a sua subsistência, construindo a legítima expectativa e confiança de que suas necessidades serão atendidas quando necessário.

E, neste ponto, considerando a discricionariedade quanto ao fornecimento, baseando-se nos princípios contratuais tradicionais, nas cláusulas abusivas e nas resoluções editadas pela ANS, há perigo aos beneficiários.

A necessidade de visualização e compreensão da essencialidade do contrato serve justamente para alcançar o equilíbrio contratual. Adotar o paradigma da essencialidade é resguardar os direitos fundamentais e promover a dignidade da pessoa humana.

O contrato de plano de saúde, ainda mais levando-se em consideração a quantidade de indivíduos que dele dependem, não pode se prestar ao papel de promover desigualdades sociais.

⁶⁵ MARTINS, Fernando Rodrigues. FERREIRA, Keila Pacheco. **Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo.** Revista de Direito do Consumidor, v.79/2011, p. 265-308, jul-set. 2011.

O objetivo da adoção do paradigma da essencialidade é o de dispensar aos contratos classificados como existenciais um regime jurídico que permita a realização da sua função social, seja interna (equivalência), seja externa (realização dos fins sociais para os quais existe o contrato), garantindo e assegurando os valores inerentes à dignidade da pessoa.⁶⁶

Nesse sentido, a visão crítica de dirigismo contratual e de intervenção do judiciário nas relações contratuais passa a ser descabida. A existencialidade do contrato permite a intervenção do judiciário, justamente em razão da natureza do objeto tutelado, qual seja, um direito fundamental.

E, aliás, o exercício do direito à saúde não pode ser condicionado à existência de condições de ordem material para seu gozo, justamente por não se tratar de uma prestação pecuniária, mas ligada à manutenção da vida.

O paradigma da essencialidade serve como fator interpretativo a tais contratos, as cláusulas restritivas de cobertura que esvaziam a finalidade do contrato, que eximem a operadora de fornecer um tratamento adequado e de qualidade, conforme a necessidade do paciente, não podem ser consideradas válidas, sob pena de violação do direito fundamental.

4 A POSSIBILIDADE E NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

Como já ressaltado, o objeto da presente pesquisa constitui-se em um negócio jurídico complexo, que afasta a interpretação tradicional de um contrato que visa um bem jurídico de cunho patrimonial. De modo ainda mais incisivo, a própria saúde, já atrai grande complexidade para a discussão, tendo em vista a amplitude, o grau de imprevisibilidade e a natureza do direito em questão.

O direito à saúde adquiriu *status* de fundamental, sendo caracterizado como direito social. Conforme já estabelecido no segundo capítulo, possui natureza essencial, fazendo com que o contrato de assistência privada à saúde assumira a classificação de contrato existencial, sendo instrumento que objetiva a garantia de subsistência ao contratante.

A relação jurídica construída é naturalmente desequilibrada, haja vista que os beneficiários dos planos de saúde são vulneráveis em acepção técnica, informacional, jurídica

⁶⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Contratos relacionais, existenciais e de lucro**. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar.2011 apud DIAS, 2016, p. 77.

e econômica, enquanto a fornecedora se incumbe de redigir o texto contratual, nos moldes da legislação, mas também perseguindo seus interesses.

Nesse sentido, os contratos de assistência privada à saúde possuem diversas cláusulas que devem ser consideradas abusivas, e que também ensejam práticas violadoras do direito fundamental à saúde, como a negativa de cobertura de procedimentos emergenciais, ou a restrição de atendimento a determinadas doenças, a limitação do período de internação, dentre outras já apontadas no decorrer da pesquisa.

E, diante das cláusulas e práticas abusivas, aquelas que desconsideram a real necessidade para a sobrevivência, o que se observa é o esvaziamento da natureza existencial do contrato, impedindo a promoção do direito à saúde.

Inegáveis são os conflitos de interesses entre as partes do negócio jurídico, mas, há grande necessidade de ponderação. Não há que se criticar a preocupação financeira por parte das fornecedoras de serviços de assistência à saúde e, a irrestrita cobertura também prejudica a função social do contrato, visto que a inviabilidade financeira prejudicaria uma coletividade, teoricamente segurada.

Mas, por outro lado, os consumidores estão em posição complicada, a legislação específica não é capaz de coibir, por si só, as abusividades efetivadas, assim como as resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar também não conseguem resolver os conflitos existentes, justamente pela necessidade de análise do caso concreto.

E, por isso, a análise sob o paradigma da existencialidade do contrato se faz imprescindível. Sob pena de violar o direito à saúde e desrespeitar o princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana, as cláusulas e práticas não podem violar o objetivo do contrato, não devem inviabilizar a manutenção da vida.

O contrato de assistência privada à saúde estabelece uma contraprestação por parte da fornecedora que pode ser vital ao paciente. Há um objetivo nesse negócio jurídico, a proteção e manutenção da saúde daquele que contrata, e é esse o fim a ser perseguido.

Nesse sentido, o poder judiciário possui papel importante na ponderação de interesses, como garantidor dos direitos fundamentais. Muito se critica a judicialização da saúde, todavia, o que se pretende neste capítulo é justamente trazer a visão de que judicializar casos de negativa de cobertura é, muitas vezes, a única saída para os beneficiários.

A mercantilização da saúde, não compatível com os princípios constitucionais, deve ser coibida pelo judiciário, que atua não só no caso específico, mas, com a possibilidade de responsabilização civil das operadoras, assume posição de repressão e prevenção das práticas abusivas que a legislação não tem conseguido coibir sozinha.

4.1 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DA NATUREZA EXISTENCIAL DO CONTRATO

A Constituição Federal não é tão somente uma carta política, vista como parâmetro de atuação apenas do Estado, é fonte hierarquicamente superior que se aplica inclusive na relação entre particulares.

O direito à saúde, como já visto, é um direito de todos e, também, um dever do Estado, mas, diante da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também deve ser efetivado pelas operadoras de planos de saúde.

4.1.1 O Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais

A Carta Magna, como norteadora do sistema jurídico, serve de referencial de controle, os direitos fundamentais nela positivados devem ser concretizados e efetivados pelo Estado e pelos particulares.

O texto constitucional é dotado de força vinculante obrigatória, sendo parâmetro de legalidade. Houve o que se denominou de constitucionalização do Direito, de modo que as normas infraconstitucionais devem ser harmônicas, a interpretação deve se pautar na concretização dos valores sociais e existenciais.

Da própria previsão constitucional, estabelece o artigo 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”* (BRASIL, 1988). Nesse sentido, cumpre o referido poder, também, em promover a função social da ordem constitucional.

O processo é, inclusive, um instrumento que se responsabiliza pela efetivação dos direitos fundamentais, possibilitando a justiça social.

[...] 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.⁶⁷

O Judiciário possui o papel de efetivação do bem-estar da sociedade, de proteção dos bens jurídicos que possuem tutela constitucional. A ideia de que o poder exerce função apenas de aplicação da lei já é por muito ultrapassada, seu papel como intérprete da norma deve buscar a efetivação dos direitos essenciais, resguardando o mínimo existencial, bem como a compatibilização das normas à ordem constitucional, preocupando-se com o princípio da dignidade da pessoa humana.

É nesse sentido que, diante dos litígios provenientes da relação contratual entre as operadoras de planos de saúde e beneficiários, cabe ao judiciário ponderar os interesses, sempre visando a proteção do direito fundamental à saúde.

4.1.2 A incompatibilidade da mercantilização da saúde

As prestadoras de serviços médico-hospitalares exercem uma atividade de mercado, como já delineado anteriormente, para tanto, desejam um superávit e, na verdade, mais ainda, o lucro. Nesse sentido, a Lei 9.656/98 cuidou por impedir as arbitrariedades antes empreendidas, mas não impediu que as empresas busquem pelos seus interesses.

E, neste ponto, não é nem desejável que o faça, a referida legislação foi um avanço na regulamentação e fiscalização das empresas de planos de saúde, mas, para a sobrevivência do setor, não há como demonizar o objetivo de lucratividade.

Todavia, há necessidades e complexidades próprias do setor, o direito à saúde deve ser preservado, e é nesse sentido que a completa mercantilização do setor não se mostra compatível com a ordem constitucional.

A ponderação entre os interesses econômicos e o direito essencial é imprescindível, até mesmo em razão de os particulares também serem detentores do papel de promoção dos direitos fundamentais.

É certo que algumas limitações de cobertura são permitidas e até mesmo inerentes ao contrato. Aquilo que ultrapassa o razoável não precisa ser coberto, como - a escolha de hospitais ou profissionais por mero desejo; cirurgias de caráter estético ou procedimentos que não dizem respeito à subsistência do paciente.

⁶⁷ GOMES, Josiane Araújo. **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.** 2013. 285 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013, p. 159.

Mas não podem chegar ao ponto de onerar o consumidor ou de frustrar sua legítima expectativa e confiança. E, principalmente, as negativas de cobertura não podem ensejar violação ao princípio-valor da dignidade da pessoa humana.

As operadoras exercem papel de fornecer um tratamento médico adequado diante da urgência, emergência ou necessidade de preservação da vida. O paciente, usuário do plano de saúde, está na busca pela sobrevivência, portanto, proteger o lucro dessas empresas não deve ser o objetivo máximo.

4.1.3 A judicialização da saúde como necessidade

O contrato de assistência privada à saúde possui como objetivo a preservação da vida e da saúde dos indivíduos. Ante à existencialidade do objeto do contrato permite-se a relativização dos princípios contratuais tradicionais, com o fim de garantir que o negócio jurídico cumpra sua função social.

O judiciário, como já citado, assim como os demais poderes, possui o dever de concretizar os direitos fundamentais na forma mais ampla possível, pelo menos garantindo o núcleo essencial desses direitos.

Muito se critica acerca do dirigismo contratual e da interferência do poder judiciário, principalmente quanto à análise dos contratos e das negativas de cobertura empreendidas pelas operadoras de planos de saúde.

Todavia, pela própria necessidade de ponderação de interesses, visto que divergentes entre as partes que formam a relação jurídica, e até mesmo pelo conflito de princípios envolvidos, o que é objeto de crítica, adota-se como solução e medida de necessidade, na presente pesquisa.

Sempre que a Constituição define um direito fundamental, ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.⁶⁸

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** 2009, p. 5.

A própria natureza existencial afasta as severas críticas acerca da judicialização da saúde suplementar, é o que preleciona Azevedo:

[...] essas duas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. As pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender à suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, “descartadas”, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí força.⁶⁹

Os contratos empresariais teriam um regime de menor interferência judicial; neles, por exemplo, não caberia a revisão judicial por questões de onerosidade excessiva subjetiva, - possível, porém, sob a idéia de função social, quando se trata de pessoa humana e contrato existencial.⁷⁰

Nesse sentido, o poder judiciário passa a exercer, quanto ao contrato objeto da presente pesquisa, a função de garantidor do tratamento médico adequado, papel esse que, em verdade, é uma transferência, visto que realiza o que era de atribuição das fornecedoras de planos de saúde.

Aqueles contratos que não preservam a função social, são eivados de nulidade, assim como as cláusulas que colocam o consumidor em desvantagem exagerada são consideradas abusivas.

Ainda, as cláusulas contrárias à intenção do contrato, qual seja, a preservação da vida, também devem ser declaradas abusivas pelo magistrado, justamente tentando restaurar o equilíbrio contratual, ou, na verdade, promovê-lo, visto que ao longo da história do setor privado de saúde suplementar, não é o que se verifica.

O magistrado, na análise das cláusulas e das práticas empreendidas, além da análise fática, imprescindível para a compreensão devida da existência de violação do direito à saúde, deve observar os princípios e normas constantes no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil, além dos regramentos da lei específica (Lei 9.656/98), e até mesmo as

⁶⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Diálogos com a doutrina**: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. Revista Trimestral de Direito Civil, São Paulo, abr/jun 2008, v. 9, n. 34, p. 299- 308 apud DIAS, 2016, p. 79.

⁷⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

resoluções editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, tentando harmonizar os regramentos sem ferir o direito fundamental.

Inclusive, para observar a importância reservada ao poder judiciário na proteção do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor cuidou por reconhecer a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas, sendo assim, o juiz pode, inclusive, decretar de ofício cláusulas que interprete como lesivas.

O direito à revisão contratual é assegurado em razão da acentuada vulnerabilidade do consumidor em face da operadora, mas deve haver efetiva desproporção, sob pena de ferir a segurança jurídica esperada de um contrato.

O atendimento à saúde, na dimensão ampla, não pode ser exigido de forma irrestrita da operadora, sobretudo nos aspectos que não dizem respeito à sobrevivência diretamente, mas à estética, aos recursos de inseminação artificial, de vontade de atendimento por um médico determinado, e é nessa ponderação que o judiciário atua.

O que deve ser visado é o exercício da autonomia privada, compatibilizado com a observância dos direitos fundamentais, primordialmente a saúde. O contrato deve ser interpretado sob o paradigma da lucratividade e existencialidade, respeitando a boa-fé objetiva e a função social.

Se as cláusulas ou práticas sob análise não condizem com a finalidade do contrato, devem ser anuladas, as cláusulas restritivas de cobertura genéricas, alterações unilaterais e práticas que importem em desequilíbrio dos consumidores devem ser devidamente reconhecidas como abusivas.

A intervenção do judiciário acaba por ser meio legítimo de garantia de um atendimento médico-hospitalar adequado, concretizando o direito à saúde. A necessidade de análise específica dos casos e a ausência de previsões legislativas mais delimitadas demonstram o motivo do grande número de casos questionando a atuação das operadoras de planos de saúde.

A parcialidade dos contratantes acaba por possibilitar as abusividades e o desequilíbrio da relação, de modo que a intervenção do poder judiciário faz-se necessária para conter tais efeitos e, sobretudo, promover a tutela dos direitos e do bem estar social.

O papel do judiciário é avaliar racionalmente as necessidades, impedindo as limitações do objetivo do contrato, qual seja, a preservação da saúde, respeitando o mínimo de proteção dos interesses entre contratante e contratada.

Apesar da necessidade de manutenção do equilíbrio econômico do contrato, há de se considerar a existencialidade do contrato, de modo que, nas palavras de Josiane Gomes:

[...] 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 de seu objetivo fundamental.⁷¹

O Estado-juiz tem o dever de intervir no contrato, desde que provocado, justamente para alcançar a justiça substancial da relação contratual, não permitindo a afronta ao direito fundamental objeto do contrato.

Assim, inclusive, diante de seu papel, atua também como repressor das práticas abusivas, é nesse sentido que será enfrentada a responsabilidade civil das operadoras e as consequências à proteção do usuário em dimensão da sua dignidade e do mínimo existencial.

4.1.4 As inovações do judiciário voltadas à necessidade de tutela da saúde: a implementação do NATJUS

Diante do excesso de provimentos judiciais da área da saúde e pelo papel assumido pelo judiciário de promover o direito essencial e fundamental à saúde, em harmonia e concretização com o princípio-valor da dignidade da pessoa humana, inaugurou-se um mecanismo de auxílio para exercer os princípios constitucionais.

Até mesmo em razão da ausência de *expertise* técnica necessária à avaliação dos casos a eles apresentados, os magistrados receberam uma nova forma de avaliar a possibilidade de intervenção judicial nas demandas.

Aliás, nem todas as questões se esgotam no enfoque jurídico, nem são limitadas a ele e, diante da necessidade de atuação do judiciário em uma área que não possui conhecimento técnico, houve a implantação, por meio da Resolução nº238⁷², de 06/09/2016, do Conselho Nacional de Justiça, dos Núcleos de Apoio Técnico Judiciário para Demandas de Saúde (NAT-JUS), constituídos por profissionais da área da saúde que se responsabilizam por

⁷¹ GOMES, Josiane Araújo. **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. 2013. 285 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013, p. 255.

⁷² BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 238 de 06 de novembro de 2016**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado1422292021041560784c257d2ca.pdf>>. Acesso em: 06 nov.2022.

elaborar pareceres com vistas a servir como prova da necessidade ou não do provimento judicial requerido.

A ferramenta busca auxiliar os juízes na tarefa de ponderar os interesses da relação contratual, bem como de reduzir o desequilíbrio, promovendo, ao máximo possível, o direito fundamental à saúde e garantindo o atendimento médico-hospitalar adequado, quando necessário à subsistência do usuário.

Além disso, foi criado, em 2017, o Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus), possibilitando a especialização do poder judiciário, fornecendo embasamento científico para as complexas decisões envolvendo o setor de saúde.

Desse modo, a solução mais conciliatória, não imposta pelo Poder Judiciário, mas construída com o auxílio técnico em saúde, orçamento e gestão de profissionais do Poder Executivo, interessa à demonstração da atuação coordenada como meio mais eficaz da efetivação do direito à saúde.⁷³

A judicialização da saúde não é um evento de natureza apenas jurídica, mas sociopolítica⁷⁴, não obstante, a partir do fenômeno, o judiciário, por meio de inovações, tem galgado uma melhora na fundamentação e na aplicação do direito.

Nesse sentido, possibilita à intervenção judicial, quando necessária, uma maior uniformização das decisões, com maior coerência sem onerar excessivamente nenhuma das partes.

Como já defendido, a judicialização da saúde é meio legítimo para a concretização do direito à saúde, mas o poder judiciário, na função de promover o direito existencial, possui papel complexo, e vem buscando facilitadores à efetivação da justiça substancial ao caso concreto.

A partir das ferramentas, é possível compreender limites de restrições de cobertura, bem como o mínimo necessário à manutenção, reparação e prevenção da saúde dos beneficiários.

Esclarece, com o intuito de que o jurisdicionado tenha a possibilidade de obter uma decisão justa, todo tipo de processo no âmbito judicial deve assegurar um modelo de garantias mínimo.

⁷³ MARIANO, Cynara Monteiro, *et al.* **Diálogos sanitários interinstitucionais e experiência de implantação do NAT-JUS**. Revista de Consideração Constitucionais, v. 5, p. 169-188, 2018.

⁷⁴ Cf. GONÇALVES, Jonas Rodrigo; DA NÓBREGA, Renata Coelho. **Judicialização da saúde e atuação do núcleo de apoio técnico ao judiciário-NATJUS**. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas, v. 4, n. 1, p. 77-93, 2020.

Até para os usuários a ferramenta técnica tem sido importante, visto que, pela consulta pública na plataforma e-NatJus, é possível verificar a real possibilidade de obter o provimento judicial, contribuindo, pois, para a redução das demandas fundadas em mera indignação.

A busca por inovação na área demonstra a preocupação com a necessidade de equilíbrio entre as partes, além de proporcionar a diminuição da crítica da judicialização da saúde, já que há mecanismos de análise da necessidade dos pleitos.

Nessa toada, verificando o objetivo do judiciário de garantir de cumprimento da função social do contrato, o próximo tópico destina-se à repressão e prevenção das atitudes empreendidas pelas operadoras, motivo pelo qual será observada a possibilidade de responsabilização civil dessas fornecedoras de serviços médico-hospitalares.

4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL EM RAZÃO DO PAPEL FUNDAMENTAL DAS OPERADORAS AO FORNECIMENTO DE UM TRATAMENTO MÉDICO ADEQUADO

A responsabilidade civil, sob a ótica da já delineada constitucionalização do Direito Civil, decorre da necessidade de incentivar as pessoas à convivência socialmente harmoniosa e equilibrada.

O direito privado passa a assumir contornos destinados à tutela da dignidade da pessoa humana e, nesse sentido, a responsabilidade civil passa a ter como foco a proteção da vítima. Houve o que se denominou de repersonalização da responsabilidade civil, objetivando a proteção dos direitos fundamentais da vítima que sofreu o dano, desfocando o ato ilícito.

Como já afirmado anteriormente, o contrato, um ato de vontade, objetiva a criação, modificação ou extinção de direitos. Em vistas da constitucionalização do direito privado e do surgimento da nova teoria contratual, bem como a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a interpretação dos contratos passa a privilegiar a boa-fé objetiva e a função social, além de objetivar o equilíbrio econômico entre as partes.

Quanto ao contrato de assistência privada à saúde, as cláusulas limitadoras de cobertura representam o exercício da autonomia privada, todavia, devem ser redigidas sob as balizas do código consumerista e harmonizadas com os princípios contratuais “modernos”.

É possível a limitação de determinados procedimentos e eventos, mas não os que afetem de sobremaneira a esvaziar o objetivo do contrato, de preservação, promoção e recuperação da saúde.

[...] torna-se imperativo o reconhecimento da validade das cláusulas de restrição da cobertura, desde que respeitem a lei e a regulamentação setorial, a fim de que se mantenha o equilíbrio econômico da relação contratual e não se obstaculize o exercício legítimo de atividade econômica privada tutelada constitucionalmente.⁷⁵

Diante de sua vulnerabilidade, o consumidor é submetido às imposições contratuais que lhe onerem ou violem o bem jurídico essencial à saúde. Não obstante, ante à lesão ou ameaça de lesão ao direito fundamental, a intervenção do Poder Judiciário é justificável e necessária para estabelecer o equilíbrio na relação contratual.

Em síntese, é compatível a restrição de cobertura empreendida pela operadora do plano de saúde, desde que redigida observando o dever de informação, mas tal limitação não pode se dar sob tratamentos e eventos essenciais à saúde, visto que, como afetam a função social do contrato e seu objetivo, são cláusulas nulas de pleno direito, que devem ser reputadas como abusivas pelo judiciário.

As negativas de cobertura, não raro, são apoiadas em cláusulas contratuais ou nas resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, todavia, tanto as cláusulas quanto as resoluções são, em geral, de caráter genérico, sem considerar o caso concreto e a essencialidade do tratamento que será negado.

Nesse sentido, além do restabelecimento do equilíbrio contratual e da garantia de um atendimento médico, o que se defende na presente pesquisa é que o judiciário possui um caminho para evitar que o direito à saúde seja violado, para conter a recorrência, utilizando-se do instituto da responsabilização civil.

4.2.1 A condenação por danos morais como atuante na repressão das condutas abusivas

A judicialização da saúde, não raro, é colocada como culpa daquele que socorre ao judiciário para ver seus direitos atendidos, mas o que não se reflete é que as operadoras insistem em inserir cláusulas limitadoras e empreender práticas em desacordo com o Código de Defesa do Consumidor e com a própria dignidade da pessoa humana.

Vislumbra-se, nesse ponto, a necessidade de reparação por parte das operadoras aos consumidores. Assim, emerge o conceito de responsabilidade em razão de um descumprimento contratual ou de um preceito normativo.

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Sociedades Operadoras de Planos de Saúde e Responsabilidade Civil**. vol. 1, p. 377- 420, 2011.

A teoria referente ao tema passou por uma remodelação, no que antes era dividido em tipo contratual e extracontratual, agora assume uma tendência de unificação, “*a divisão da responsabilidade civil em extracontratual e contratual reflete "um tempo do passado", uma vez que os princípios e regramentos básicos que regem as duas supostas modalidades de responsabilidade civil são exatamente os mesmos*”⁷⁶.

A responsabilidade civil é a obrigação de reparação por ato ilícito ou por abuso de direito, encontrando-se prevista no artigo 186 e 187, do Código Civil, de modo que, existente um dano, provocado por ação ou omissão, constatando-se o nexo causal entre a conduta e a ocorrência do dano, fala-se em dever de indenizar.

As negativas de custeio de tratamentos previstos pelo contrato ou pela legislação específica, representam um descumprimento contratual, ou, pelo menos, afronta a um direito existencial, de personalidade, fazendo surgir a discussão sobre a responsabilidade civil das operadoras pelo descumprimento dos princípios contratuais e constitucionais.

Há responsabilidade civil por descumprimento dos fins sociais, da boa-fé objetiva, da função social do contrato e dos direitos fundamentais econômicos. Na esteira do que preleciona o artigo 187, do Código Privado, *in verbis*: “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”⁷⁷.

As operadoras praticam abuso de direito, uma categoria de atos ilícitos ensejadores de responsabilidade civil. Ao negarem o tratamento médico adequado ao beneficiário, atuam ultrapassando os limites da liberdade contratual, e ao que é imposto à atividade exercida.

Apesar de poder restringir determinadas coberturas, ao estabelecer cláusulas e práticas que violem os fins existenciais e os objetivos inerentes ao contrato, atuam prejudicando o direito essencial do consumidor.

Ao romper com a confiança própria do contrato, que, como já delimitado, é cativo e promove grande dependência do contratante ao contratado, pode acarretar prejuízo ou violação do direito fundamental à saúde.

Assim, quando visa a obtenção de lucro, independente das consequências, priorizando o princípio da *pacta sunt servanda*, prejudica a função social do negócio jurídico.

⁷⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo. Saraiva, v.1, p. 432-433, 2003.

⁷⁷ BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 06 dez. 2022.

O direito existe e a faculdade que o titular exercita se acha normalmente compreendida em sua força jurídica. No entanto, não é para extrair-lhe o proveito econômico e social coreto que o seu exercício é posto em prática, mas para alcançar vantagens que não se coadunam com os fins sociais, éticos e econômicos que constituem o escopo natural do direito subjetivo em jogo.⁷⁸

As práticas abusivas e a imposição de cláusulas restritivas de cobertura que esvaziam a natureza existencial do contrato são configuradas como danos, preenchendo o requisito para a incidência do instituto. Sendo assim, a responsabilização das operadoras se mostra viável.

É possível a ocorrência de danos materiais, como a necessidade de reembolso de despesas pagas pelo beneficiário, mas, o que se vislumbra principalmente são danos de natureza moral, que decorrem da personalidade do indivíduo.

Tais práticas de restrição de cobertura ensejam um abalo em situações de extrema fragilidade, ultrapassando o mero aborrecimento, além de corresponderem a uma violação a um direito fundamental.

Se a prática abusiva de restringir ou excluir tratamentos ou doenças da abrangência de cobertura do plano de saúde é capaz de afetar um direito existencial e essencial, há uma lesão de caráter não patrimonial, ou seja, moral.

É nesse sentido que os Tribunais têm compreendido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO PARA TRATAMENTO DE EMERGÊNCIA. PERÍODO DE CARÊNCIA. CLÁUSULA ABUSIVA. DANO MORAL. QUANTUM RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o mero descumprimento contratual não enseja indenização por dano moral. No entanto, nas hipóteses em que há recusa de cobertura por parte da operadora do plano de saúde para tratamento emergencial, como ocorrido no presente caso, a orientação desta Corte é assente quanto à caracterização de dano moral, não se tratando apenas de mero aborrecimento. 2. A cláusula contratual que prevê prazo de carência para utilização dos serviços prestados pelo plano de saúde não é considerada abusiva, desde que não obste a cobertura do segurado em casos de emergência ou urgência. 3. O valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) arbitrado a título de dano moral não se mostra excessivo, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso concreto. 4. Agravo regimental não provido⁷⁹

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL. REVISÃO. REVOLVIMENTO DE FATOS E

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, p. 120, 2003 apud DA CONCEIÇÃO, Sheila Soares. *A Responsabilidade Civil Decorrente do Abuso de Direito*, 2014, p. 38.

⁷⁹ STJ – REsp: 1.500.003/SP, 2014/0305118-6, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 16/06/2015, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403051186&dt_publicacao=>03/08/2015> . Acesso em 06 dez. 2022.

PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagra entendimento no sentido de que a recusa indevida ou injustificada pela operadora de plano de saúde à cobertura de tratamento médico emergencial ou de urgência constitui dano moral. 2. Concluindo o Tribunal de origem que a demora no atendimento do beneficiário do plano de saúde causou profundo sofrimento gerador de dano moral indenizável, descabe a esta Corte Superior a revisão do posicionamento adotado, pois, para tanto, seria preciso o revolvimento de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno desprovido.⁸⁰

A recusa indevida de cobertura, que viola o direito fundamental à saúde, é caracterizadora de danos morais, tendo em vista que intensifica a aflição psicológica e promove a angústia do segurado, em momento já delicado.

Além do injusto contratual, devendo determinar a cobertura ou fornecimento do necessário, pleiteado pelo beneficiário, deve-se compreender a responsabilidade civil da operadora de plano de saúde que viola a dignidade da pessoa humana, justamente levando-se em conta a essencialidade do bem jurídico tutelado.⁸¹

Nesse sentido, evidentemente se requerido na demanda, o judiciário deve afastar-se da ideia e crítica de enriquecimento indevido por parte dos beneficiários. O reconhecimento da responsabilidade civil, material e principalmente moral, representa não um enriquecimento, mas uma reparação, e mais, um caminho à prevenção de tais atos empreendidos pelas operadoras.

O que se adota como posicionamento na presente pesquisa é que a responsabilização das operadoras quanto à reparação dos danos, além de efetivamente servir como reparação do consumidor afetado, assume papel sancionador e preventivo.

A necessidade de ressarcimento pelos danos causados enseja um desincentivo, de modo que, nas palavras de Flávio Tartuce⁸², é instituto que serve para a inibição de novas práticas atentatórias.

Além da compensação devida ao consumidor, em razão da lesão sofrida, o reconhecimento da responsabilidade civil das operadoras de planos de assistência privada à saúde, com devidas ponderações ao caso concreto, quanto ao grau de violação do direito

⁸⁰ STJ – REsp: 1.570.419/RJ,2019/0251145-9, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 03/10/2019, T3 – TERCEIRA TURMA, DJe 20/03/2020.

⁸¹ Cf. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; SCHMIDT, Ayeza. **O direito à saúde e a essencialidade do bem contratado**: o dano moral por recusa à cobertura em contratos de assistência à saúde privada. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 17, n. 2, p. 618-645, 2012.

⁸² TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p.61.

fundamental e dos princípios contratuais e constitucionais, assume papel da repressão e prevenção das condutas.

Diante da reiteração das lesões, as funções preventiva e punitivo-pedagógica passam a ser importantes diante da complexidade do bem tutelado.

As novas necessidades sociais, principalmente levando-se em conta a globalização, mostraram a insuficiência da função reparatória da responsabilidade civil, até mesmo em razão da impossibilidade de retorno do *status quo ante*, quando tratamos de danos a direitos de personalidade.

A própria posituação constitucional do objetivo da solidariedade contribuiu para a ideia de que observar só as relações particulares não se mostra eficaz. A função punitiva proporciona a propagação do ideal de que não se pode admitir violações a direitos como a saúde.

“[...] a exigência superior de tutela da pessoa e de valores considerados relevantes, que não podem ser reduzidos a meros dados contábeis, justifica a aplicação dos “danos punitivos” com cariz “moralizador”. O significado dessa perspectiva reside na mensagem ao causador do dano de que contra certos valores não se admite violação, ainda que de um ponto de vista puramente econômico seja apropriado agir diversamente.”⁸³

Ainda, quanto à função preventiva, baseada nos princípios da prevenção e precaução, demonstra uma necessidade de preocupação com a sociedade, com o futuro e as possíveis reiterações de atos já adotados como lesíveis.

Assim, para além do reconhecimento da abusividade das recusas de cobertura e das cláusulas restritivas, o judiciário, ao verificar um dano, ainda que moral, pode e deve utilizar-se do instituto da responsabilidade civil em intuito principal de coibir os abusos recorrentes das operadoras que a legislação e regulamentação não conseguem impedir, até mesmo para alcançar a concretização dos direitos fundamentais positivados pela Carta Constitucional.

É importante que o judiciário atue demonstrando que certos valores e direitos não podem ser violados, e, nesse sentido, a aplicação do instituto mostra-se como caminho para salvaguardar os consumidores dos abusos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁸³ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 70.

A saúde suplementar surgiu como meio de suprir as deficiências do Estado, de modo a criar a expectativa de uma prestação de serviço eficiente e que atenda às necessidades, em geral, imprevisíveis. Todavia, como toda atividade de mercado, as operadoras de planos de saúde acabam por realizar práticas e impor cláusulas tendentes à manutenção desse tipo de interesse.

O contrato de assistência privada à saúde representa, na sociedade hodierna, conforme demonstrado ao longo da pesquisa, um instrumento de garantia ao atendimento médico-hospitalar adequado. Assume característica de contrato existencial, na medida em que objetiva a subsistência e a concretização de um direito fundamental essencial do indivíduo.

Não apenas o Estado, mas também os particulares, assumem o dever de proteção e efetivação do direito à saúde, além da necessidade de se abster de práticas que a ele representam uma violação.

Nesse sentido, a pesquisa observou as características complexas do contrato de assistência privada à saúde, apresentando-se tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor, mas seguindo os parâmetros da codificação privada e da legislação específica que regulamenta os planos de saúde.

Ao permitir que os particulares prestassem serviços médico-hospitalares, destacou a sucumbência das operadoras à regulamentação e fiscalização por parte do Estado, de modo que, pela própria natureza fundamental do direito, foram estabelecidas coberturas mínimas.

Todavia, apesar das legislações, os referidos contratos são eivados de cláusulas limitadoras de atendimento e cobertura, restringindo o fornecimento de tratamentos e procedimentos, o que acaba por impedir, por diversas vezes, o tratamento médico adequado, colocando em risco a vida do paciente.

As legislações pertinentes servem como parâmetro de atuação, tanto dos fornecedores quanto dos usuários, de modo que o contrato também não se presta a cobrir irrestritamente todos os desejos dos consumidores, mas deveria cobrir suas necessidades, aquilo que se mostra essencial, que interfere na sua sobrevivência.

A própria Lei 9.656/1998, reveste-se de caráter genérico acerca das coberturas, o que nos parece compreensível, visto que as necessidades dos beneficiários são imprevisíveis em certo modo, bem como que a análise da situação concreta acaba por ser necessária à compreensão da imprescindibilidade do que é pleiteado.

Mas, diante dos conflitos de interesses, o que se demonstrou na presente pesquisa é que a compreensão da constitucionalização do direito privado, dimensionando os princípios

privilegiados à sociedade atual e ao tipo de contrato, mostra-se como instrumento de garantia da concretização dos direitos fundamentais.

A natureza existencial do contrato de plano de saúde permite a relativização de princípios contratuais clássicos, dando relevo à função social do contrato, à boa-fé objetiva e ao equilíbrio contratual.

As operadoras de plano de saúde, em razão de seu papel de fornecedora de um tratamento médico-adequado, não pode se utilizar das cláusulas restritivas para empreender práticas abusivas que violem a essência do contrato, a segurança de atendimento ante às necessidades.

Nesse sentido, diante da crescente tendência de judicialização da saúde, o que se observou foi que, em verdade, as fornecedoras integrantes do setor de saúde privado, habitualmente tolhem os atendimentos em função de justificativas baseadas no texto contratual unilateralmente escrito, de modo a ferir a função social própria do negócio jurídico.

Os objetivos da pesquisa foram alcançados, na medida que foram demonstradas as dimensões do direito à saúde, percebendo sua incompatibilidade com a total mercantilização do setor, bem como as características principais que demonstram a possibilidade de revisão judicial dos negócios jurídicos.

Para mais, foi apontada a necessidade de proteção do beneficiário ante à sua posição de vulnerável, demonstrando que as negativas de cobertura, quando necessário o atendimento ou quando a cobertura se mostra inerente ao objetivo do contrato, ofendem a função social do negócio jurídico e frustram a legítima expectativa e a confiança do contratante.

Foi constatado que as cláusulas restritivas de cobertura, se utilizadas sem a análise da essencialidade do tratamento vindicado, violam o direito à saúde e esvaziam a natureza existencial do contrato. Portanto, o que se demonstrou foi que, diante do problema da violação ao direito fundamental, cláusulas que não harmonizam com o objetivo e com a função social do contrato, representam manifesta contrariedade com a ordem jurídica vigente.

O Poder judiciário foi exposto como ator necessário à ponderação de interesses, na tentativa de restaurar o equilíbrio à relação contratual, o que se apontou no estudo foi que a judicialização da saúde não é objeto de repulsa, mas sim um meio legítimo de garantia de atendimento médico-hospitalar.

Além disso, foi apontada, como forma de repressão às práticas e cláusulas abusivas, a responsabilização civil das operadoras, a fim de que a habitualidade das referidas condutas, que não coadunam com o ordenamento, sejam reduzidas.

Esse estudo contribuiu para a ponderação das discussões sobre as coberturas necessárias, trazendo parâmetros ao poder judiciário para a ponderação dos interesses de ambas as partes, mas sem esquecer a importância da garantia e concretização do direito fundamental à saúde, que supera a proteção de um bem patrimonial.

Diante das considerações apresentadas, principalmente quanto ao tópico da atualização legislativa promovida pela nova lei (14.454/2022), acredita-se que devam ser realizados trabalhos futuros em um nível de aprofundamento maior no que tange à eficácia e efetividade da mudança promovida.

Ainda não é possível perceber, imediatamente, os efeitos por ela trazidos, ou mesmo se haverá uma revogação posterior, talvez diante de um possível impacto no setor, ou mesmo se as Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas terão respaldo. O conhecimento é finito, mas para estudos futuros, será importante observar os impactos gerados.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar.2011 apud DIAS, 2016, p. 77.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 669 p.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, abr/jun 2008, v. 9, n. 34, p. 299- 308 apud DIAS, 2016, p. 79.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jusp. Mineira**, Belo Horizonte, ano 60, nº188, p. 29-60, jan/mar. 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. 624 p.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e seus direitos ao alcance de todos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 30-31 apud SOUSA, 2013, p. 15.

BRASIL. [(Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 73/66, 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. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> . Acesso em: 06 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República [1998]. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.454, de setembro de 2022**. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Brasília, DF: Presidência da República

[2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.htm> . Acesso em: 1 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 7.783, de 28 de Junho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1989]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 04 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1990]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 3 nov. 2022.

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. Brasília, DF: Presidência da República [1990]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2000]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm>. Acesso em: 21 nov. 2022.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. **Planos de Saúde - Aspectos Jurídicos e Econômicos.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 69.

DIAS, Nathália da Mota Santos. **Apontamentos sobre a essencialidade e função social nos contratos existenciais.** 2016. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, 928 p.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade.** 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GOMES, Josiane Araújo. **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.** 2013. 285 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2013.

GOMES, Josiane Araújo. **Lei dos planos de saúde: doutrina e jurisprudência para utilização profissional.** 4.ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. 544 p.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo; DA NÓBREGA, Renata Coelho. Judicialização da saúde e atuação do núcleo de apoio técnico ao judiciário - NATJUS. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas**, v. 4, n. 1, p. 77-93, 2020.

MARIANO, Cynara Monteiro, et al. Diálogos sanitários interinstitucionais e experiência de implantação do NAT-JUS. **Revista de consideração Constitucionais**, v. 5, p. 169-188, 2018.

MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Augusto Castellanos. **Saúde e Responsabilidade: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 28. apud SOUSA, 2013, p. 38.

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, p. 104 apud GOMES, 2013, p.102-103.

MARTINS, Fernando Rodrigues. FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**, v.79/2011, p. 265-308, jul-set. 2011.

MOREIRA, Marta Rodrigues Mafféis. O contrato de plano de saúde e sua função social. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 110, p. 251-276, 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115493>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 544 p.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo. Saraiva, v.1, p. 432-433, 2003.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Carta de Ottawa, de novembro de 1986**. Primeira Conferência Internacional Sobre Promoção da Saúde, Ottawa, p.3-3 [1986]. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

PERLINGERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 1161 p.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; SCHMIDT, Ayeza. O direito à saúde e a essencialidade do bem contratado: o dano moral por recusa à cobertura em contratos de assistência à saúde privada. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 17, n. 2, p. 618-645, 2012.

Por cobertura em planos de saúde, mães se acorrentarão no STJ na 4ª. Metrópoles. 2022. Disponível em:<<https://www.metropoles.com/brasil/por-cobertura-emplanos-de-saude-maes-se-acorrentarao-no-stj-na-4a>> . Acesso em: 28 fev. 2022.

REALE, Miguel. **Função social do contrato**. 2003. Disponível em: <<https://www.miguelreale.com.br/artigos/>>. Acesso em: 29 nov.2022.

ROCHA, Silvio Lúiz Ferreira da Rocha. **Contratos de assistência médica pré-pagos e disciplina prevista na Lei 9.656, de 3 de junho de 1998**, apud MARQUES, 2008, p. 229.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola; SERRANO JUNIOR, Vidal. **Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação** apud MARQUES(et al), 2008, p. 195.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 1509 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 499 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Contornos do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. **Revista PGE**, Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 41-62, 2002.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

SCHMIDT, Ayeza. Contrato, Essencialidade e Direitos Fundamentais: A essencialidade do bem, à luz do direito fundamental à saúde. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 2, n. 21, p. 13-52, 2014.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contratos na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 426 p.

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 apud GOMES, 2013, p. 175.

SOUSA, Camila Bernardes de. **Cláusulas abusivas nos planos de saúde: análise da Súmula 302 do STJ**. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, 1625 p.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil, volume único**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2020, 1616 p.

TEPEDINO, Gustavo. **Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da constituição da república**. (SYN) THESIS, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Sociedades Operadoras de Planos de Saúde e Responsabilidade Civil**. vol. 1, p. 377- 420, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, p. 120, 2003 apud DA CONCEIÇÃO, Sheila Soares. **A Responsabilidade Civil Decorrente do Abuso de Direito**, 2014, p. 38.