

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Marlus Keller Riani

**O DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE  
NA PERSPECTIVA  
DO DIREITO DO CONSUMIDOR**

**Tese de Doutoramento em Direito, ramo de Direito Civil orientada pelo Professor  
Doutor António Joaquim de Matos Pinto Monteiro apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra.**

Dezembro de 2021



1 2 9 0



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE D  
**COIMBRA**

MARLUS KELLER RIAN

# O DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE NA PERSPECTIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
no âmbito do 3º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Doutor),  
na área de especialização de Direito Civil

ORIENTADOR

PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO

COIMBRA  
2021



*Esta tese de doutoramento é toda dedicada aos meus carinhosos e zelosos pais, Riani e Isabel, a minha amada esposa Daniela e ao meu filho Lucas, minha razão de viver, que, juntos, me apoiaram incondicionalmente para realizar esse sonho.*



# Agradecimentos

Agradeço à Deus sempre, todos os dias, por tudo que me proporciona, especialmente pela condição física e mental para desenvolver esta tese de doutoramento.

Os mais sinceros e felizes agradecimentos a minha esposa Daniela e ao meu filho Lucas que sempre respeitaram minhas escolhas pessoais, as quais me afastaram por longos períodos do convívio familiar diário. Amo muito vocês!

Gratidão eterna aos meus pais, Riani e Isabel, seres humanos formidáveis, que acreditaram e incentivaram para que este sonho se tornasse realidade.

À minha irmã Stael, que mesmo fisicamente longe, mas com sua leveza e generosidade sempre me contactou para expressar sua torcida, juntamente, com o Olavo e Olavinho.

Ao meu orientador, Doutor António Pinto Monteiro, minha maior referência para a escolha do tema, pessoa maravilhosa que sempre me acolheu na cidade de Coimbra, não somente com seus irretocáveis ensinamentos jurídicos, mas também com conversas sobre política, futebol e amigos em comum. Meu mais respeitoso agradecimento e infindável admiração.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que com seu corpo docente altamente qualificado, atrai vários brasileiros e outros estrangeiros, proporcionando a disseminação da cultura jurídica e o incentivo a verdadeira investigação científica.

Ao Centro de Direito do Consumo onde, em paralelo com o doutoramento, recebi muito aprendizado dos excelentes e disponíveis professores que ministraram o curso de pós-graduação.

À Associação Portuguesa de Seguradores, pelas informações prestadas e disponibilizadas que foram de grande valia para compreensão deste mercado.

A busca deste sonho me proporcionou fazer novas e duradouras amizades.

Agradeço aos amigos e estudantes da FDUC, Rafael Firpo, Fernando Mello, Thiago Junqueira, Leonado dos Anjos, Felipe Milanez, Will Machado, Aldo Gaudêncio, Adriano Espíndola, Leonardo Susart e Yuri Santana, com os quais mantenho estreito contato e cada um sabe como foram importantes na minha trajetória.

Às funcionárias da FDUC, especialmente, da sala de Catálogos: Fátima, Gabriela, Ana Gameiro e Otília; da sala de Revistas: Ana Garcia, Elisabeth, Nair e Ana Tereza; do Conselho Científico: Maria José e da porta férrea o João, todos prestativos com constantes palavras de incentivo.

Às “meninas do Bar”: Edite, Sônia, Ana Paula, Rosa e Joana, impecáveis no trato diário, sempre com sorrisos estampados e uma maravilhosa refeição, que alimenta o corpo e a alma.

Especial agradecimento a Doutora Sandra Passinhas pelas valiosas indicações de referências bibliográficas e a professora brasileira, Doutora Amanda Flávio de Oliveira, que nunca mediu esforços para me auxiliar na investigação e na leitura da tese.

À senhora Ana Paula Silva, que com paciência e eficiência realizou a formatação desta tese.

A todos que de alguma forma, enviando mensagens positivas e cuidando da minha família enquanto estive ausente, contribuíram para a realização deste sonho, o meu muito obrigado!



“Aegrotationis medicinam ab iure peto?  
Peço ao direito o remédio para a doença”

*João Carlos Loureiro*  
2001



# Resumo

O presente estudo aborda um tema sensível ao consumidor aderente de um contrato de seguro de saúde, assinalado na fase de execução, especialmente no momento quando não lhe é garantido o cuidado de saúde prescrito pelo seu médico por constar cláusula delimitadora negativa da prestação no clausulado. Esse tipo de cláusula de delimitação, em regra geral, é lícita, sendo permitida sua inserção, porém, há restrições à liberdade contratual de modelação do seu conteúdo em desfavor do predisponente, cabendo sua devida observância, particularmente, para não violar o princípio da boa-fé objetiva, as normas de ordem pública, as normas imperativas, além de não contrariar ao fim perseguido do contrato.

A alcunhada “judicialização da saúde” no Brasil e a constatação de sua “ausência” em Portugal, foram os motivos ensejadores para o desenvolvimento do estudo em torno do contrato de adesão de seguro de saúde, eis que pela Constituição da República dos dois países, os cuidados de saúde não são monopólio estatal, permitindo que a pessoa coletiva profissional, na sua liberdade de autonomia exerça seu direito à iniciativa económica privada neste mercado, todavia, com intervenção e fiscalização do Estado, incluindo suas entidades reguladoras. Há consenso sobre a relevância e essencialidade desta atividade económica para a sociedade, haja vista que não é viável que todos possam depender, única e exclusivamente da prestação positiva do serviço estatal nos cuidados de saúde.

Para a identificação do problema, buscou-se os entendimentos publicados pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre cláusulas abusivas nos contratos de adesão de plano ou seguro de saúde, por meio do denominado repositório “Jurisprudência em Tese”, que, diga-se, não são vinculativos, mas que servem como referências para as instâncias a quo.

Os entendimentos são suportados por acórdãos e decisões monocráticas, sendo que todos receberam uma acurada análise, no intuito de identificar, notadamente, os pressupostos de validade e os critérios criados no controle incidental do conteúdo, em relação ao princípio normativo da boa-fé objetiva, por ter sido utilizado como a principal regra jurídica nos julgados.

A literatura jurídica portuguesa sobre as cláusulas contratuais gerais serviu de sustentação para compreensão do alcance dos efeitos gerados pela cláusula geral de boa-fé no direito privado, especialmente, nas relações de consumo que envolve a contratação de seguro de saúde, bem como a doutrina brasileira, permitindo propor, a observância, para os futuros julgamentos, pressupostos de validade para o controle do conteúdo da cláusula delimitadora negativa da prestação, no intuito de mitigar eventual subjetividade ou arbitrariedade e caminhar para construir uma harmonização dos interesses para todos participantes envolvidos nesta contratação.

A “judicialização da saúde” tem gerado angústias, e ao mesmo tempo esperança, ao consumidor, indignação para o fornecedor e custos para todos. O Estado para movimentar o aparelhamento do Poder Judiciário, a iniciativa privada para arcar com despesas que não estão previstas no cálculo atuarial, o consumidor “ativo” pela contratação de advogado e perda de tempo útil para aguardar ao almejado tratamento, e os consumidores “passivos”, de forma indireta, pois se trata de uma socialização de valores (mutualismo). A internalização destas despesas por parte do fornecedor, baseada na proliferação destas as ações judiciais, contribui para elevar os custos da solidariedade do sistema privado, criando no decorrer do tempo uma barreira para novos interessados e onerando quem dele já faz parte, com a possível consequência, que somente os mais afortunados poderão permanecer arcando com os valores cobrados pelo fornecedor ou teremos somente planos coletivos.

Por meio da investigação realizada, tornou-se viável lançar terapêuticas jurídicas para implementação de mecanismos que visam a “desjudicialização” no mercado de saúde privado brasileiro e reflexões sobre as cláusulas gerais e especiais delimitadoras negativas constantes no clausulado em Portugal.

É de bom alvitre a busca pela harmonização dos interesses, para tanto, prudente que todos os representantes dos participantes envolvidos desnudem de suas armaduras e se coloquem à mercê de encontrar remédios eficazes para o diagnóstico da “judicialização da saúde”.

**Palavras-chave:** Licidade. Cláusulas. Contrato. Seguro. Saúde.

# Abstract

The present study addresses a sensitive theme to the consumer adhering to a health insurance contract, indicated at the execution stage, especially at the moment when he is not guaranteed the health care prescribed by his doctor because it contains a negative limiting clause of the provision in the contract. This type of delimitation clause, as a general rule, is lawful, being allowed its insertion, however, there are restrictions on the contractual freedom of modeling its content to the disfavor of the predisposing, and its due compliance, in particular, not to violate the principle of objective good faith, public order rules, mandatory rules, and not contrary to the pursued end of the contract.

The nickname “judicialization of health” in Brazil and the finding of its “absence” in Portugal, were the reasons for the development of the study around the contract for the adoption of health insurance, that is, by the Constitution of the Republic of the two countries, health care is not a state monopoly, allowing the professional collective person, in its freedom of autonomy exercise its right to private economic initiative in this market, however, with intervention and supervision of the State, including its regulatory entities. There is consensus on the relevance and essentiality of this economic activity for society, since it is not viable that everyone can depend solely and exclusively on the positive provision of state service in health care.

To identify the problem, we sought the understandings published by the Brazilian Superior Court of Justice on unfair terms in the contracts for the adhesion of health insurance or plan, through the so-called repository “Jurisprudence in Thesis”, which, it is said, are not binding, but which serve as references for the a quo instances. The understandings are supported by judgments and monocratic decisions, and all received an accurate analysis, in order to identify, nodits, the validity assumptions and criteria created in the incidental control of the content, in relation

to the normative principle of objective good faith, because it was used as the main legal rule in the judgments.

The Portuguese legal literature on the general contractual clauses served as a support for understanding the scope of the effects generated by the general clause of good faith in private law, especially in the consumer relations that involves the contracting of health insurance, as well as the Brazilian doctrine, allowing to propose, the observance, for future judgments, validity assumptions for the control of the content of the negative binding clause of the provision, in order to mitigate possible subjectivity or arbitrariness and move towards building a harmonization of interests for all participants involved in this hiring.

The “judicialization of health” has generated anguish, and at the same time hope, to the consumer, indignation for the supplier and costs for all. The State to move the rigging of the Judiciary, the private initiative to bear expenses that are not foreseen in the actuarial calculation, the consumer “active” by hiring a lawyer and loss of useful time to wait for the desired treatment, and consumers “liabilities”, indirectly, because it is a socialization of values (mutualism). The internalization of these expenses by the supplier, based on the proliferation of these lawsuits, contributes to raise the costs of solidarity of the private system, creating over time a barrier for new interested parties and onthecharge who is already part of it, with the possible consequence, that only the most fortunate can remain with the amounts charged by the supplier or we will have only collective plans.

Through the research carried out, it became feasible to launch legal therapies for the implementation of mechanisms aimed at “dejudicialization” in the Brazilian private health market and reflections on the general and special negative delimiting clauses contained in the clause slated in Portugal.

It is good to find the search for the harmonization of interests, so prudent that all representatives of the participants involved undress from their armor and put themselves at the mercy of finding effective remedies for the diagnosis of “judicialization of health”.

**Keyowrd:** Lawfulness. Clauses. Contract. Insurance. Health.

# Índice

Agradecimentos .....	v
Resumos .....	ix
Abstract .....	xi
Índice .....	xiii
Siglas .....	1
1. INTRODUÇÃO .....	5
2. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA PRESTAÇÃO NOS CUIDADOS DE SAÚDE .....	23
2.1. A espécie: “direito aos cuidados de saúde” .....	26
2.2. Direito social da proteção da saúde e dos cuidados de saúde em Portugal: da Constituição da República às formas de realização positiva .....	29
2.2.1. Direito à proteção da saúde .....	29
2.2.1.1. O Estado na incumbência de proteção ao consumidor .....	34
2.2.2. Serviço Nacional de Saúde.....	41
2.2.3. Subsistema de base profissional .....	47
2.2.4. Seguros privados de saúde.....	49

2.3. Brasil: “direito à assistência à saúde” .....	54
2.3.1. Sistema Único de Saúde .....	57
2.3.2. Saúde suplementar: uma realidade indispensável .....	63
2.3.3. Serviço assistencial de saúde privado .....	68
2.4 Atuação do Estado Regulador nos cuidados de saúde .....	69
2.4.1. Portugal .....	73
2.4.1.1. Entidade Reguladora da Saúde .....	73
2.4.1.2. Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensão .....	77
2.4.2. Brasil .....	85
2.4.2.1. Agência Nacional de Saúde Suplementar .....	85
2.4.2.2. Cobertura obrigatória de assistência à saúde: legal e contratual .....	88
2.4.2.3. Diálogo infraconstitucional: Código de Defesa do Consumidor brasileiro e a Lei Federal nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde).....	109
3. IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA E CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS .....	113
3.1. Conselho Nacional de Justiça: “Fórum da Saúde” .....	119
3.1.1. Dados estatísticos da judicialização da assistência à saúde no Brasil .....	124
3.1.2. Medicina Baseada em Evidências e o Poder Judiciário ..	128
3.2. Surgimento do conflito de interesses.....	134
3.2.1. A junta médica: mediação de conflito .....	144
3.3. “Jurisprudência em teses” do Superior Tribunal de Justiça brasileiro: controle incidental .....	146
3.3.1. Plano de Saúde I – Edição nº 2, ano 2013 .....	148
3.3.1.1. Tempo de internação hospitalar .....	148
3.3.1.2. Prótese em cirurgia coberta pelo contrato .....	157
3.3.1.3. Procedimento ou medicamento para doença coberta pelo contrato.....	165
3.3.1.4. Tratamento de AIDS ou doenças infectocontagiosas..	177
3.3.1.5. Medicamento quimioterapia ministrado em ambiente domiciliar .....	182



3.3.2. Plano de Saúde III – Edição nº 143, ano 2020.....	188
3.3.2.1. Tratamento domiciliar ( <i>home care</i> ).....	188
3.3.2.2. Cirurgias complementares de caráter reparador ou funcional .....	197
3.3.2.3. Medicamento off-label ou experimental .....	205
3.3.2.4. Interrupção de tratamento de terapia ou psicoterápico por extrapolar o número de sessões anuais.....	216
3.3.3. Entendimento favorável às operadoras .....	224
3.3.3.1. Cobertura financeira do tratamento de fertilização <i>in vitro</i> .....	225
3.3.3.2. Caso da irretroatividade da Lei dos Planos de Saúde..	232
3.3.4. Conflito entre o Estado Juiz e o Estado Regulador: efeitos .....	237
3.3.5. Ausência da “judicialização nos cuidados de saúde” em Portugal: situações ensejadoras .....	240
4. CONTRATOS DE ADESÃO DE CONSUMO NOS CUIDADOS DE SAÚDE.....	249
4.1. Consumidores – Sujeitos de direitos .....	252
4.1.1. No direito português .....	252
4.1.2. No direito brasileiro – “ <i>standard</i> ” (padrão).....	258
4.1.2.1. Consumidores Equiparados .....	264
4.1.2.1.1. Coletividade .....	264
4.1.2.1.2. Vítimas do evento .....	266
4.1.2.1.3. Expostos às práticas comerciais abusivas .....	268
4.2. Fornecedor: o regulado privado .....	270
4.2.1. Profissional no exercício da atividade econômica em Portugal.....	270
4.2.2. As operadoras de planos de saúde no Brasil .....	275
4.2.2.1. Formas de natureza empresarial das operadoras .....	279
4.2.2.1.1. Cooperativa médica .....	279
4.2.2.1.2. Medicina de Grupo.....	283
4.2.2.1.3. Filantropia .....	284
4.2.2.1.4. Seguradoras especializadas em saúde.....	286
4.2.2.1.5. Administradora de Benefícios.....	287
4.2.2.2. Autogestão: particularidades .....	290

4.3. Plano privado de assistência à saúde no Brasil: elemento objetivo <i>sui generis</i> ?.....	294
4.3.1. Seguro de saúde em Portugal: bem ou serviço? .....	296
4.4. A prestação de serviço público de assistência à saúde pelo SNS: é uma relação de consumo?.....	297
4.5. Contrato de adesão de consumo e as cláusulas contratuais gerais .....	302
4.6. Características gerais do contrato de adesão seguro de saúde .....	305
4.7. Espécies .....	308
4.7.1. Em Portugal: Seguro de saúde – “não vida” .....	308
4.7.1.1. Aplicação no tempo .....	312
4.7.2. Modalidades de contratos de plano de saúde no Brasil..	313
4.7.2.1. Individual/familiar.....	314
4.7.2.2. Coletivo empresarial .....	318
4.7.2.3. Coletivo por adesão .....	322
4.7.2.4. Dicotomia contratual: “antigos” ou “novos” .....	323
4.7.2.5. “Adaptação” ou “migração” contratual: repercussão prática.....	326
5. PRESSUPOSTOS DE VALIDADE PROCEDIMENTAIS E SUBSTANCIAIS DA CLÁUSULA DELIMITADORA NEGATIVA DA PRESTAÇÃO .....	331
5.1. Cláusula delimitadora negativa da prestação nos cuidados de saúde .....	334
5.1.1. Sua natureza e delimitação (positiva e negativa) .....	335
5.1.2 Cláusula limitativa de responsabilidade e cláusula de exclusão de responsabilidade: breves considerações .....	338
5.2. Diretiva da União Europeia: cláusulas abusivas .....	344
5.3. O diploma legal português: Decreto-Lei nº 446/85 .....	353
5.3.1. Linhas basilares do diploma legal .....	355
5.3.2. Pressupostos de validade procedimentais: dever de esclarecer e informar .....	357
5.3.3. Pressupostos de validade substanciais: controle do conteúdo .....	364

5.2.3.1. Boa-fé objetiva: princípio normativo geral.....	365
5.2.3.1.1. Valores fundamentais do direito .....	374
5.2.3.1.2. Confiança .....	375
5.2.3.1.3 Efetivação do tipo contratual.....	381
5.2.3.2. Norma imperativa.....	386
5.2.3.2.1 Cláusulas absolutamente proibidas .....	391
5.2.3.2.2. Cláusulas relativamente proibidas.....	395
5.2.3.3. Ordem pública .....	398
5.3.4. Ação inibitória: controle abstrato .....	403
5.4. Código de Defesa do Consumidor brasileiro e as cláusulas delimitadoras negativas da prestação.....	408
5.4.1. Direito básico de proteção, modificação ou revisão.....	412
5.4.2. Direito à informação: desafios para sua efetivação procedimental .....	418
5.4.3. Das cláusulas abusivas: pressupostos de validade substanciais do CDC.....	428
5.4.3.1. Desvantagem exagerada .....	435
5.4.3.1.1. “I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence” .....	436
5.4.3.1.2. “II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual” .....	439
5.4.3.1.3. “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.” .....	444
5.4.3.2. Incompatíveis com a boa-fé.....	448
5.4.3.3. Incompatíveis com a equidade .....	466
5.4.3.4. Contratos de adesão: cláusula de limitação de direito.....	471
5.4.3.5. Efeitos gerados na consideração de abusividade da cláusula: nulas ou anuláveis .....	475
5.4.3.5.1. Preservação do contrato.....	478
6. CONCLUSÃO .....	481
Referências Bibliográficas .....	493



# Siglas

ABRAMGE	Associação Brasileira de Planos de Saúde
ADSE I.P	Instituto de Proteção e Assistência na Doença, I. P.,
ADUSEPS	Associação Defesa dos Usuários Seguros, Planos e Sistemas de Saúde
AGB-Gesetz	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AMB	Associação Médica Brasileira
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ASF	Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensão
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAE	Classificação Portuguesa das Actividades Económicas
CBHPM	Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos
CDC	Código de Defesa do Consumidor brasileiro
CFF	Conselho Federal de Farmácia
CFM	Conselho Federal de Medicina,
CID	Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a saúde
CNES	Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS
CONSU	Conselho Nacional de Saúde Suplementar
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito

O DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE  
NA PERSPECTIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

---

CPT	Cobertura Parcial Temporária
CRP	Constituição da República Portuguesa
CTI	Centro Terapia Intensiva
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
DPDC	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
DOU	Diário Oficial da União
e-NAT-Jus	Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas
EPE	Entidade Pública Empresarial
ERS	Entidade Reguladora de Saúde
EUA	Estados Unidos da América
FDA	Food and Drug Administration
FENASAUDE	Federação Nacional de Saúde Suplementar
GLC	Guia de Leitura Contratual
IBA	Instituto Brasileiro dos Atuários
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDEC	Instituto de Defesa do Consumidor
IGPM	Índice Geral de Preços do Mercado
IMC	Índice de Massa Corpórea
INE	Instituto Nacional de Estatística
INSPER	Instituto de Ensino e Pesquisa
IMRT	Intensity Modulated Radiation Therapy
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
ISP	Instituto de Seguros de Portugal
LIO	Lente Intraocular
LPS	Lei dos Planos de Saúde
MBE	Medicina Baseada em Evidências
MPS	Manual de Orientação para Contratação de Planos de Saúde
NAT-Jus	Núcleo de Apoio Técnico dos Tribunais de Justiça
OMS	Organização Mundial da Saúde
PPP	Parceira Público Privada
RDC	Resolução Diretoria Colegiada
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
RENASES	Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde

## SIGLAS

---

RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RJCS	Regime Jurídico do Contrato de Seguros
RN	Resolução Normativa
SNS	Serviço Nacional de Saúde
SPA	Sector Público Administrativo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça português
STJ	Superior Tribunal de Justiça brasileiro
SUS	Sistema Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRF 3	Tribunal Regional Federal da 3ª região
UE	União Europeia
UERJ	Universidade Estadual do Rio de Janeiro
UFPE	Universidade Federal de Pernambuco
UFPR	Universidade Federal do Paraná
UNIDAS	União Nacional das Instituições de Autogestão
USP	Universidade São Paulo
UTI	Unidade de Terapia Intensiva





# I.

## Introdução

De partida, se faz necessário esclarecer que a expressão mais comumente utilizada “direito à saúde” foi substituída pela alcunha de “direito aos cuidados de saúde”<sup>1</sup>, atendo-se assim a finalidade precípua do contrato de adesão de seguro de saúde que é de garantir ao consumidor, quando necessitar, de ser atendido com agilidade, presteza e segurança, no intuito de manter, recuperar ou reabilitar o seu corpo fisicamente ou mentalmente. O “direito à saúde” é mais amplo, sendo o “direito aos cuidados de saúde” uma de suas espécies, que se reporta como um tema muito sensível por ser inerente à condição da pessoa humana e por constar um aderente<sup>2</sup> que não tem conhecimento do verdadeiro

---

<sup>1</sup> No contexto brasileiro será utilizada a expressão “direito à assistência à saúde”, seguindo o contido no artigo 199 da Constituição Federal: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”. E, também, o disposto na Lei nº 9.656/98 que “Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.”.

<sup>2</sup> No ano de 1973, o Professor Carlos Alberto da Mota Pinto, em conferência proferida na Ordem dos Advogados, manifestou sua preocupação com o esse tema: “A vida económica dos nossos dias conhece uma ampla difusão do fenómeno correspondente aos chamados contratos de adesão. A sua frequência ressalta como dado elementar da experiência quotidiana. (...) A actual estrutura de produção de bens e serviços e respectiva distribuição caracteriza-se pela criação e pelo consumo de grandes massas de produtos, emergentes de unidades empresariais especializadas. (...) a formulação de condições negociais uniformes para todos os fornecedores dos respectivos produtos surge naturalmente, decorrendo da unicidade do fornecedor ou da facilidade de um acordo entre os fornecedores para a adopção das mesmas cláusulas contratuais.” PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contratos de adesão: uma manifes-

alcance das prestações convencionadas. Portanto, em eventual surgimento de conflito de interesses, proporciona uma árdua tarefa ao intérprete na análise do contrato de seguro.

No passado não muito longínquo, a quase totalidade dos cidadãos somente tinham à sua disposição a prestação de serviço à saúde pelo Estado, alguns, em virtude do vínculo estatutário ou profissional, detinham também atendimento médico através de determinado subsistema. Porém, com o passar dos tempos, principalmente, a partir da década de 1970<sup>3</sup>, a iniciativa privada<sup>4</sup> foi adentrando neste mercado, possibilitando que parte da população, especialmente os mais afortunados, procurasse meios alternativos que lhes assegurassem um pronto-atendimento com médico especialista, facilidade na realização de exames ou tratamento sem aguardar em filas<sup>5</sup> ou listas de espera, proporcionando uma sensação de tranquilidade, sem depender, única e exclusivamente, do Estado ou do subsistema ao qual estava vinculado<sup>6</sup>. A propósito, é notório que se o Estado conseguisse suprir todas as necessidades de cuidados de saúde para todos os cidadãos, fatalmente a quase totalidade não contrataria um seguro de saúde, todavia, a realidade demonstra que mais de ¼ da população<sup>7</sup> de Portugal e do Brasil estão vinculadas a esta forma de contra-

---

tação jurídica da moderna vida econômica. p. 119-148. Sep. de “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano XX - Abril- Dezembro, nº 2-3-4. Coimbra: Livraria Atlântida, 1973, p. 119.

<sup>3</sup> No Brasil, a primeira legislação sobre seguro-saúde foi o Decreto-lei nº 73/1966, que determinou seguir as diretrizes, na época, do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), porém, sua regulamentação ocorreu somente no ano de 1977. Em 1975, Portugal nacionalizou os seguros (Decreto-Lei nº 135-A/75) e aprovou, em 1976, o Estatuto do Instituto Nacional de Seguros, por meio do Decreto-Lei nº 400/76, de 26 de maio.

<sup>4</sup> A permanência da iniciativa privada neste mercado tem base constitucional, eis que o Estado não é detentor do monopólio da prestação de serviço de cuidados de saúde ao cidadão. Na Constituição da República Portuguesa, art. 64º, n. 3: “d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade”. No Brasil, Constituição da República, art. 199.

<sup>5</sup> Nesse sentido, José Miguel Boquinhas “Os seguros em Portugal, são geralmente utilizados para ultrapassar os constrangimentos das listas de espera do setor público, uma escolha mais personalizada do médico assistente e do hospital privado, e opções de conforto e individualizadas em internamentos hospitalares privados.” BOQUINHAS, José Miguel. Políticas e sistemas de saúde. Coimbra: Almedina, 2012, p. 108.

<sup>6</sup> Registre-se que a prestação do serviço pelo Estado possui, em certas especialidades médicas, excelência perante o utente, todavia, constata-se a ineficiência em outros serviços que frustram sua expectativa legítima, na maioria, pela escassez dos recursos públicos.

<sup>7</sup> Dados da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensão (ASF), no final

tação privada<sup>8 9</sup>. A entidade reguladora de seguros de Portugal, denominada de Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensão, divulgou que tem vindo a dedicar uma maior atenção ao acompanhamento e supervisão do ramo “Doença”<sup>10</sup>, haja vista seu crescimento exponencial, 48,9% no período de 2014 a 2019, sempre com o “objetivo final de proteção dos consumidores de seguros e de equilíbrio do funcionamento do mercado”<sup>11 12</sup>.

O Tribunal Constitucional português, em 1995, afirmou sobre a existência de uma concorrência<sup>13</sup> entre o público e o privado, fato que se expandiu, conforme Nuno Cunha Rodrigues, ao explicar sobre a transformação em empresas dos hospitais públicos portugueses, culminando num mercado

---

de 2019, mais de 2,8 milhões de portugueses dispunham de seguro de saúde, portanto, um quarto da população total de Portugal. No Brasil, em 2019, de acordo com a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) eram aproximadamente 47 milhões de usuários de planos e seguros de assistência à saúde, curiosamente, representando também um quarto da sua população total.

<sup>8</sup> A primordial razão para que as pessoas almejam contratar um seguro ou plano de saúde está no fato que se sentem expostas à risco, pois sabem que não podem depender do serviço público de saúde. Trata-se da sensação de tranquilidade, segurança, que no momento que necessitar terá o respaldo econômico do segurador para arcar com as eventuais despesas.

<sup>9</sup> “Cada vez mais os seguros de saúde são vistos como uma alternativa necessária ao Serviço Nacional de Saúde, sendo que já cobrem cerca de dois milhões de pessoas e, num setor a viver uma fase má, os seguros de saúde foram dos poucos segmentos com crescimento.” - Disponível em <http://www.segurosmais.com/seguro-de-saude/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>10</sup> Regulado pela Lei n.º 147/2015, o qual enquadra este seguro como do ramo <<Não vida>>, com a terminologia prevista no artigo 8º, b) <<Doença>>, nas modalidades: a) prestações convencionadas; b) prestações indenizatórias e c) combinações de ambas (misto). Podendo, também, ser conjugado com no artigo 12º do mesmo diploma como <<Acidentes pessoais e doença>>, porém, detém poucos inscritos.

<sup>11</sup> Disponível em: <https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/3AC24F57-5AAC-4955-9F-75-7F3D4CB28E7D/0/NotadeEnquadramentoConsultaP%C3%BAblicaSegurosdeSa%C3%BAde.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.

<sup>12</sup> De acordo com as informações fornecidas pela Associação Portuguesa de Seguradores à reportagem da SIC, 66% dos consumidores estão inscritos em duas seguradoras. Disponível em: <https://sicnoticias.pt/programas/contaspoupanca/2021-02-17-Como-deve-escolher-um-seguro-de-saude--accd7f84>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>13</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional, processo n.º 731/95: “não perfilhou um modelo de monopólio do sector público de prestação de cuidados de saúde – tendencialmente coincidente com o serviço nacional de saúde -, antes admite a existência de um sector privado de prestação de cuidados de saúde em relação de complementariedade e até de concorrência com o sector público com a consequente liberdade de escolha entre o sistema público e sistema privados de saúde”.

misto de saúde<sup>14</sup>. Mónica Oliveira aponta outros fatores, os incentivos fiscais, a mobilidade de pessoal do SNS para o setor privado, e estímulos pelo Estado para criação de estabelecimentos privados a serem contratualizados pelo setor público<sup>15</sup>. Na mesma direção foi o Brasil, de acordo com Isabela Santos a expansão do setor privado foi influenciada pelas desonerações fiscais, tanto a prestadores, quanto aos consumidores, estes com descontos no imposto de renda<sup>16</sup>.

O interesse primordial do consumidor, quando está enfermo, é de ser atendido com agilidade e maior eficiência, com “todos” os produtos e serviços tecnológicos de última geração incluídos na contratação, para sua rápida ou imediata recuperação, evitando-se quaisquer efeitos deletérios. Entretanto, esse interesse não pode ser traduzido como a sua real expectativa<sup>17</sup>, deve-se ponderar pela razoabilidade na compreensão do alcance das prestações convencionadas no seguro de saúde contratado.

Os instrumentos jurídicos de contratação, especificamente os contratos de adesão de seguro de saúde, possuem cláusulas que delimitam a prestação de cuidados de saúde do consumidor, as quais passam a ser denominadas de “cláusulas delimitadoras negativas da prestação”<sup>18</sup>, sendo aquelas predispostas

---

<sup>14</sup> “A emergência de subsistemas de saúde privados, associada à transformação de estabelecimentos públicos desprovidos de uma lógica empresarial em verdadeiras empresas, e ao aumento do custo da prestação de serviços à saúde, gerou uma exigência acrescida por parte dos utentes e foi indutora de concorrências entre operadoras, implicando a criação de um mercado de saúde misto.” RODRIGUES, Nuno Cunha. *Regulação da Saúde*. In FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo Gentil. *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 615.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Mónica Duarte Correia de. *Evolução da Oferta*. In: 30 anos do Serviço Nacional de Saúde: um percurso comentado. Coord. Jorge Simões. Coimbra: Almedina, 2010, p 277-278.

<sup>16</sup> SANTOS, Isabela Soares. *O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: elementos para a regulação da cobertura duplicada*. Tese apresentada com vistas à obtenção do título de Doutor em Ciências na área de Saúde Pública. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, 2009.

<sup>17</sup> A tarefa do intérprete/julgador está em conseguir definir se, no caso concreto, houve violação “às legítimas expectativas do consumidor”, conforme artigo 4º da Lei 24/96. Não há no Código de Defesa do Consumidor brasileiro essa expressão, estando presente na seção da responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço que considera defeituoso “quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera”. Em Portugal, o tema da responsabilidade do produtor está disciplinado no Decreto-Lei nº 383/89.

<sup>18</sup> António Pinto Monteiro classifica como sendo “cláusula limitativa de conteúdo ou objeto contratual”. MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de res-*

unilateralmente pelo fornecedor, sem que possam ser alteradas ou modificá-las, algumas baseadas em lei ou nos atos normativos expedidos pelo Estado Regulador<sup>19</sup>. Adianta-se que esse tipo de cláusula se constitui no afastamento de determinada obrigação<sup>20</sup>, lícitamente possível porque o Regime Jurídico do Contrato de Seguro<sup>21</sup> português, particularmente, no que tange ao seguro de saúde, preceitua que o “segurador apenas cobre o pagamento das prestações convencionadas”. A licitude está amparada, também, especialmente, pelos artigos 398º, 399º, 405º, 762, n. 1, todos do Código Civil, que desde que respeitado os parâmetros legais, o conteúdo da prestação negativa pode ser fixado no clausulado<sup>22</sup>. No Brasil, a Lei Federal nº 9.656, 03 de junho de 1998, excetua<sup>23</sup> algumas coberturas por parte do fornecedor (seguradora ou

---

responsabilidade civil. 2ª reimp. da obra publicada em 1985. Coimbra: Almedina, 2011, p. 116. Pedro Romano Martinez prefere “cláusulas de limitação do risco assumido” ao invés de “cláusulas de exclusão de certos riscos”. MARTINEZ, Pedro Romano. Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro. *Scientia Iuridica*: revista trimestral portuguesa e brasileira. Tomo 55. vol. 306. Braga: Universidade do Minho, abr./jun. 2006, p. 258.

<sup>19</sup> No Guia de Seguros e Fundos de Pensões, editado pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensão (ASF), destaca-se, dentre outras, algumas coberturas excluídas, tais como: (i) “doenças profissionais e acidentes de trabalho”; (ii) “perturbações nervosas e doenças do foro psiquiátrico” e (iii) “check-up e exames gerais de saúde”. Guia de Seguros e Fundos de Pensões. 3ª Edição. Lisboa: Etigrafe, 2015.

<sup>20</sup> António Pinto Monteiro ensina que: “Ora, o que pode acontecer, é as partes, ao contratar, afastarem obrigações que, sem tal acordo, fariam parte do contrato, nos termos referidos. Trata-se, neste caso, de cláusulas destinadas a definir o objecto do contrato, precisando o seu conteúdo e extensão, ao abrigo da liberdade contratual, na sua vertente de liberdade de modelação (art. 405º).” – Ibidem, p. 177. Pedro Romano Martinez “Por via de regra, nas condições gerais e especiais de apólices de seguro não se exclui a responsabilidade da seguradora, pois delimita-se o âmbito do risco coberto pelo contrato de seguro.”. Ibidem, p. 259.

<sup>21</sup> Consulte artigo 214º do Decreto-Lei nº 72/2008, 16 de Abril e artigo 48º, nº 4 da Lei nº 147/15, 09 de Setembro.

<sup>22</sup> A Autoridade de Supervisão de Seguros afirma que: “Apesar de várias disposições específicas no regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora, aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de setembro, e no regime jurídico do contrato de seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril, atualmente não existe um regime jurídico específico para o seguro de saúde.”. Disponível em: <https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/3AC24F57-5AAC-4955-9F75-7F3D4CB28E7D/0/NotadeEnquadramentoConsultaP%C3%BAblicaSegurosdeSa%C3%BAde.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>23</sup> O artigo 10 da Lei nº 9.656/98 elenca algumas coberturas assistenciais que podem ser delimitadas, exemplos: (i) tratamento clínico ou cirúrgico experimental”; “procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim” e “fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados”.

operadora de plano de saúde), e, ainda, o órgão regulador brasileiro, Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), regulamentou<sup>24</sup> a abrangência destas delimitações de cobertura assistencial.

Nesse contexto, não há dúvida pela permissão, em regra, nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro<sup>25</sup>, da inclusão das cláusulas delimitadoras negativas dos cuidados de saúde nos contratos de adesão. A preocupação está diretamente relacionada a contratação com o sujeito de direitos vulnerável, leigo, sem alcance do sentido teleológico deste tipo de cláusula. Os negócios jurídicos que são firmados com a presença da igualdade material, possibilitando o pleno exercício da autonomia privada, é diametralmente oposto quando realizado pela simples adesão do consumidor.

Como identificar que as cláusulas delimitadoras negativas da prestação são lícitas e não ilícitas, proibidas<sup>26</sup> ou abusivas? A disposição contratual que viola a ordem pública, a norma imperativa se constitui numa tarefa menos árdua para o julgador, pois acaba aplicando o positivismo<sup>27</sup>. O desafio se encontra quando a fundamentação da decisão se vincula aos princípios, cláusulas gerais ou mesmo em conceitos jurídicos indeterminados<sup>28</sup>. Torna-se crucial identificar os pressupostos de validade que estão sendo utilizados para constatar a ilicitude e abusividade quando ocorre a não autorização ou reembolso de determinado exame, medicamento, tratamento, cirurgia, dentre outros, pretendido pelo consumidor, sob alegação de contrariar a cláusula delimitadora negativa constante do clausulado, bem como expor, com base na literatura jurídica, se os pressupostos de validade são pertinentes ou se estamos diante de decisões criadas com base em subjetividade ou arbitrariedade.

A dificuldade para o julgador se potencializa por ser um contrato de adesão de cuidados de saúde, portanto, o seu objeto principal é a garantia

---

<sup>24</sup> ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Instrução Normativa, nº 23, de 01 de dezembro 2009 e Resolução Normativa nº 465, 02 de março de 2021.

<sup>25</sup> No Código Civil brasileiro, consulte os artigos: 421-A, inciso II; 757 e 760. No Código de Defesa do Consumidor, artigo 54, § 4º e na Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98), artigo 10.

<sup>26</sup> Em pesquisa realizada junto a Direção-Geral da Política de Justiça, não foi identificado nenhum registro de ação inibitória especificamente sobre cláusulas abusivas em seguro de saúde. Disponível em: <https://dgpj.justica.gov.pt/Registo-de-Clausulas-Contratuais-Gerais-Abusivas>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>27</sup> Consulte o artigo 10º, b) da Lei nº 24/96 e os artigos 18º e 21º do Decreto-Lei nº 446/85.

<sup>28</sup> Veja o artigo 9º, b) da Lei nº 24/96 que traz a proibição de inclusão de cláusulas baseada no conceito indeterminado de “significativo desequilíbrio”.

pelo fornecedor que o consumidor poderá ser atendido, em regra, na rede de prestadores por ele contratada para a manutenção, recuperação, reabilitação ou até mesmo para assegurar a sua vida<sup>29</sup>, tornando-se, a princípio, incompreensível a existência de cláusula que delimita os cuidados de saúde mediante uma prescrição médica. Aliás, o médico assistente é um *player* primordial nesta complexa relação jurídica de consumo, eis que através da sua prescrição inicia-se a busca pelo cuidado pretendido junto ao fornecedor diretamente ou nos estabelecimentos de saúde contratados<sup>30</sup>.

Há, perante o segurador o seu dever de informação<sup>31</sup> e esclarecimento, frise-se, em todas as fases do contrato, situação latente na legislação, sendo um desafio enorme para conseguir implementar essas obrigações<sup>32</sup> diante das terminologias específicas da medicina, acarretando, na maioria das vezes, uma interpretação *contra proferentem*<sup>33</sup>.

Com efeito, o presente texto faz um recorte e contextualiza o “direito aos cuidados de saúde”, tanto em Portugal quanto no Brasil<sup>34</sup>, através de uma base sólida da literatura jurídica, com implicações práticas, acerca da relação jurídica de consumo que nasce com a formalização do contrato de adesão de seguro ou plano de saúde privado, após identificação do problema no controle incidental do conteúdo das cláusulas delimitadoras negativas da prestação

---

<sup>29</sup> “Art. III – Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” – Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas.

<sup>30</sup> O agir com ética é pressuposto intrínseco, não cogitando desvio de conduta, pois, como se sabe, infelizmente no Brasil, há profissionais médicos que se beneficiam de agrados de empresas farmacêuticas e de fabricantes de próteses, órteses e materiais especiais quando prescrevem seus produtos.

<sup>31</sup> Consulte, especialmente, os artigos 8º e 9º, a), ambos da Lei nº 24/96; artigos 5º, 6º e 8º do Decreto-Lei nº 446/85 e os artigos 18º, 23º e 87º do Decreto-lei nº 72/2008.

<sup>32</sup> Lado outro, para o consumidor, sua eficácia é reduzida, como alerta Pinto Monteiro “desde logo não o protegem de cláusulas inequitativas ou abusivas a que terá de submeter-se, mesmo que consciente dos riscos que corre, uma vez que não encontra alternativa real para a aquisição do bem ou serviço que carece e de que não pode prescindir.” MONTEIRO, António Pinto. O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais. *Revista Ordem dos Advogados*. Ano 62, I. Lisboa: O.A., 2002, p. 122

<sup>33</sup> Sem esquecer do regime geral – art. 236º do Código Civil, baseado na “teoria da impressão do declaratório”. Na lição de MENEZES CORDEIRO “ela deve operar de tal modo que, perante um mesmo negócio, seja possível a vários juristas alcançar idênticas conclusões interpretativas.” CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte geral, Tomo I*, 3ª ed. aument. e inteiramente rev., reimp. da ed. de Março de 2005. Coimbra: Almedina, 2007, p.753.

<sup>34</sup> A expressão mais adequada: “direito de assistência à saúde”, isso em virtude da definição trazida pela Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98).

publicizado pelo Superior Tribunal Justiça brasileiro em suas decisões que culminaram, no ano de 2013, e, mais recente, no ano de 2020, em conclusões denominadas “Jurisprudência em tese”<sup>35</sup> sobre cláusulas abusivas, com o desígnio de evidenciar os pressupostos de validade utilizados na fundamentação e propor algumas perspectivas que possam auxiliar na mitigação da designada “judicialização da saúde”<sup>36</sup> brasileira.

O tema proposto foi exasperado diante do acentuado crescimento<sup>37</sup> da “judicialização da saúde”<sup>38</sup> no Brasil e a constatação de sua “ausência” em Portugal, seja em torno da prestação de serviço realizada pela administração pública, direta ou de estabelecimentos de saúde contratados, seja pela relação jurídica de consumo, que pode ser classificada como complexa, estabelecida entre o consumidor individual ou coletiva (de grupo - através do vínculo empregatício, estatutário, associativo) com o profissional que oferece a prestação de cuidados de saúde (seguro ou plano) e os interesses conflitantes das partes<sup>39</sup>,

---

<sup>35</sup> Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 05 nov. 2021. Dentre elas, cite-se: (i) “abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar (home care)”; (ii) “ilegítima a recusa de cobertura pelo plano de saúde de cirurgias complementares de caráter reparador ou funcional em paciente pós-cirurgia bariátrica” e “abusividade em cláusula contratual ou ato de operadora de saúde que importe em interrupção de tratamento de terapia ou de psicoterápico por esgotamento do número de sessões anuais assegurados no rol de procedimentos em saúde da ANS.”

<sup>36</sup> “Número de Ações Judiciais contra Planos de Saúde é o maior da História”. Disponível em: <https://setorsauade.com.br/numero-de-acoes-judiciais-contra-planos-de-saude-e-o-maior-da-historia>. Acesso em 05 nov. 2021. UOL. “**Dobram ações contra planos de saúde em um ano**”. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2017/06/22/dobram-acoes-contra-planos-de-saude-em-1-ano.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>37</sup> Os dados globais, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), indicam que foram distribuídas no período de 2008 a 2017, em dezessete Tribunais Estaduais, 498.715 ações judiciais e 277.411 tramitaram perante a segunda instância. O detalhamento será evidenciado nos capítulos específicos.

<sup>38</sup> Mesmo com o elevado número de ações judiciais envolvendo a contratação de plano ou seguro saúde, o consumidor brasileiro tem este serviço entre seus desejos de consumo, muito em virtude para não ficar a mercê do serviço público. Em Portugal, esse desejo também é percebido, pois de acordo com Pedro Pita Barros “A saúde surge normalmente no topo da lista das principais preocupações expressas pelos portugueses quando respondem a inquéritos sobre o que consideram importante”. BARROS, Pedro Pita. *Pela saúde*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013, p. 15.

<sup>39</sup> Cf. Antunes Varela “os fins visados por semelhantes restrições destacam-se o de assegurar a lisura e a correção com que as partes devem agir na preparação e execução dos contratos, o de garantir quanto possível a justiça real, comutativa (não a simples justiça formal expressa pela igualdade jurídica dos contraentes) nas relações entre as partes, o de proteger a parte que dentro da relação contratual se considera econômica ou socialmente mais fraca e o



que acabam por colidir os princípios da autonomia privada<sup>40</sup>, igualdade, dignidade da pessoa humana, insegurança jurídica, boa-fé, confiança, informação, livre iniciativa, entre outros.

Como dito no início, a expressão “direito à saúde” é mais ampla e tem sido verbalizada pelos profissionais do direito, pelos meios de comunicação e pelos cidadãos de forma generalizada, todavia, pondera-se pela necessidade de estabelecer sua real abrangência e fixação no contexto das relações de consumo. O esclarecimento dos conceitos em torno do gênero chamado “direito à saúde”, até chegar na espécie “direito aos cuidados de saúde” (Portugal) ou “direito à assistência à saúde” (Brasil), se fez necessário para a devida compreensão do texto constitucional.

Reforça-se que diariamente no Brasil surgem conflitos de interesses entre o consumidor e o fornecedor, sendo o Poder Judiciário chamado para dizer o direito <quid iuris?>. Isso tem gerado, na sua quase totalidade, decisões contrárias aos prestadores de serviço de saúde, seja o Estado<sup>41</sup> *lato sensu* ou

---

de preservar a integridade de certos valores essenciais à vida de relação, como sejam a moral pública, os bons costumes, a segurança do comércio jurídico e a certeza do direito.” VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. 10<sup>a</sup> ed. rev. e actualiz., 11<sup>a</sup> reimp. da ed. de 2000. Coimbra: Almedina: 2014, p. 248.

<sup>40</sup> “A ordem jurídica pretende, assim, impedir o abuso da liberdade de conformação do contrato por parte do utilizador, que tipicamente se manifesta na contratação baseada em condições negociais gerais.” SÁ, Almeno de. Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas. 2<sup>a</sup> ed. rev. e aument., reimp. Coimbra: Almedina, 2005, p. 164. Para Sousa Ribeiro “A consideração conjunta dos dados respeitantes à natureza e ao regime dos negócios com base em ccg leva-nos a concluir que, se eles são, apesar de tudo, contratos (daí a eficácia vinculativa das cláusulas que respeitam os especiais limites de conteúdo), não são contratos idênticos aos demais (daí a imposição desses limites).” SOUSA, Joaquim Ribeiro. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 266. Mais adiante, o mesmo Autor, citando ensinamentos de WIEDEMANN, JZ (1990, 697), a respeito da necessidade do controle do conteúdo, aponta três pontos para o debate: “a conformação unilateral pelo utilizador, a falta de autodeterminação do aderente e a disparidade de poder negocial.” *Idem*, p. 271.

<sup>41</sup> Jorge Reis Novais ao explicar sobre o papel realizador do Estado no direito social à saúde expõe que: “o Estado está obrigado a realizar e concretizar o direito à protecção da saúde na maior medida possível, tendo em conta as respectivas disponibilidades, mas o particular não pode exigir judicialmente a prestação de todo e qualquer cuidado médico ou de saúde se o Estado puder mobiliza a seu favor aquelas reservas, designadamente se o Estado não dispuser das condições materiais que lhe permitam disponibilizar tal cuidado em igual medida a todos os cidadãos. (...) Os direitos sociais, nesta sua dimensão de prestação positiva, de promoção do acesso, são de realização gradual e diferida no tempo, em função dos recursos materiais, humanos e financeiros que o Estado pode afectar à respectiva realização.” NOVAIS, Jorge Reis. Constituição e Serviço Nacional de Saúde. In: *30 anos do Serviço Nacional de Saúde: um*

os fornecedores regulados que oferecem seguros e planos de saúde, bem como decisões contraditórias nas instâncias inferiores, haja vista se tratar de um cenário contratual, próprio e específico, com consequências econômicas relevantes, provocando verdadeira aventura e insegurança jurídica para todos os envolvidos.

Cenário totalmente diferente em Portugal, que, em tese, pode ser justificado pelo próprio contexto da Constituição da República portuguesa que determina a solidariedade do dever de proteção à saúde entre todos, incluindo o cidadão<sup>42</sup>, díspar da Constituição brasileira que enfatiza ser “dever do Estado”. Essa sociabilidade imposta pelo parlamento português alivia e atenua a obrigação do Estado prestar tudo que o cidadão almeja para manutenção, recuperação ou reabilitação da sua saúde, porém, não podendo ser omissos em perseguir a melhoria, qualidade, agilidade e eficiência dos serviços a serem prestados aos cidadãos. A legislação ordinária, *v.g.*, Lei de Bases da Saúde, evidenciam a preocupação do legislador em não transmitir ao cidadão direito amplo e irrestrito de cuidados de saúde. Paralelamente, o Regime Jurídico do Contrato de Seguro enfatiza, como regra, a obediência à liberdade contratual (art. 405º do CCP), contudo, impondo o “diálogo das fontes”, especialmente, com a Lei de Defesa do Consumidor e Decreto-Lei nº 446/85 (cláusulas contratuais gerais). A assimetria legislativa, neste particular, com o Brasil é eloquente, razão pela qual o texto visa contribuir para suscitar discussões em torno do tema e avançar para o aprimoramento do ordenamento jurídico brasileiro, iniciando-se um novo caminho para o “direito de assistência à saúde” privado, que poderá ser útil ao direito público. Além da inexistência do fenômeno da “judicialização da saúde” em Portugal, apurou-se poucas reclamações<sup>43</sup> ou queixas<sup>44</sup> perante o órgão regulador, Autoridade de Supervisão de Seguros de Fundos de Pensões (ASF).

---

*percurso comentado.* Coord. Jorge Simões. Coimbra: Almedina, 2010, p. 260.

<sup>42</sup> Constituição da República Portuguesa: “Art. 64º. Saúde. 1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.”

<sup>43</sup> A ASF recebeu 653 reclamações no ano de 2020. A título de comparação, o órgão regulador brasileiro (ANS), em 2020, registrou mais de 150.000 reclamações, sendo que a cobertura de cuidados de saúde foi o assunto mais demandado. Registre-se que sobre a COVID, foram mais de 16.000 no mesmo ano. Mais detalhes serão demonstrados nos capítulos vindouros.

<sup>44</sup> O artigo 52º da Constituição Portuguesa, ao tratar do direito de petição e direito de ação popular, estabelece que: “1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respetiva apreciação.”

Na pesquisa centrada nos julgamentos que sustentam as “teses” do STJ brasileiro, identificou-se alguns entendimentos que tem colaborado sobremaneira para considerar a cláusula delimitadora negativa da prestação como ilícita e abusiva, destacam-se, a crença absoluta na prescrição médica; o contrato pode delimitar a “doença” mas não o tratamento; que o “Rol da ANS” é exemplificativo e não acompanha a contento a evolução tecnológica da medicina<sup>45</sup>; o “direito à saúde” prevalece em qualquer situação alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>46</sup>, na concepção contemporânea denominada de constitucionalização do direito civil<sup>47</sup> e a equiparação entre a saúde privada e a saúde pública, afirmando que aquela exerce uma atividade econômica delegada e de relevância pública, não podendo se esquivar de garantir a prestação de serviço pelo princípio da integralidade.

A depender do caso concreto, o julgador fica mais sensibilizado, que por vezes, acaba escapando das regras especiais vigentes para se apegar ao princípio, especialmente da boa-fé objetiva, e justificar a tutela concedida, transformando a contratação como obrigação integral e ilimitada de todos e quaisquer procedimentos, tratamentos, produtos, materiais especiais, prótese e órteses.

A ênfase destes entendimentos consiste na prática, concretizar a “utopia” constitucional da “saúde é direito de todos”, privilegiando o completo bem-es-

---

<sup>45</sup> Registre-se a recente alteração da Lei nº 9.656/98, por meio da Medida Provisória nº 1.067, de 02 de setembro de 2021, justamente acrescentando na lei especial critérios que estavam previstos em regulamentos para a devida atualização do Rol da ANS.

<sup>46</sup> De um lado é necessário enxergar o ser humano, e não somente o contrato e os custos do tratamento, do outro que a sua vontade, a sua esperança, a sua individual expectativa, não pode se sobrepor ao sacrifício da coletividade dos consumidores. Este o desafio posto, compatibilizar os interesses dos envolvidos, na busca da equidade. A premissa verdadeira é que não há como prestar todos os cuidados de saúde para todos, por aclamação do princípio da dignidade da pessoa humana. Entender diferente desta premissa é não permitir, por inconstitucionalidade, *v.g.*, as limitações de prestações contidas no artigo 10, da Lei nº 9.656/98.

<sup>47</sup> Baseado nos estudos italianos, principalmente nas obras de PERLINGIERI, adeptos, dentre outros, desta corrente no Brasil: Gustavo Tepedino (UERJ), Luiz Edson Fachin (UFPR), Paulo Lôbo (UFPE) e Judith Martins-Costa (USP). Gomes Canotilho ao se referir sobre o significado da dignidade da pessoa humana como “esfera constitutiva da República Portuguesa” aduz: “Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (...) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. (...) justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte (artigo 24º) e a prisão perpétua (artigo 30º/1).” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., 16ª reimpr. (Manuais universitários). Coimbra: Almedina, 2016, p. 225.

tar individual em detrimento da coletividade, sedimentado na prescrição médica. Enfrentou-se a discussão envolvendo os tratamentos classificados como “experimentais”, aqueles que não possuem, ainda, reconhecimento científico pelos órgãos públicos sanitários. Em alguns casos, o consumidor vai a óbito por não ter conseguido, a tempo e modo, autorização do segurador ou por não ter tido tempo para obter uma tutela judicial que lhe possibilitasse submeter ao tratamento prescrito. Em outros casos, o tratamento é para uma criança e a sua única possibilidade de desfrutar da vida com dignidade humana é de receber o tratamento em outro Estado ou País. A submissão ao tratamento “experimental”<sup>48</sup> é uma incógnita, a pessoa pode reagir bem ou até acelerar o mal pior, assemelhando o consumidor a uma “cobaia de laboratório”, em que pese seu consentimento informado. Disso, emerge a discussão sobre o recurso finito e a socialização dos custos, eis que para o doente desesperançado, uma possível descoberta milagrosa da ciência pode ser a sua salvação, todavia, o custo gerado pode influir na perenidade do sistema e no valor das contribuições. Percebe-se que são assuntos delicados, mas que não podem ser esquecidos ou deixados para um segundo momento, as definições são prementes, inclusive em respaldar a Medicina Baseada em Evidências, ao invés do absolutismo da prescrição do médico assistente que ora impera no Poder Judiciário brasileiro.

A utilização desses entendimentos<sup>49</sup> para considerar o consumidor merecedor de tutela, e outros que estão expostos ao longo do texto, contribuiram para alavancar a reflexão sobre a colisão com a ordem econômica, pois está previsto no Código de Defesa do Consumidor que nas relações de consumo deve-se viabilizar a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvol-

---

<sup>48</sup> Com relação aos medicamentos, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), publicou a Resolução Diretoria Colegiada (RDC) nº 38/2013, que aprova o regulamento para os programas de acesso expandido, uso compassivo e fornecimento de medicamento pós-estudo, visando permitir em determinados casos o uso experimental de terapêuticas. Não há regulamentação semelhante para o setor privado de saúde. A discussão atinge deixar de gastar, ou melhor investir, nas prestações já comprovadas e necessárias, para custear tratamentos não aprovados, afetando a sociedade dependente da saúde pública.

<sup>49</sup> Aponta António Pinto Monteiro: “O critério de decisão deverá assentar, a nosso ver, numa perspectiva do contrato como *unidade*, em que importa tomar em conta não só o tipo escolhido pelas partes, mas também o fim contratual concretamente pretendido.”. MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas do conteúdo contratual. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. vol. 19 (2º semestre). Rio de Janeiro: **Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, 2001, p. 261.

vimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”<sup>50</sup>.

No cenário prático do conflito de interesses, partindo da premissa da boa-fé, tem-se que o médico prescreve o cuidado que necessita o paciente, sem conhecer do conteúdo das cláusulas constantes do contrato de adesão de seguro de saúde. O segurador não acata a prescrição médica, sob alegação de o contrato não conter previsão para cobertura do risco, baseado em cláusula delimitadora negativa da prestação. O consumidor já fragilizado fisicamente por causa da doença, passa a ficar abalado mentalmente com a possibilidade de não ter o cuidado de saúde pretendido custeado pelo segurador, e por ser leigo, desconhece o verdadeiro alcance das cláusulas contratuais. Em que pese o contrato seja de prestar cuidados para o restabelecimento da saúde do consumidor, não pode toda e qualquer prescrição negada ser entendida como violação ao objeto contratual, pois não teria espaço para estipular cláusula delimitação negativa. Entretanto, também toda e qualquer cláusula não deve ser entendida como absolutamente lícita.

O desenvolvimento do texto demonstra essas e outras peculiaridades, haja vista que debruçou-se na leitura de inúmeros acórdãos e decisões monocráticas que fundamentam a “Jurisprudência em Tese” do Superior Tribunal de Justiça na concretização do controle incidental do conteúdo, sendo que na sua grande maioria, está baseado no princípio da boa-fé objetiva (art. 51, IV, CDC), seguido da invocação, da equidade, vulnerabilidade, transparência, além de enaltecer o conceito indeterminado da desvantagem exagerada, todavia, sem maiores detalhes que fundamentam a tutela concedida, o que tem gerado, amplamente, caracterizar a cláusula delimitadora negativa da prestação como ilícita<sup>51</sup>, esquivando de aplicar a legislação especial e preferindo, como acima exposto, motivar nos princípios e conceitos indeterminados.

---

<sup>50</sup> Cf. Calvão Silva: “é o da justiça contratual, o da justiça comutativa ou equilíbrio (equivalência) justo e razoável das prestações e das contraprestações emergentes do contrato, por maneira que “quem diz contratual, diz justo”. SILVA, João Calvão da. Banca, Bolsa e Seguros, Tomo I, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 176.

<sup>51</sup> António Pinto Monteiro destaca que: “É certo que não será fácil determinar quais sejam as obrigações essenciais de um contrato, sendo ineliminável, porventura, uma certa margem de liberdade de apreciação em cada caso concreto e, por isso, uma certa dose de insegurança em decidir quais as obrigações que podem, ou não, excluir-se do contrato.>> Ibidem, p. 260.

Almeida Costa, ao se referir sobre a o princípio normativo da boa-fé, adverte sobre a necessidade de encontrar dentro dos *parâmetros* “uma normatividade exterior do juiz”, porém, não pode ser *fechada ou vinculativa*, mas que “afaste a insegurança jurídica e o arbítrio decorrentes de inconfinado subjetivismo jurisprudencial”<sup>52</sup>, sendo esse justamente o propósito, encontrar resultados, traduzidos em pressupostos de validade consistentes que permitam uma decisão que garanta a justiça comutativa.

Abordou-se, também outro conflito, todavia o de entendimento entre o Estado Juiz e o Estado Regulador, pois diferentemente de Portugal, a experiência brasileira evidencia uma avalanche de reclamações junto a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e inúmeras ações judiciais perante o Poder Judiciário, caracterizando-se na busca da realização do direito na sua dimensão positiva, todavia, constatou-se a geração de conflito de entendimento entre esses órgãos estatais, ocorrendo, na maioria, a não aplicação de sanção administrativa, após processo fiscalizatório, para o fornecedor, descartando qualquer violação à legislação, contudo, sendo condenado a arcar com os custos dos cuidados de saúde em ação individual movida pelo consumidor.

Digno de registro, com a edição da Lei Federal brasileira nº 9.656/98, conhecida como a Lei dos Planos de Saúde, ocorreu um divisor de águas no mercado de saúde privado, acresce-se o fato da criação da autarquia pública especial ANS, um ano após, permitindo aclarar vários aspectos desta complexa relação jurídica de consumo, todavia, não inibiu as ações judiciais. Aos consumidores foi dada a oportunidade de migrar ou adaptar o seu contrato às coberturas da nova lei, porém, mesmo após vinte anos de vigência, permanecem mais de 3 milhões<sup>53</sup> no chamado “plano antigo” ou contrato “antigo”, recorrendo ao Estado Juiz para obterem determinado exame, tratamento ou cirurgia que não lhe é autorizado por constar uma cláusula delimitadora negativa da prestação. A jurisprudência dos tribunais está calcada nas cláusulas

---

<sup>52</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Intervenções fulcrais da boa fé nos contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 2. Coimbra: Centro de Estudos do Consumo, 2000, p. 359. O Autor destaca como *parâmetros* básicos necessários para a devida concretização “que não se pode desconhecer ou esquecer do princípio da boa fé objectivado pela vivência social, a finalidade intentada com a sua consagração e utilização, bem como a estrutura da hipótese em causa.”. Adiante acresce que “a boa fé constitui naturalmente um atributo do homem razoável que esperamos. (...) a boa fé em sentido *objectivo* ou *ético*, quer dizer, como norma de conduta.” Idem, p. 360.

<sup>53</sup> Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 5 nov. 2021.

existentes nos contatos “antigos”, sendo que para os contratos “novos” o dilema gira em torno do “*Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde*” editado pela ANS, ser “taxativo” ou “exemplificativo”. Vulgarmente conhecido como “*Rol da ANS*”, pode ser classificado como a delimitação positiva das prestações convencionadas, não havendo em Portugal regulamentação semelhante expedida pela Autoridade Supervisora de Seguros e Fundos de Pensões.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro pautou julgamento para o plenário da Segunda Seção sobre o tema do “Rol da ANS”, haja vista a divergência de entendimentos entre a Terceira e Quarta Turmas de Direito Privado, contudo, sem alcance direto para os demais processos judiciais em tramitação, eis que não está qualificado em sede de repercussão geral, todavia, fatalmente o entendimento vencedor será prevalente nas instâncias *a quo*.

Na generalidade, o Poder Judiciário manifesta centrado na individualidade<sup>54</sup> do caso concreto, não se preocupando com a repercussão objetiva para a coletividade. Essa situação é perceptível quando o consumidor que possui um contrato “antigo”, após cumpridas todas as formalidades da legislação, opta por permanecer no seu contrato, mas, em virtude da não autorização do segurador, propõe ação judicial e obtém tutela antecipada para realizar procedimentos que somente estão previstos para os consumidores que possuem os contratos “novos”. Disso, decorre evidenciar possível desrespeito ao princípio da isonomia previsto no art. 5º da Constituição brasileira, pois aquele consumidor que adquiriu um seguro ou plano após a edição da referida lei ou migrou de um contrato “antigo” para um contrato “novo”, sob a exigência da legislação específica, vem pagando uma contraprestação maior para obter mais cobertura de serviços, enquanto o outro consumidor que ficou inerte, por opção, em seu contrato “antigo” vem conseguido respaldo junto ao Poder Judiciário para usufruir da mesma cobertura de serviços sem pagar qualquer acréscimo de valor.

---

<sup>54</sup> Vieira de Andrade salienta que “Deve, no entanto, admitir-se a possibilidade de conhecer alguns direitos dos consumidores como direitos directamente aplicáveis contra entidades privadas poderosas, quando estejam em causa certos conteúdos da saúde ou da qualidade de vida que envolvam bens jurídicos individuais – tal será admissível sobretudo quando estejam em causa dimensões de protecção de direitos, liberdades e garantias.” VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 5. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2004, p. 146-147.

Outro assunto polêmico nos Tribunais, durante vários anos, foi a violação ao ato jurídico perfeito, eis que os julgamentos aplicavam a Lei dos Planos de Saúde aos contratos “antigos”. O fundamento principal era tratar o pacto como de trato sucessivo, que se renova anualmente, não caracterizando irretroatividade da lei nova, aplicando ao contrato em vigência as novas regras impostas pela legislação especial. O tema culminou em reconhecimento da repercussão geral no STJ, somente no ano de 2008, entretanto, a decisão final pela não aplicação da lei nova aos contratos “antigos” foi proferida em novembro de 2020, ou seja, desde o início dos primeiros processos até o julgamento se passaram dezoito anos, de julgamentos equivocados, beneficiando individualmente o consumidor e prejudicando a coletivamente, os consumidores passivos que participam do mutualismo.

A configuração da relação jurídica de consumo nos contratos de adesão de seguro de saúde foi outro tema abordado. Em Portugal, a legislação consumerista está dispersa em vários textos, contudo, destaca-se a Lei nº 24/96, de 31 de Julho. Inexiste um código<sup>55</sup> sistematizado como acontece, por exemplo, no Brasil<sup>56</sup> e na França<sup>57</sup>. Na Alemanha busca-se inserir, no que couber, dentro do BGB, como aconteceu na reforma de 2002, revogando-se AGB-Gesetz<sup>58</sup>, de 1976, sobre as cláusulas abusivas e introduzindo seu conteúdo nos artigos §307 e seguintes do seu diploma civil. Fato incontroverso é que o legislador, dos diversos países, entendeu pela necessidade de criar normas jurídicas que possibilitassem proteger um sujeito de direito vulnerável, frágil, denominado por todos como o consumidor.

A partir da premissa que pode haver delimitação da prestação do cuidado de saúde, portanto, possível a sua inserção nos contratos celebrados entre consumidor e empresas ofertam seguro e plano de saúde, não deve ser entendido o “direito aos cuidados de saúde” como um direito absoluto de prestações, mas qual o limite da licitude?

---

<sup>55</sup> Monteiro, António Pinto. Do direito do consumo ao código do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 1. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999, p. 203. Enfatiza o Autor que a elaboração de um código “de um ponto de vista técnico-legislativo” é a melhor opção para assegurar a proteção do consumidor.

<sup>56</sup> Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 608: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.”.

<sup>57</sup> Code de la Consommation francês, aprovado pela Lei n.º 93-349, de 26 de Julho de 1993.

<sup>58</sup> “Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen”.



Reforça-se que o “cuidados de saúde”, de maneira geral, tem um apelo muito forte incutido na consciência da sociedade, ainda mais quando se trata de não garantir a sua prestação (delimitação negativa), pois no momento do tratamento das enfermidades a grande maioria do ser humano, está fragilizada fisicamente e mentalmente, se valendo do Estado Regulador ou Estado Juiz para discutir eventual violação ao seu direito.

O cenário de incertezas jurídicas que persiste no Brasil, entre garantir todo e qualquer cuidado de saúde *versus* a cláusula delimitadora negativa da prestação, vem, ao longo dos anos, alavancando uma infinidade de ações judiciais e reclamações administrativas que devem ser mitigadas, no intuito de evoluirmos para a justiça contratual<sup>59</sup>.

A presente investigação se propôs, de forma global, a conhecer e evidenciar o real campo de abrangência do “direito à saúde”, partindo para a denominação de “direito aos cuidados de saúde”, bem como esclarecer a atuação do Estado na realização deste direito, o enquadramento da relação jurídica de consumo, a literatura jurídica sobre o contrato de adesão e, em especial, sobre os efeitos das cláusulas delimitadoras negativas da prestação nos seguros de saúde, além de identificar<sup>60</sup> os pressupostos de validade no controle do conteúdo utilizados pelo Poder Judiciário brasileiro para considerar a abusividade

---

<sup>59</sup> Marisa Monteiro na conclusão do seu texto enfatiza: “O desafio hodierno é de construção de regimes legais de modalidades de seguro equilibrados que cumpram um papel duplo: proteção da mais frágil da relação negocial (inequivocamente o tomador do seguro/segurado) e de combate à ideia segundo a qual o segurador tenta quase sempre eximir-se de responsabilidade se ocorre o evento aleatório previsto no contrato.”. MONTEIRO, Marisa Silva. O contrato de seguro de saúde. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 15. Coimbra: Centro de Estudos do Consumo, 2019, p. 247.

<sup>60</sup> Bruno Miragem destaca que “Não se desconhece que a adoção e aplicação das cláusulas gerais pelo sistema jurídico acrescentam certo grau de incerteza e insegurança ao resultado da conduta das partes nas relações privadas. Isto resulta como natural na medida em que o intérprete e aplicador do direito tem maior liberdade para compreender e emprestar significado aos diversos elementos do caso concreto, ao contrário do tradicional silogismo jurídico em que, tanto o suporte fático, quanto a consequência jurídica da norma estão predeterminados por intermédio de uma tipologia rígida de preceito e sanção. No direito alemão, em grande parte, considera-se que esta dificuldade é superada pela adoção de um diálogo frutífero entre a jurisprudência e doutrina, cuja interação permite maior previsibilidade e segurança ao sistema, uma vez que ambos aproveitam da contribuição do outro no processo de construção e entendimentos do direito.” MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 192.

da cláusula e apontar sugestões que possam mitigar a “judicialização da saúde” no Brasil, mediante os ensinamentos doutrinários e legislativos aprendidos em Portugal e na literatura jurídica brasileira.

# 2.

## Enquadramento Jurídico da Prestação nos Cuidados de Saúde

A palavra saúde possui um vasto campo de abrangência. Luís Meneses do Vale<sup>1</sup> esclarece que o significado da saúde tem confluência de três fontes latinas: i) *salus* – conservação e integridade de si; ii) *sanitas*- comportamento saudável e iii) *salubritas* – medidas sanitárias.

---

<sup>1</sup> VALE, Luís António Malheiro Meneses do. O direito à saúde na União Europeia em perspectiva diacrónica: elementos para uma genealogia do artigo 35º da CDFUE. Revista Nacer e crescer/Hospital de Crianças Maria Pia. vol. 20. Porto: Hospital de Crianças Maria Pia, 2011, p. 278. Para o Autor a noção de saúde é “extensa, intensa e multimodamente co-essencial ao próprio homem, compreende-se que a saúde se confunda mesmo com um certo ideal de plenitude, perfeição e Eudaimonia individual, e por extrapolação, de bem-estar social, e que, consequentemente, se evidencie e manifeste por regra em termos negativos ou problemáticos”. Adiante arremata, sobre o direito à saúde como direito social, posicionando como “jussubjectiva activa substancial de vantagem das pessoas perante a sociedade – direito em sentido amplo – tendo por conteúdo a provisão de serviços e produtos de saúde com carácter essencial de que comprovadamente necessitem, (...) depois reconhecidas pretensões jurídicas de vinculatividade graduada, em função da sua necessidade e da importância dos cuidados, à obtenção de outros produtos e serviços.” Idem, p. 279 e 281. Para aprofundamento sobre o tema, veja do mesmo Autor, sua tese de doutoramento em Direito (Direito Público), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com o título: O problema jurídico do acesso à saúde : entre a solidariedade e a responsividade: contributo para uma teoria constitucional sobre a realização do direito público social.

Entretanto, é na área científica do Direito<sup>2</sup> que se faz indispensável demarcar o escopo em torno do significado da saúde, no intuito de centralizar o problema a ser enfrentado *a posteriori*, deste bem jusfundamental, explicitado em diversos diplomas legais internacionais e nacionais.

De arrancada destaca a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que completou 70 (setenta) anos em 2018, que consagra no artigo 25º: “1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto (...) à assistência médica (...). 2 – A maternidade (...) têm direito a ajuda e a assistência especiais.”.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1948, diga-se, logo após a lamentável Segunda Guerra Mundial, idealizou à saúde como completo “bem-estar”<sup>3</sup>, sendo criticado por muitos como uma utopia<sup>4</sup>, pois buscava-se, naquele momento, a reconstrução das moradias, das próprias cidades e das famílias, por terem sido brutalmente vilipendiadas. Porém, o conceito atual, pontualmente modificado, pela Organização Mundial de Saúde, continua com a mesma diretriz, a saber: “A saúde é um estado dinâmico de completo bem-estar físico, mental, espiritual e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> João Loureiro ao iniciar sua resposta sobre “Qual é, então, o objeto da proteção jurídica: a saúde ou doença?”, aponta: “o direito protege bens e não males jurídicos. A saúde é o bem que o direito, enquanto sistema de (im) possibilidades, conforma, tutela e promove, visando garantir, em temas materialmente paritários, a convivência humana.”. LOUREIRO, João Carlos. *Aegrotationis Medicinam Ab Iure Peto?* Notas sobre a saúde, a doença e o direito. Cadernos de Bioética. Ano XI, nº 25. Coimbra: Centro de Estudo de Bioética, (abril 2001), p. 30-31.

<sup>3</sup> “o Estado de Bem-Estar Social é uma tendência, não é uma realidade no mundo; sua forma típica é a criação de novos direitos (...) são direitos muitos diferentes dos direitos tradicionais, pois exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação, mais exigem uma realidade para se realizarem. É essa a dificuldade dos direitos sociais; necessitam de uma atividade. O que o grande filósofo italiano do direito contemporâneo, Norberto Bobbio, chama de Estado promocional. Exigem uma atividade, uma promoção do Estado, para serem realizados.” CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. vol. 35. Porto Alegre: Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1995, p. 51.

<sup>4</sup> Essa assertiva é confirmada por João Carlos Loureiro que diz: “Na gênese da Organização Mundial de Saúde, em 1948, alguns descortinaram utopia na noção abrangente de saúde subscrita”. LOUREIRO, João Carlos. Em jeito de nota de apresentação. In: *Responsabilidade em saúde pública no mundo lusófono fazendo justiça durante e além da emergência da Covid*. Coimbra: Instituto Jurídico [Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra], 2021, p. xiii. No mesmo sentido, Pedro Laín Entralgo entende que se trata de “formulação de uma falsidade e proclamação de uma utopia.” ENTRALGO, Pedro Laín. *Antropologia médica para clínicos*. Barcelona: Salvat Editores, 1984, p. 118.

<sup>5</sup> Resolução EB101.R2, do Conselho Executivo da OMS, em 22.01.1998. Para a Pro-

Dentre outros<sup>6</sup>, impõe-se avultar o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais<sup>7</sup>, especialmente no seu artigo 12º (Saúde), consignou que “§ 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.”. Para tanto, os Estados-partes deverão adotar as seguintes medidas: “1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças. 2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho

---

fessora Sueli Dallari o conceito trazido pela OMS traduz no “reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels”. DALLARI, Sueli Gandoffi. O conteúdo do direito à saúde. In: *O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde.* / Alexandre Bernardino Costa ... [et al.](organizadores) – Brasília: CEAD/UnB, 2009, p. 94. Para João Carlos Loureiro “sua gênese e afirmação encontra-se um contexto marcado pelo utilitarismo, pela crença nas possibilidades do Estado Social, pela ideia que, depois das provações da guerra, caminhar-se-ia para uma sociedade da abundância e bem-estar.” LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento.* vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 657.

<sup>6</sup> Cronologicamente, destacam-se, alguns diplomas internacionais, que versam sobre o tema “saúde”, a saber: i) 1961- Carta Social Europeia (revista em 1996); ii) 1975 – Declaração sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e para o Benefício da Humanidade e a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência; iii) 1978 – Declaração de Alma Ata sobre Cuidados de Saúde Primários; iv) 1981 -Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; v) 1988 – Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais; vi) 1991 – Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e a Melhoria dos Cuidados de Saúde Mental e Princípios das Nações Unidas para os Idosos; vii) 1992 – Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD); viii) 1993 – Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres; ix) 1994 – Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD); x) 1995 – Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres; xii) 1997 – Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO); xiii) 1998 – Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos; xiv) 2000 – Comentário Geral nº 14 do Comité das NU dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais sobre o direito à saúde; xv) 2001 – Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública; xvi) 2002 – Cimeira Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável; xvii) 2002 – Relatório Especial para o direito de todos à satisfação do mais alto padrão atingível de saúde mental e física; xviii) 2003 – Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (UNESCO); xix) 2006 – Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e xix) 2008 – Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

<sup>7</sup> Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de Dezembro de 1966, com entrada em vigor em 3 de Janeiro de 1976, em conformidade com seu artigo 27, sendo que Portugal (Aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11/07) e Brasil (Decreto Federal nº 591/1992).

e do meio ambiente. 3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. 4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.”.

Percebe-se o dilatado alcance que se exige para a melhor concretização da saúde. Sueli Dallari adverte que “os trabalhadores sanitários a questionaram, afirmando que ela corresponde à definição da felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar e que, além disso, ela não é operacional.”<sup>8</sup>. Como bem resume João Carlos Loureiro o “direito à saúde – uma expressão que está longe de ser pacífica”<sup>9</sup>.

No decorrer das últimas décadas, verificou-se o crescimento tecnológico vertiginoso, como novos aparelhos<sup>10</sup> de diagnóstico e imagem, estudos genéticos, técnicas cirúrgicas menos invasivas, medicação em pílulas (algumas vendidas até de forma “milagrosas”), ampliação da fabricação de próteses, órteses e materiais especiais, que vem impactando no custo dos cuidados de saúde. Aliado a isso, o ser humano, de modo global, tem vivido por mais tempo e está sempre em busca de viver cada vez mais, para tanto, vem se submetendo a diversos tratamentos para satisfazer suas necessidades materiais e ambiciosas, haja vista o aparecimento dos mais variados bens de consumo na área do “completo bem-estar” à saúde.

Neste universo direitos e obrigações que se insere a saúde, chama-se à atenção para o real entendimento do dever de prestação, preventivo ou curativo, do serviço público ou privado na garantia dos cuidados de saúde quando necessário para tratar as doenças, evitando gerar expectativa potencializada, tantos aos utentes como aos consumidores.

### **2.1. A espécie: “direito aos cuidados de saúde”**

Na literatura jurídica, na jurisprudência, nos meios de comunicação, enfim, de maneira geral, a expressão “direito à saúde” é referida englobando tanto a saúde pública quanto a privada. Porém, o “direito à saúde” é um gênero,

---

<sup>8</sup> DALLARI, Sueli Gandoffi, op. cit, p. 94.

<sup>9</sup> LOUREIRO, João Carlos, op. cit., p. 666

<sup>10</sup> Confira o texto: CUNHA, Carolina. O doente sem horário: breve anatomia dos problemas jurídicos suscitados pelas aplicações móveis na área da saúde. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 16. p. 43-56. Coimbra: Instituto Jurídico/Centro de Estudos do Consumo, 2018.

sendo o “direito aos cuidados de saúde”<sup>11</sup> uma das suas espécies<sup>12</sup>. No âmbito público, trata-se de uma prestação universal de serviço de interesse geral<sup>13</sup>, considerados vitais para toda sociedade. No setor privado dos seguros de saúde sua abrangência também atinge uma coletividade, todavia, circunscrita a determinado grupo de pessoas que possuem em comum uma relação jurídica com a parte contrária, o segurador, formando um aglomerado de consumidores que contribuem financeiramente para um fundo mútuo, no intuito de garantir um sistema perene e sustentável que proporcione, ao fim ao cabo um atendimento de qualidade e eficiente para manutenção, recuperação ou reabilitação da saúde individualizada.

Por estar o “direito aos cuidados de saúde” inserido na Constituição da República dos dois países como integrante dos direitos fundamentais, e de elevado apelo social, tem desafiado os intérpretes da lei na consecução para sua devida realização material, sem ofensa, direta ou indireta, a outros direitos fundamentais.

Especialmente, no caso do Brasil<sup>14</sup>, ao pesquisar sobre ação judiciais ingressadas no Poder Judiciário, depara-se com uma variedade infundável de pedidos, pleiteando obrigação de dar ou de fazer, que buscam espelhar o “direito

---

<sup>11</sup> A escolha da expressão “direito aos cuidados de saúde”, baseia-se no artigo 213º do Decreto-Lei nº 72/2008: “No seguro de saúde, o segurador cobre riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde.” (g.n)

<sup>12</sup> Há outras espécies, conforme salienta João Loureiro “estas matérias da saúde aparecem estudadas sob diferentes capas, tais como, entre outras, o Direito (do) Médico (Arztrecht), Direito da Medicina (Medizinrecht), a que, não raro, acresce, nos últimos anos, o prefixo *bios* e também Biodireito e mesmo Direito da Bioética.” LOUREIRO, João Carlos. *Aegrotationis Medicinam Ab Iure Peto?* Notas sobre a saúde, a doença e o direito. Cadernos de Bioética. vol. 25. ano XI. Coimbra: Centro de Estudo de Bioética, 2001 (abril), p. 31-32.

<sup>13</sup> Ressalte-se que os serviços de cuidados de saúde não estão inseridos como serviços essenciais pela Lei nº 23/96, somente os seguintes: i) fornecimento de água; ii) fornecimento de energia elétrica; iii) fornecimento de gás e iv) telefone. A particularidade que difere esses serviços classificados como essenciais para o serviço de cuidados de saúde, está na forma da contraprestação, essa uma das razões da sua não inclusão na legislação especial em conjunto como os demais serviços. Certo é que os serviços essenciais e o serviço universal de cuidados de saúde são vitais para o gênero “direito à saúde” que desagua no “direito à vida”, portanto, todos são de interesse geral. Mais detalhes sobre o tema: GOUVEIA, Rodrigo. Os serviços de interesse geral em Portugal. *Estudos de Direito Público e Regulação 2*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. MONTEIRO, António Pinto. A proteção do consumidor de serviços públicos essenciais. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 2. p. 333-350. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2000.

<sup>14</sup> Ao se referir ao Brasil, será utilizada a expressão “direito à assistência à saúde”, em virtude do que dispõe desta forma a lei especial de planos e seguros de saúde (Lei nº 9.656/98).

aos cuidados de saúde”, tais como, medicamentos, internações hospitalares, próteses, órteses, materiais especiais para atos cirúrgicos, alimentação especial (nutrição parenteral ou enteral), exames, terapias (fonoaudiologia, psicoterapia), fraldas geriátricas, transporte para o paciente e, até, pagamento de energia elétrica, quando há instalação de equipamentos respiratórios, por exemplo, na unidade residencial do consumidor. Os pedidos de prestação positiva perante o Poder Judiciário iniciaram após o advento da Constituição da República contra o Estado *lato sensu*, avultando-se no início dos anos de 2000 e com crescimento exponencial no passar dos anos, repercutindo, em seguida, para as discussões no direito privado, particularmente, sobre as cláusulas delimitadoras negativas da prestação constantes do contrato de adesão de plano ou seguro de saúde. Em virtude destes inúmeros pedidos de tutela judicial, consagrou-se a denominada “judicialização da saúde”<sup>15</sup>.

Em Portugal não se constatou nenhum montante expressivo de demandas judiciais, arbitrais ou administrativas sobre os “direitos aos cuidados de saúde”, seja contra o Poder Público ou contra a iniciativa privada.

Interessa, evidenciar os pressupostos de validade que permitem a concretização do merecimento de tutela ao consumidor na sua pretensão às prestações positivas dos cuidados de saúde, para tanto, necessário começar por contextualizar o arcabouço do enquadramento jurídico do “direito aos cuidados de saúde”.

---

<sup>15</sup> “O termo judicialização tem sido utilizado para identificar duas situações diferentes. Existe, em primeiro lugar, uma judicialização *quantitativa*. Nesse sentido, a expressão judicialização da vida se refere a uma certa explosão de litigiosidade no país, que se manifesta na existência de um número espantoso de ações judiciais em curso. [...] Fenômeno diverso é a judicialização *qualitativa*. A expressão designa o fato de que boa parte das grandes questões nacionais – políticas, econômicas, sociais e éticas – passaram a ter o seu último capítulo perante os tribunais.” BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 22-23.



## 2.2. Direito social da proteção da saúde e dos cuidados de saúde em Portugal: da Constituição da República às formas de realização positiva

### 2.2.1. Direito à proteção da saúde

Inaugura-se com um exemplo prático, extraído do Poder Judiciário<sup>16</sup>. Em resumo, narra o Tribunal de Relação de Coimbra que os autores “pretendem fazer valer o seu direito à saúde e ao descanso”, isto porque, estão sendo obrigados a suportar ruídos provenientes durante a noite, de um estabelecimento comercial, com o devido alvará, nomeadamente em consequência do barulho de “motociclos e veículos automóveis que para ele se dirigem e dele saem em aceleração, o ruído da vozzeria, música”. O motivo de iniciar com um exemplo judicial foi para evidenciar a amplitude do direito social “à proteção da saúde”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Tribunal de Relação de Coimbra, processo nº 148/13.1TBCBR.C2.: “1. Numa ação em que os autores pretendem fazer valer o seu direito à saúde e ao descanso, é sobre eles que recai o ónus da prova do nível de ruído e do grau de incomodidade que o mesmo lhes acarreta. 2. Em regra em caso de conflito, efetivo e relevante, entre o direito de personalidade e o direito ao lazer ou à exploração económica de indústrias de diversão ou restauração, se imponha a preservação dos direitos básicos de personalidade, por serem de hierarquia superior à dos segundos, nos termos do artigo 335º do Código Civil.”

<sup>17</sup> Essa abrangência é estampada no texto constitucional, precisamente, no artigo 64º, 2. b): “Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.”. E, pontualmente, nos artigos 59º/1/c (trabalhadores); 60º/1 (consumidores); 65º/1 (habitação – condições de higiene); 66º/1 (ambiente – sadio e ecologicamente equilibrado); 68º/3 (gravidez) e 71º/2 (prevenção e de tratamento, reabilitação – portadores de deficiência). Outro exemplo judicial que ilustra a avocação do “direito à saúde”, foi extraído do Tribunal Constitucional, onde consta no Acórdão nº 764/2019 a irresignação dos recorrentes contra o Acórdão do Tribunal de Relação de Évora que decidiu pelo direito de tapagem da Ré (art. 1.356º do CC) ao invés do disposto nos artigos 64º, 65º e 66º da Constituição, que consiste no direito à saúde dos recorrentes e à saúde de quem habite a casa e que pressupõe que esta tenha o mínimo de conforto e salubridade, sem humidades vindos do exterior. O Ministério Público pronunciou seguindo *in totum* a decisão de 2ª instância que disse: “Os recorrentes convocaram o direito à habitação, assim como o direito à saúde, na qualidade de direitos fundamentais, os quais, como já se disse, têm um valor jurídico abstrato superior ao direito de tapagem associado à propriedade. Todavia, esta conclusão tem de estar estribada em factualidade de suporte e na situação vertente baseia-se apenas em proposições fácticas

Cabe elucidar, dentro desta amplitude, o alcance da interpretação constitucional que se deve ter para compreender sobre a realização das prestações positivas pelo Estado nesse direito social.

*Ab initio*, registre-se o dever solidário<sup>18</sup> de defender e promover o direito à proteção da saúde constante do artigo 64º, destoando do Brasil<sup>19</sup>, que impõe constitucionalmente que a “saúde é direito de todos e dever do Estado”. A responsabilidade de todos é reafirmada pela nova Lei de Bases da Saúde<sup>20</sup>, contudo, incumbe, prioritariamente ao Estado garantir os cuidados da medicina preventiva<sup>21</sup>, curativa e de reabilitação. Mas, o Estado deve garantir todos e quaisquer cuidados de saúde requerido pelo utente para não se alegar omissão ao direito à proteção da saúde?

Jorge Miranda e Rui Medeiros<sup>22</sup> são enfáticos ao afirmar que por ser um direito social sua dimensão depende da interpretação do legislador, ou seja, precisa de definição concreta das faculdades e dos meios que viabilize o exercício deste direito de forma a satisfazer o mandamento constitucional.

O Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 731/95<sup>23</sup>, pronunciou que

---

que não têm respaldo nos factos provados. Assim, as alegações de dano na saúde e de prejuízo residencial constituem apenas petições de princípio que não podem obter agasalho jurídico porque não é invocado – e muito menos demonstrado – qualquer dano ou potencial prejuízo da saúde dos visados nem existe qualquer sinal relevante da violação do direito à habitação que não possa ser conjugado afirmativamente com as regras da propriedade exclusiva da casa vizinha.”

<sup>18</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira alertam sobre o dever individual, sendo “questionável a justificação do *dever jurídico-constitucional de cuidar da própria saúde*, embora ele não suscite dúvidas quando esteja em causa a defesa da saúde alheira (ex: doença contagiosa).” CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa: anotada. 4ª ed. rev., reimp. Coimbra: Editora, Coimbra, 2014, p. 826. Para o momento da pandemia da COVID-19 que, infelizmente, estamos vivenciando, o negacionismo de não vacinar pode repercutir nesta situação.

<sup>19</sup> Modestamente, a realidade brasileira é mais utópica, ainda por se tratar de um país de ‘terceiro mundo’ ou “em desenvolvimento”, sendo que Portugal traduz na legislação uma visão menos idealista e funcional, conferindo maior segurança jurídica.

<sup>20</sup> Lei nº 95/2019, Base 1, n. 2. (Diário da República n.º 169/2019, Série I de 2019-09-04).

<sup>21</sup> O maior exemplo, inclusive atual, é a disponibilidade, de forma gratuita, das vacinas da COVID. Campanhas estratégicas contra o cancro (mama ou próstata) ou uso de contraceptivos para evitar gravidez precoce na juventude, são manifestações preventivas da proteção da saúde.

<sup>22</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2ª ed., rev. act. e ampl. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal (Coimbra Editora), 2005, p. 1308/1309.

<sup>23</sup> Voto do Relator: Conselheiro Alves Correia (publicado no *Diário da República*, II Série, de 26 de Março de 1996). Um grupo de Deputados do Partido Comunista Portu-

o direito à proteção da saúde não é um dos “direitos, liberdades e garantias”, nem análogo, mas sim, um “direito social típico”, configurando-se como “um direito a ações ou prestações do Estado, de natureza jurídica (medidas legislativas), de carácter material (bens e serviços) e de índole financeira, necessárias à respectiva satisfação.”. Enfatizou o Relator afirmando que a concretização do direito social dependente de uma “interposição legislativa”, além da dependência dos recursos económicos para sua efetivação “sob reserva do possível”.

Jorge Novais<sup>24</sup> afirma que os direitos sociais podem ser “afectados, limitados, restringidos”, todavia, a sua constitucionalidade não sofrerá embargo quando houver “um fundamento sério que justifique”, não baseado em opiniões políticas ou “preconceitos ideológicos”, cabendo a devida comprovação pelo Estado das razões do não cumprimento do dever constitucional. João Loureiro enfatiza que as prestações estão sob o manto da “reserva do possível”, citando, inclusive, o artigo 22º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, acentuando que o Estado “trabalha com um polígono de interesses e de fins que tem de articular, num complicado processo de políticas públicas.”<sup>25</sup>.

Luís Meneses do Vale, ao expor sobre uma parte da jurisprudência do Tribunal Constitucional, relacionado ao direito à proteção da saúde, diz existir

---

guês requereu ao Tribunal Constitucional, a declaração, da inconstitucionalidade das normas constantes das Bases IV, n.º 1, XII, n.º 1, XXXIII, n.º 2, alínea *d*), XXXIV, XXXV, n.º 1, e XXVII, n.º 1, da Lei n.º 48/90. Na decisão, as Bases não foram declaradas inconstitucionais. Disponível em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>24</sup> “Assim, se é certo que, tal como qualquer outro direito fundamental, também os direitos sociais podem ser afectados, limitados, restringidos, tal só é constitucionalmente admissível quando há um fundamento sério que justifique tal afectação, ou seja, quando haja razões ponderosas e objectivamente comprováveis – que não meras diferenças de opinião política ou preconceitos ideológicos das maiorias conjunturalmente no poder – que sobrelevem a importância das garantias proporcionadas pelo direito social. (...) se o Estado puder comprovar objectivamente a existência e o peso dessas razões, a margem do controlo que cabe à justiça constitucional reduz-se significativamente, uma vez que, estando em causa a comprovada necessidade de reafectação orçamental dos recursos disponíveis, é essencialmente ao Parlamento, e não ao juiz, que compete decidir.”. NOVAIS, Jorge Reis. Constituição e Serviço Nacional de Saúde. In: *30 anos do Serviço Nacional de Saúde: um percurso comentado*. Coord. Jorge Simões. Coimbra: Almedina, 2010, p. 262.

<sup>25</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Aegrotationis Medicinam Ab Iure Peto?* Notas sobre a saúde, a doença e o direito. Cadernos de Bioética. Ano XI, nº 25. Coimbra: Centro de Estudo de Bioética, abril 2001, p. 37. Esclarece o Autor: “passada a imagem utópica da abundância, a escassez de meios e a intensidade do combate por esses recursos, (...) crise fiscal, (...) agravado pelo crescimento, aparentemente imparável, das despesas de saúde, no quadro de uma medicina altamente sofisticada e cada vez mais cara.” Idem, p. 38.

limites fáticos e jurídicos da sua realização, inserindo as seguintes questões: “Acesso de (ou para) quem? Acesso a quê? Acesso a que sistema? Acesso a que prestações?”<sup>26</sup>. Adiante, acresce o Autor que o direito, no cotidiano, sempre terá algo a dizer sobre “o que deve a sociedade a cada um dos seus cidadãos em matéria de saúde e o que se pode exigir a cada um deles, para a sua defesa, seja um problema de justiça geral, e sobretudo de justiça distributiva”.

Cumpra esclarecer que são reconhecidos três níveis que estruturam a oferta de cuidados para o utente: (i) primários, gerais ou pré-agudos<sup>27</sup>; (ii) secundários, especializados ou agudos – caracterizam, em síntese, por tratamentos realizados nos doentes na fase aguda de doença, cujos episódios se caracterizam pela necessidade de intervenções especializadas, exigindo os recursos com tecnologia mais atualizada, sendo que na sua maioria são prestados em unidades hospitalares e de forma pontual; (iii) terciários ou pós-agudos – preocupam-se com a reabilitação do doente. A Lei n.º 56/79, que criou o Serviço Nacional de Saúde (SNS), expõe no seu artigo 14.º às prestações que os utentes têm direito.

João Carlos Loureiro<sup>28</sup> menciona, partindo do critério do destinatário do serviço, situações de exclusão geral, reportando a clonagem reprodutiva e as intervenções genéticas na linha germinal<sup>29</sup>, e a exclusão relativa, exemplificando com as técnicas de procriação medicamente assistida e limite de idade para

---

<sup>26</sup> VALE, Luís António Malheiro Meneses do. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do direito à proteção da saúde: alguns momentos fundamentais. *Jurisprudência Constitucional*. vol. 12. Coimbra: Coimbra Editora, out./dez. 2006, p. 14. Cumpra esclarecer que o Autor delimitou o objeto do seu estudo nos acordãos relativos à criação de taxas moderadoras.

<sup>27</sup> De acordo com o estabelecido na ata da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde Alma-Ata, URSS, 6-12 de setembro de 1978 (Portugal como um dos 134 países signatários): “os cuidados essenciais de saúde baseados em métodos e tecnologias práticas, cientificamente bem fundamentadas e socialmente aceitáveis, colocadas ao alcance universal de indivíduos e famílias da comunidade, mediante a sua plena participação e a um custo que a comunidade e o país podem manter em cada fase de seu desenvolvimento, no espírito de autoconfiança e autodeterminação. Representam o primeiro nível de contacto dos indivíduos, da família e da comunidade com o sistema nacional de saúde, pelo qual os cuidados de saúde são levados o mais proximamente possível aos lugares onde pessoas vivem e trabalham, e constituem o primeiro elemento de um continuado processo de assistência à saúde”. Disponível em: <https://bioeticaediplomacia.org/wp-content/uploads/2013/10/alma-ata.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>28</sup> LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 688-689

<sup>29</sup> Artigo 8.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro.

cuidados com a diálise, evidenciando que o “eixo do discurso transferiu-se da racionalização para o racionamento” na busca da sustentabilidade do sistema. Adiante problematiza a situação com ênfase na ponderação entre a dignidade da pessoa humana e o utilitarismo social<sup>30</sup>. Na opinião de Rui Nunes por se tratar de valores constitucionais, sempre deverá haver debates para estabelecer as prioridades e os cuidados a serem disponibilizados aos utentes<sup>31</sup>.

De maneira mais enfática, Jorge Miranda e Rui Medeiros pronunciam que o grau de concretização está sob a reserva do possível, como também, “sob reserva da lei e do princípio democrático.”<sup>32</sup>. Mas, os Autores orientam que o legislador deve cumprir os mandamentos constitucionais, para não incorrer em omissão, e ainda, pontuam que pode advir algum interesse específico do utente que associe diretamente com outros direitos de liberdade (à vida), para tanto, deve-se avaliar o caso concreto para não “prejudicar o bem jurídico *saúde*”<sup>33</sup>.

Importante o registro de algumas normas imperativas que visam auxiliar o utente na concretização deste direito constitucional, tais como a Lei nº 41/2007, intitulada Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utentes do SNS, as Leis nºs 33/2009 (acompanhamento do utente na urgência) e nº 106/2009 (acompanhamento familiar na internamento hospitalar), que, conjuntamente com a Lei nº 14/85 (acompanhamento da mulher grávida), foram aglutinadas na vigente Lei nº 15/2014, que dispõe sobre os direitos e deveres do utente dos serviços de saúde, tendo recepcionado o entendimento exposto pelos autores acima citados e pela jurisprudência do Tribunal Constitucional, ao inserir no artigo 2º “na medida dos recursos existentes”.

Como regra geral, pode-se afirmar que há limites das prestações positivas dos cuidados de saúde pelo Estado, consubstanciado no dever solidário consti-

---

<sup>30</sup> Rui Nunes adverte que no território anglo-saxónico o lema é “some healthcare for all versus healthcare for some”, traduzindo: “alguns cuidados de saúde para todos contra saúde total para alguns”. NUNES, Rui (Coord). Política de saúde. Porto: Universidade Portucalense, 2003, p. 24.

<sup>31</sup> “valores, constitucionalmente protegidos, em particular, a equidade no acesso e a universalidade na cobertura, não devem impedir um debate sério de ideias sobre o modo como se devem estabelecer as prioridades na saúde e quais os cuidados que o sistema pode efectivamente oferecer aos cidadãos.” NUNES, Rui. Regulação da Saúde. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo Gentil. *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 252.

<sup>32</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2ª ed., rev. act. e ampl. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal (Coimbra Editora), 2005, p. 1309.

<sup>33</sup> Idem, p. 1310.

tucional, da “reserva do possível”, desde que objetivamente provada e não por omissão ou ineficiência de gestão, e da forma transparente como o utente é informado sobre a delimitação positiva do seu direito à proteção da saúde.

*2.2.1.1. O Estado na incumbência de proteção ao consumidor*

Consta do texto constitucional que um sujeito específico, o consumidor, tem, entre outros, direito “à proteção da saúde”. Em que pese a utilização da mesma expressão, não há dúvida que devem ser tratadas de formas diferentes, pois nesta envolve, também, a relação jurídica com a iniciativa privada. Qual o papel a ser desempenhado pelo Estado para garantir esse direito ao consumidor?

Incumbe ao Estado, para proporcionar a proteção ao consumidor do vasto rol de direitos previstos no artigo 60º da Constituição portuguesa, elaborar leis especiais<sup>34</sup> e regulamentos adequados, criar órgãos específicos ou entidades regulatórias que harmonizem os interesses dos consumidores e dos agentes económicos, bem como apoiar a criação e funcionamento das associações de consumidores e das cooperativas de consumo<sup>35</sup>.

Como alerta Jorge Miranda cabe ao Estado o dever de proteção<sup>36</sup>, e essa proteção destina-se ao sujeito de direitos que a parte mais fraca. Gomes Canotilho e Vital Moreira ensinam que a dispositivo constitucional legitima<sup>37</sup> o Estado implementar medidas perante as atividades económicas desenvolvidas pelos fornecedores de bens e serviços, no intuito de concretizar os direitos dos consumidores. Ao explicarem sobre a “proteção da saúde” apontam para a tutela do consumidor por meio de regulações dos alimentos, dos fármacos, cosméticos, e alertam sobre advertência dos produtos lesivos ou perigosos, além da necessidade de informação qualificada que o uso pode ocasionar nos consumidores.

A Resolução do Conselho de Ministros, de 14 de abril de 1975<sup>38</sup>, contem-

---

<sup>34</sup> Consta da Carta dos Fundamentais da União Europeia: “Artigo 38º. Defesa dos consumidores. As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores.”. Jornal Oficial da União Europeia, C 202/400, 7.6.2016.

<sup>35</sup> O artigo 1º da Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 24/96) estabelece essa incumbência ao Estado como sendo “Dever geral de proteção”.

<sup>36</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, op. cit., p. 1173.

<sup>37</sup> CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital, op. cit., p. 780-781.

<sup>38</sup> Revalidada pela Resolução do Conselho de 19 de maio de 1981. Para mais detalhes: FROTA, Mário. Direito à saúde e os consumidores. (Comunicação apresentada no dia 26 de novembro de 1988, no Seminário promovido pelo UGT, Departamento de Consumidores,

plava essa conotação, prevendo que os bens e serviços utilizados em condições normais e previsíveis não poderiam acarretar perigo à saúde e segurança, sofrer qualquer dano corporal, caso apresentassem, deveriam ser retirados imediatamente do mercado de consumo. Além disso, que os gêneros alimentícios não poderiam sofrer alterações ou contaminações das embalagens, imposição de regulamentação clara sobre substâncias ou preparados a serem adicionados nos produtos alimentares, bem como as máquinas, os aparelhos e equipamentos eletrônicos não poderiam afetar à saúde do consumidor.

No contexto da relação jurídica de consumo envolvendo os contratos de seguro de saúde, a proteção do Estado, em regra, se concretiza com as atividades desenvolvidas pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) e pela Direção Geral do Consumidor, pois, apesar do permissivo constitucional à livre iniciativa a atuação do segurador tem que ser fiscalizada e controlada para evitar abusos e proporcionar à efetivação da prestação dos cuidados de saúde.

Por consistir, também, numa relação jurídica de direito privado<sup>39</sup>, emerge-se a dúvida: há espaço para aplicação dos direitos fundamentais diante terceiros<sup>40</sup> em eventual pedido de tutela do consumidor perante o segurador sobre a não autorização dos cuidados de saúde?

Desde logo, cumpre registrar que não se tem a pretensão de abordar todas as teorias<sup>41</sup> formadas ao longo das décadas sobre o tema, haja vista sua complexidade, porém, não obstante este cenário, impõe-se traçar algumas linhas para o contexto geral dessa proposta de estudo.

---

no Hotel Berna) e publicada na Tribuna da Justiça. nº 3. Lisboa: abr./maio de 1990. Consulte, também, o Decreto-Lei nº 383/89, 06 de novembro sobre responsabilidade do produtor.

<sup>39</sup> Sandra Passinhas explica que “a Constituição e o Código Civil estavam separados valorativamente, e a relação entre ambos era meramente formal, na medida do resultante da hierarquia das leis”. PASSINHAS, Sandra. Propriedade e personalidade no direito civil português. Coimbra: Almedina, 2017, p. 513.

<sup>40</sup> Tradução literal de *Drittwirkung der Grundrechte*. MÜNCH, Ingo von. *Drittwirkung de derechos fundamentales em Alemania*. In: CODERCH, Pablo Salvador (Coord.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomia privada*. Trad. María Teresa Díaz Pont e David Felipe Saborit. Madrid: Civitas, 1997, p. 29. CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª ed. reimp. da edição de jul/2003. Coimbra: Almedina, 2009, p. 52. ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 316.

<sup>41</sup> Veja a “extensíssima bibliografia” em: ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 229 (nota de rodapé 1).

A literatura jurídica portuguesa<sup>42</sup> reconhece a existência da vinculação dos direitos fundamentais em geral na relação entre os particulares, a assimetria assenta-se na sua aplicação direta (imediata)<sup>43</sup>. O artigo 18º, nº 1 da Constituição da República portuguesa explicita que são diretamente aplicáveis aos direitos, liberdades e garantias os preceitos constitucionais às entidades privadas, portanto, a rigor, os efeitos estariam restritos ao Título II. Todavia, em seu artigo 17º, abre-se espaço aos “direitos fundamentais de natureza análoga”.

A “proteção da saúde” dos consumidores está disciplinada no artigo 60º, inserida no “Título III – Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, assim, não estaria abrangida, dependente da conformação pelo Estado. Entretanto, como dito, a finalidade deste dispositivo constitucional é garantir que os bens e serviços inseridos no mercado de consumo não prejudiquem a integridade física e mental ou não acarretem risco ou perigo de dano aos consumidores. Canotilho e Vital Moreira afirmam que os “<<direitos fundamentais de natureza análoga>>” podem “encontrar-se no Título III”, explicando que para sua concretização, a partir da própria Constituição, deve-se analisar o “objecto do direito em causa, bem como a sua *densificação constitucional*”<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil, 5ª ed., reimp. da 4ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Gestlegal, 2020, p. 79. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 230, *passim*. CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa: anotada. 4ª ed. rev., reimp. Coimbra: Editora, Coimbra, 2014, p. 473. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2ª ed., rev. act. e ampl. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal (Coimbra Editora), 2005, p. 156.

<sup>43</sup> Vieira de Andrade aponta que “o problema está em aberto”, havendo posições doutrinárias no seguinte sentido: “As primeiras pretendem dar maior proteção aos indivíduos em face dos grupos privados ou indivíduos poderosos, revelando uma especial sensibilidade às relações de desigualdade que se multiplicam (...). Fazem apelo para isso ao forte poder socializante da Constituição e a necessidade de os poderes públicos assegurarem a todos os níveis a igualdade e a justiça social (...) As segundas procuram defender uma margem de liberdade de ação para os particulares, tentando evitar que, através de um intervencionismo asfíxiante ou de um igualitarismo extremo, se afete o sentido da liberdade, a iniciativa e a capacidade de realização dos indivíduos concretos. Porém, todos acabam por concordar em certos pontos essenciais: que os sujeitos privados poderosos não podem ser tratados como quaisquer outros indivíduos e que devem ser consideradas ilícitas nas relações privadas as diferenças de tratamento ou as restrições que atinjam a dignidade das pessoas, por um lado; mas, que não pode destruir-se a autonomia pessoal e que a liberdade negocial e geral não pode ser negada, por outro lado.”. ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit., p. 243.

<sup>44</sup> CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da Repú-



Reportando ao contrato de seguro de saúde, tem-se que o segurador que oferece esse tipo contratual, *grosso modo*, assume o dever de garantir que o consumidor terá um atendimento digno e de qualidade em toda a rede por ele conveniada, que a *leges artis* e a *animus curandi* serão devidamente empregadas em conformidade com a medicina baseada em evidências, com as despesas pagas, tudo no intuito que não haja qualquer agravamento do estado clínico do consumidor em virtude das prestações convencionadas.

Com efeito, eventual violação à “proteção da saúde” que consistir na falta da observância do dever originário do segurador em garantir a finalidade precípua deste contrato ao afetar a sua integridade física ou mental pode-se entender como ofensa ao direito fundamental do consumidor.

O problema se instala com o pedido de tutela do consumidor com base na aplicação imediata do “direito à proteção da saúde” quando o segurador não autoriza os cuidados de saúde sob alegação de conter cláusula delimitadora negativa da prestação.

Para melhor ilustração do problema, extraiu-se do contrato de adesão de seguro de saúde, disponível no sítio eletrônico do segurador<sup>45</sup>, alguns exemplos<sup>46</sup> de cláusulas delimitadoras negativas da prestação, que ora se agrupam da seguinte forma: 1) tratamento ou cirurgias do foro estético/plástico; e consultas ou tratamentos em áreas não reconhecidas pela Ordem dos Médicos; 2) tratamento ou cirurgia para mudança de sexo; e métodos anticoncepcionais e de planeamento familiar, bem como despesas efetuadas para reverter os efeitos de uma cirurgia de esterilização voluntariamente realizada; 3) utilização abusiva de medicamento; e tratamentos de hemodiálise para patologia crónica.

---

blica Portuguesa: anotada. 4ª ed. rev., reimp. Coimbra: Editora, Coimbra, 2014, p. 374. Os Autores são enfáticos em dizer que “Não é fácil identificar rigorosamente direitos de natureza análoga.” E, ainda, “que um certo direito fundamental só seja equiparável aos direitos, liberdades e garantias em *certos aspectos*; em tal caso, só nesses aspectos é que se aplica o regime correspondente.”. Idem, p. 375.

<sup>45</sup> A escolha deste segurador se justifica porque detém o maior número de pessoas seguras inscritas nesta modalidade de seguro em Portugal. Disponível em: <https://www.fidelidade.pt/PT/particulares/Saude/seguros2016/60-mais/Paginas/60-mais.aspx>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>46</sup> Nas palavras do segurador, “Salvo convenção expressa em contrário, constante das Condições Particulares ou das Condições Especiais efetivamente contratadas, ficam excluídas do âmbito da cobertura do seguro as despesas decorrentes de:”, constando 40 cláusulas delimitadoras negativas da prestação.

Com relação ao grupo 1 não se vislumbra como admissível à aplicação imediata do texto constitucional, eis que os cuidados pretendidos não estão relacionados a qualquer direito, liberdade ou garantia fundamental. Para o grupo 2 é incerto, haja vista que se pode traçar uma linha de raciocínio sobre eventual violação ao direito de constituir família em condições de igualdade, como também, para o grupo 3, todavia, por violação ao direito à vida.

A doutrina esclarece existir direitos, liberdades e garantias “procedimentalmente dependentes de actos legislativos concretizadores”<sup>47</sup>. Vieira de Andrade aponta, que o particular deverá ser investido como “*sujeito passivo dos direitos subjetivos fundamentais*”; que disponha de “*poder especial*” sobre outros indivíduos; e “a natureza da pessoa (normalmente) colectiva e o tipo de relação estabelecida”<sup>48 49</sup>.

No contexto atual dos seguros de saúde, não existe nenhuma legislação portuguesa que impõe a modelação obrigatória de oferta de cuidados de saúde pelo segurador, ele goza da liberdade contratual<sup>50</sup> de criação das cláusulas

---

<sup>47</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., 16ª reimpr. (Manuais universitários). Coimbra: Almedina, 2016, p. 99. Paulo Mota Pinto: “As normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto princípios jurídicos fundamentais, impõem, assim, desde logo, uma interpretação do direito ordinário conforme aos direitos fundamentais, estendendo a sua eficácia para lá do direito constitucional e do direito público.”. PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Studia Iuridica* 40 (*Colloquia* – 2). Coimbra: Coimbra Editora (Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa), 2000, p. 188.

<sup>48</sup> Idem, p. 245/247. O Autor afirma que “Os particulares poderão, assim, de acordo com a *natureza específica*, a *razão de ser* e a *intensidade* do poder exercido (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade dos atos e negócios jurídicos que ofendem os princípios constitucionais ou reclamando a indemnização dos danos causados.”. Idem, p. 248.

<sup>49</sup> Canaris propõe três questões: “Primeira: quem é destinatário dos direitos fundamentais – apenas o Estado e os seus órgãos, ou também os sujeitos de direito privado? Segunda: o objecto do controlo segundo os direitos fundamentais é o comportamento de quem – o comportamento de um órgão do Estado, ou de um sujeito de direito privado? Terceira: em que função são aplicados os direitos fundamentais – como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela?”. CANARIS, Claus-Wilhelm, op. cit., p. 52.

<sup>50</sup> Cf. Menezes Leitão: “A liberdade contratual é a parte mais importante da autonomia privada, enquanto princípio fundamental do Direito das Obrigações.”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações. vol. I – Introdução. Da Constituição das Obrigações. 14.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 24.

contratuais gerais que irão se materializar com a declaração de vontade das partes em firmar o contrato de adesão. A posição dominante do segurador é evidente, ao conhecer todas as circunstâncias do mercado e dos cuidados de saúde convencionados e ofertados ao consumidor, por meio de um contrato inegociável. Assenta-se compreender se essa posição do segurador alcança o mesmo *status* de “*poder especial*”, característico, *v.g.*, de uma empresa privada que detém a concessão de serviço público no regime de monopólio, a qual acaba por ser investida como “sujeito passivo” das prestações positivas exigíveis pelo particular. O Estado permite a iniciativa privada econômica no mercado de seguros de saúde, ao reconhecer não ser possível atender a expectativa de todos, contudo, atua na regulação, com a autorização de funcionamento, fiscalização da perenidade do mercado e dever de proteção do consumidor, bem como na regulamentação de legislações que visam garantir a plena realização do negócio jurídico. A pessoa coletiva ao exercer a autonomia privada de empreender no ramo de seguro de saúde não deve ser “equiparada” ao Estado, pois o consumidor, dentro da sua liberdade de contratar, pode escolher com qual particular quer se vincular, entre os seguradores devidamente autorizados pelo Estado. Em que pese toda a sua incapacidade de alcance dos efeitos das cláusulas, é dever jurídico do segurador prestar as informações e os esclarecimentos, sob pena de nulidade.

A situação se torna mais instigante quando eventual cláusula delimitadora negativa da prestação é arguida por atingir a dignidade da pessoa humana<sup>51</sup>, sendo o ser humano o fundamento primordial para a vida em sociedade, não podendo nenhum preceito constitucional, norma jurídica e qualquer cláusula contratual ser concebida em seu desfavor. Nesse sentido, trata-se de um imenso fator de restrição à liberdade contratual de modelação, no intuito de inibir que o poder econômico atue na violação dos direitos fundamentais<sup>52</sup>. A tarefa passa a

---

<sup>51</sup> Cf. PASSINHAS, Sandra, *op. cit.*, p. 519: “Disso deriva, necessariamente, a chamada repersonalização do direito civil ou, dito de outro modo, a despatrimonialização do direito civil, que passa por (re) colocar no centro do direito civil o ser humano e suas emanções.” Prossegue a Autora afirmando que “O sentido moderno da constitucionalização do direito privado tem consequências também no nível da actividade interpretativa: a hermenêutica contemporânea não prescinde da interpretação conforme à Constituição, nem de uma magistratura radicalmente comprometida com a concretização e efectivação dos direitos fundamentais.”. *Idem*, p. 520.

<sup>52</sup> Destaca-se, como contemplado por diversos autores, o precedente julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, BVerfGE 89, 214, de 19.10.1993, que o inadimplemento da obrigação principal caracterizou violação ao direito de livre desenvolvimento da personali-

ser o preenchimento adequado deste princípio, contemplando o direito fundamental do consumidor na eficácia imediata entre os particulares, sem gerar uma insegurança jurídica<sup>53</sup>.

Retorna-se aos exemplos do grupo 2, cabendo ponderar se a delimitação da cláusula que gera o afastamento da prestação pode ser considerada como eventual ofensa a dignidade humana no tocante a restringir a liberdade individual de autodeterminação<sup>54</sup> do consumidor, ao impedi-lo de concretizar uma nova vida de gênero ou de reverter uma esterilização para constituir uma família, paralelamente, podendo ser tratado como um ser desigual.

No grupo 3, sobre a delimitação da hemodiálise, a construção de uma eventual ofensa a dignidade da pessoa humana, no caso concreto, impõem como premissa que esse tipo de tratamento visa salvar à vida, sem as devidas sessões o perigo de morte torna-se real, e fica mais evidente quando consumidor já vem, ao longo do tempo, sendo cuidado com outras formas de tratamentos, mas sem sucesso, por sucessivas complicações do seu estado clínico, prescrito a hemodiálise como o mais indicado, não sendo justo o segurador abandonar seu parceiro contratual neste momento, lançando-o para o serviço público de saúde ou para o serviço privado.

---

dade da fiadora, que sem renda e bens assumiu um risco que afetou sua própria subsistência.

<sup>53</sup> A decisão do Tribunal Constitucional Federal – BverfG, de 6 de dezembro de 2005, 1 BVR 347/98, que versa sobre recurso de benefícios do seguro de saúde obrigatório, tornou-se um paradigma para outros casos semelhantes, sendo decidido que “direitos fundamentais previstos no artigo 2º, nº 1 da Lei Básica em conjugação com o princípio do Estado de bem-estar e no artigo 2º, nº 2, da Lei Básica conferem a direito a cuidados de saúde, especialmente em casos de doença com risco de vida ou regularmente fatal se os métodos de tratamento médico convencionais não estiverem disponíveis para eles e o outro método de tratamento escolhido pelo segurado promete uma perspectiva não totalmente remota de uma cura com base em evidências circunstanciais ou pelo menos um efeito positivo perceptível no curso da doença. Então, em casos especiais, esses direitos fundamentais podem obrigar a uma interpretação orientada para os direitos fundamentais das disposições relevantes da lei de seguro saúde.”. Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=1%20bvr%20347/98>. Acesso em: 05 nov. 2021. Ao consultar esse sítio eletrônico, deparou-se com inúmeras decisões posteriores que citam o precedente acima na sua fundamentação.

<sup>54</sup> Cf. Paulo Mota Pinto: “É tutelada em termos de direito fundamental a “autodeterminação do indivíduo na vida jurídica”, e a sua modelação pelo direito privado corresponderá às exigências constitucionais se reservar à autonomia privada um campo de actuação adequado e não previr limitações excessivas dos pressupostos ou das formas admitidas de conformação.”. PINTO, Paulo Mota, op. cit., p. 217.

Tem-se, de um lado, o segurador exercendo a liberdade de autonomia e seu direito à iniciativa privada, do outro lado, o consumidor sofrendo restrição para tentar constituir uma nova família e restrição para preservar sua vida.

São situações factíveis de ocorrer, as quais devem ser tratadas no âmbito das legislações infraconstitucionais, tais como, o Código Civil, especialmente o seu artigo 335º, a Lei de Defesa do Consumidor, a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, o Regime Jurídico dos Contratos de Seguros, que servirão de supedâneo ao julgador para analisar a licitude ou ilicitude das cláusulas que foram lançadas como ilustrativas, todavia, excepcionalmente, ao necessitar se utilizar dos direitos fundamentais para concretização do controle de conteúdo da cláusula, prático que se estabeleça critérios objetivos para uma eficácia consistente e justa.

### 2.2.2. Serviço Nacional de Saúde

O ponto de partida<sup>55</sup> é a Constituição da República portuguesa de 1976, na sua versão original, que contemplava no artigo 64º, n.º 2, a criação do Serviço Nacional de Saúde<sup>56 57</sup>, de forma universal, geral e gratuito. Em 1978, por

---

<sup>55</sup> Para maiores detalhes sobre a história das políticas de saúde pública, recomenda-se a leitura de SIMÕES, Jorge; DIAS, Ana. Políticas e governação em saúde. p. 175-194. In: *30 anos do Serviço Nacional de Saúde: um percurso comentado*. Coord. Jorge Simões. Coimbra: Almedina, 2010.

<sup>56</sup> Veja: CRP (1976 -1ª versão), art. 64º, nº 2. “O direito à protecção da saúde é realizado pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito, pela criação de condições económicas, sociais e culturais que garantam a protecção da infância, da juventude e da velhice e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo.” Disponível em: [www.pdgilboa.pt](http://www.pdgilboa.pt).

<sup>57</sup> Nuno Cunha Rodrigues demonstra que o SNS “reflecte, de alguma forma, o chamado modelo beveridgiano, assim designado por ter surgido na sequência do relatório Beveridge que, em 1942, definiu, no Reino Unido, os serviços de saúde como uma das condições necessárias para o sistema de segurança nacional. Este modelo assentava na prestação de serviços de saúde pelo Estado, financiados essencialmente através dos impostos.” E, continua afirmado que “Ao modelo beveridgiano é normalmente contraposto o modelo de Bismark, adoptado na Alemanha durante o século XIX (1883), baseado na obrigação de contribuição das empresas e trabalhadores para um esquema obrigatório de seguro de saúde gerido em torno de uma profissão ou área geográfica, sendo os prestadores de saúde entidades públicas ou privadas.”. RODRIGUES, Nuno Cunha. Regulação da Saúde. In FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo Gentil. *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 615.

meio do “Despacho Arnaut”<sup>58</sup>, institucionalizou-se o SNS, que mais tarde foi legalmente<sup>59</sup> criado, na medida em que permitiu o acesso<sup>60</sup> aos “Serviços Médico-Sociais” a todos os cidadãos, independentemente da sua capacidade contributiva<sup>61</sup>. É garantida assim, pela primeira vez, a universalidade, generalidade e gratuidade dos cuidados de saúde e a comparticipação medicamentosa.

Posteriormente, adveio a Lei de Bases da Saúde<sup>62</sup>, editada em 1990, estabelecendo os princípios, a política, os direitos e deveres do cidadão, responsabilidades, a organização do território, enfim, diversos aspectos para nortear a implementação do direito à proteção da saúde, e, em 1993, a aprovação do Estatuto do SNS.<sup>63</sup> Registre-se, que a Lei n.º 95/2019 é o novo diploma legal sobre a Lei de Bases da Saúde, tendo revogado a Lei n.º 48/90, mantendo a estrutura anterior, com os devidos aperfeiçoamentos em decorrência do tempo, da evolução tecnológica, clareando e disciplinando os meios e as formas e como os prestadores de saúde devem agir ao receberem os utentes<sup>64</sup>.

Na atual Lei de Bases da Saúde, o SNS está denominado como “o conjunto organizado e articulado de estabelecimentos e serviços públicos prestadores de

---

<sup>58</sup> Publicado em Diário da República, 2.ª série, de 29 de Julho de 1978.

<sup>59</sup> A Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro, cria o Serviço Nacional de Saúde, no âmbito do Ministério dos Assuntos Sociais, enquanto instrumento do Estado para assegurar o direito à proteção da saúde, nos termos da Constituição da República portuguesa.

<sup>60</sup> Interessante histórico trazido por João Carlos Loureiro sobre o acesso “às prestações de saúde”, reforçando a revolução do acesso a partir de Beveridge. LOUREIRO, João Carlos. São Cosme e São Damião, saúde(s) e responsabilidade(s) algumas notas em registo de posfácio. In: *Responsabilidade civil em saúde – diálogo como o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coordenação André Gonçalo Dias Pereira ... [et al.]. p. 603-662. Coimbra: Instituto Jurídico, 2021.

<sup>61</sup> Sobre a história do Serviço Nacional de Saúde – Disponível em: <http://www.portal-dasaude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/servico+nacional+de+saude/historia+do+sns/historiadosns.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>62</sup> Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, sendo alterada pela Lei n.º 27/2002, de 08 de novembro.

<sup>63</sup> Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro (com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 177/2009, de 4 de Agosto; 28/2008, de 22 de Fevereiro; 276-A/2007, de 31 de Julho; 222/2007, de 29 de Maio; 223/2004, de 3 de Dezembro; 185/2002, de 20 de Agosto; 68/2000, de 26 de Abril; 157/99, de 10 de Maio; 156/99, de 10 de Maio; 401/98, de 17 de Dezembro; 97/98, de 18 de Abril; 53/98, de 11 de Março; e 77/96, de 18 de Junho).

<sup>64</sup> Direito de escolha (art. 2º); Consentimento ou recusa (art. 3º); Adequação da prestação dos cuidados de saúde (art. 4º); Atendimento prioritário para pessoa com deficiência ou incapacidade (art. 4º-A – aditado pelo Decreto-Lei n.º 44/2017); Dados pessoais e proteção da vida privada (art. 5º); Sigilo (art. 6º); Direito à informação (art. 7º); Assistência espiritual e religiosa (art. 8º); Queixas e reclamações (art. 9º); Questionário de satisfação serviços de saúde materna e obstetra (art. 9º-A – aditado pelo Decreto-Lei n.º 110/2019); Direito de associação (art. 10º) e Menores e incapazes (art. 11º), dentre outros.

cuidados de saúde, dirigido pelo ministério<sup>65</sup> responsável pela área da saúde, que efetiva a responsabilidade que cabe ao Estado na proteção da saúde”<sup>66</sup>.

Não há dúvida que a principal obrigação imposta pela Constituição para realizar o “direito aos cuidados de saúde” aos cidadãos<sup>67</sup> se deve à criação do SNS, o qual, de acordo com as características contidas no próprio texto constitucional, deverá ser universal<sup>68</sup>, apontado à generalidade dos cidadãos, geral, garantindo o acesso a todos aos cuidados necessários disponíveis, e tendencialmente gratuito. Na lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira o SNS “deve considerar-se como *serviço público obrigatório de activação necessária e de existência irreversível*”<sup>69</sup>.

Imperioso que forneça<sup>70</sup>, através do SNS, dos Serviços Regionais de Saúde e de outras instituições públicas, centrais, regionais e locais, o melhor atendimento nos cuidados de saúde<sup>71</sup>, com qualidade<sup>72</sup> e segurança, no tempo clinicamente aceitável, de forma digna, respeitando a melhor evidência científica

---

<sup>65</sup> Atualmente, está vinculado no Ministério da Saúde, conforme Lei Orgânica, nº 124/2011.

<sup>66</sup> Veja na Base 20, da Lei nº 95/2019. Importante reportar-se, também, a Base 1 que define: “O direito à proteção da saúde é o direito de todas as pessoas gozarem do melhor estado de saúde físico, mental e social, pressupondo a criação e o desenvolvimento de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam níveis suficientes e saudáveis de vida, de trabalho e de lazer.”

<sup>67</sup> Na Base 21 estão descritos os critérios de elegibilidade para a pessoa que pode utilizar do SNS.

<sup>68</sup> Veja a Base 20, nº, *a), b) e c)*, da Lei nº 95/2019.

<sup>69</sup> CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital, op. cit., p. 826.

<sup>70</sup> Veja os direitos dos utentes na Base 2, da Lei nº 95/2019.

<sup>71</sup> Por ser central a problemática da delimitação dos cuidados de saúde, transcreve o artigo 14º da Lei 56/79: “Os utentes do SNS têm direito, em termos a regulamentar, às seguintes prestações: a) Cuidados de promoção e vigilância da saúde e de prevenção da doença; b) Cuidados médicos de clínica geral e de especialidades; c) Cuidados de enfermagem; d) Internamento hospitalar; e) Transporte de doentes quando medicamente indicado; f) Elementos complementares de diagnóstico e tratamento especializados; g) Suplementos alimentares dietéticos; h) Medicamentos e produtos medicamentosos; i) Próteses, ortóteses e outros aparelhos complementares terapêuticos; j) Apoio social, em articulação com os serviços de segurança social.”. Importante a leitura do artigo 16º, do referido diploma legal, que contextualiza os cuidados primários e diferenciados, sendo que o artigo 17º diz: “O acesso aos cuidados diferenciados está condicionado a prévia observação e decisão dos serviços de cuidados primários, salvo nos casos de urgência.”

<sup>72</sup> Veja Base 20, nº 2, *f)*, da Lei nº 95/2019.

disponível<sup>73</sup>, porém, nos limites de recursos humanos, técnicos e financeiros<sup>74</sup>. Na Base 4, nº 2, da Lei nº 95/2019, que rege os fundamentos da política de saúde depara-se com a garantia da equidade na distribuição de recursos e na utilização dos serviços, adotando medidas de diferenciação positiva de pessoas e grupos em situação de maior vulnerabilidade. Na Base 17, sobre tecnologias da saúde, enfatiza a necessidade de sua utilização de forma humanizada, eficaz e eficiente, mas que permita a sustentabilidade financeira<sup>75</sup> dos serviços de saúde.

O financiamento do SNS, conforme estipulado na Base 23, é assegurado, em regra geral, pelo orçamento do Estado, sem prejuízos de outras receitas que porventura possam surgir, implicando na socialização dos custos. Além disso, resta previsto a cobrança de taxas moderadoras<sup>76</sup>.

Para além da vertente da prestação positiva (dos cuidados de saúde), a Constituição da República portuguesa, ao permitir ao particular desenvolver atividade econômica na área da saúde, ou seja, não sendo um monopólio do Estado<sup>77</sup>, impõe a ele “Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade.”<sup>78</sup> Como advertem Gomes Canotilho e Vital Mo-

---

<sup>73</sup> A Base 4 (Lei nº 95/2019) impõe uma política de saúde dinâmica e evolutiva ao progresso científico e as necessidades dos cidadãos, bem como a Base 17, especifica sobre tecnologias da saúde. Sobre o assunto: ANTUNES, João Lobo. Medicina – Tecnologia e Inovação. In: *30 anos do Serviço Nacional de Saúde: um percurso comentado*. p. 487-500. Coord. Jorge Simões. Coimbra: Almedina, 2010.

<sup>74</sup> Lei nº 56/79, de 15 de Setembro: “Artigo 6º – A garantia consagrada no art. 4º compreende o acesso a todas as prestações abrangidas pelo SNS e não sofre restrições, salvo as impostas pelo limite de recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis”.

<sup>75</sup> Cf. Base 20, nº 2, *h*), da Lei nº 95/2019.

<sup>76</sup> Cf. Base 24, da Lei nº 95/2019. Registre-se que a existência desta cobrança advém da reforma constitucional, por meio da Lei n.º 1/89, que alterou a redação do artigo 64º, n.º 2, ao implementar a taxa moderadora, chamada também, copagamento ou participação, impondo, em determinados casos específicos, a obrigatoriedade do pagamento pelo utente quando da utilização do SNS. Consulte o Decreto-Lei nº 113/2011 (publicado no Diário da República n.º 229/2011, Série I de 2011-11-29). Para sanar dúvidas frequentes, acesse: <https://www.ers.pt/pt/utentes/perguntas-frequentes/faq/taxas-moderadoras-do-sns/>. Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>77</sup> “A Constituição não estabelece um monopólio público na área da saúde, nem proíbe a medicina privada (AcTC n.º 731/95), mesmo a que assume carácter empresarial, cumprindo, todavia, ao Estado discipliná-la, fiscalizá-la e articulá-la com o serviço nacional de saúde.” CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital, op. cit., p. 829.

<sup>78</sup> Veja artigo 64º, item 3, al. d) da Constituição da República. O Acórdão do Tribunal



reira, trata-se de uma “limitação legal da liberdade de empresa nos sectores da medicina”<sup>79</sup>, eis que, independentemente da busca do lucro, condição *sine qua non* de quem explora uma atividade econômica, essas empresas desempenham uma função pública e social.

As entidades reguladoras, ERS e ASF, desempenham essa imposição constitucional, como se verá em detalhes mais a seguir. Outro viés importante é a contratação pelo Estado do setor empresarial, setor social e profissionais em regime de trabalho independente, para auxiliá-lo na obrigação de prestações positivas. Essa situação é reforçada na Base 25, da Lei nº 95/2019. Como exemplo, cite-se os “contratos-programa”<sup>80</sup>, que por meio de cláusulas contratuais gerais estabelecidas pelo Ministério da Saúde, possibilitam o pagamento de contrapartidas financeiras dos atos e atividades realizadas e dos resultados obtidos, exigindo eficiência e qualidade.

De suma relevância à proteção da saúde está consignado na alínea e), n. 3, do art. 64º da CRP a determinação ao Estado para disciplinar, mas também, controlar todas as fases comerciais dos produtos químicos, biológicos, farmacêuticos, meios de tratamentos e diagnóstico. Não se permite que a empresa se utilize de insumos inadequados ao consumo ou desenvolva técnicas que possam agravar a situação da saúde, assunto relevantes, que sempre estão em pauta para toda União Europeia. A busca milagrosa pelo emagrecimento instantâneo, pílulas de rejuvenescimento, até curas para doenças crônicas, fazem crescer um mercado de ilusões que deve ser coibido em prol do direito à proteção da saúde. A medicina baseada em evidências, ainda, é o percurso

---

Constitucional, processo n.º 731/95, enfatizou: “não perfilhou um modelo de monopólio do sector público de prestação de cuidados de saúde – tendencialmente coincidente com o serviço nacional de saúde -, antes admite a existência de um sector privado de prestação de cuidados de saúde em relação de complementariedade e até de concorrência com o sector público com a consequente liberdade de escolha entre o sistema público e sistema privados de saúde”

<sup>79</sup> Idem, p. 829.

<sup>80</sup> Despacho nº 721/2006, do Secretário de Estado da Saúde, aprovando as cláusulas contratuais gerais. Publicado no Diário da República, nº 8, II Série, de 11 de janeiro de 2006. Disponível em: [http://www.acss.min-saude.pt/wp-content/uploads/2016/12/Despacho-n\\_-721\\_2006.pdf](http://www.acss.min-saude.pt/wp-content/uploads/2016/12/Despacho-n_-721_2006.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021. Outro exemplo, consulte o Decreto-Lei nº 139/2013 que estabeleceu um modelo especial de contratação pelo Estado com os operadores privados para a prestação de cuidados de saúde, assente na figura do contrato de adesão, ao qual as pessoas singulares ou coletivas privadas, apenas têm de aderir e preencher os requisitos constantes no clausulado tipo.

principal a ser trilhado, evitando que os utentes, consumidores se transformem em “cobaias sociais”<sup>81</sup>.

Com efeito, feliz a determinação do legislador constitucional ao atribuir uma gestão participada, em que pese constar desde a edição da primeira Lei de Bases da Saúde, somente em 2016, por meio do Decreto-Lei n.º 49/2016<sup>82</sup>, foi criado o Conselho Nacional de Saúde, órgão independente, de consulta do Governo, que visa garantir a participação dos cidadãos utilizadores do SNS na definição de políticas de saúde. Destaque o CNS não precisa ser provocado pelo Governo para emitir pareceres ou recomendações, o artigo 4.º do acima referido diploma legal expõe que ele pode agir por iniciativa própria, todavia, para os assuntos descritos como de sua competência. Na sua composição estão previstos 30 membros<sup>83</sup>, destaque para os seis membros representantes dos utentes, eleitos, pela Assembleia da República, por maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções, incluindo as associações de doentes.

Cabe anotar que a estrutura orgânica do SNS é responsável por prestar os cuidados de saúde transfronteiriços ou reembolsar os beneficiários sobre os custos gerados nesse tipo de atendimento em outro Estado-Membro, dentro dos limites estabelecidos pela Lei n.º 52/2014, que transpõe a Diretiva 2011/24/UE<sup>84</sup>.

Enfim, não paira dúvida que o ideal para todo cidadão era poder usufruir dos serviços públicos com agilidade e eficiência, sem necessitar contratar outra forma de prestação de assistência à saúde, porém, não sendo essa a realidade

---

<sup>81</sup> Vera Lúcia Raposo nos traz vários exemplos sobre pesquisas relacionadas com o corpo humano, em que pese, em alguns casos exista o consentimento informado, são experimentos que interessam mais as empresas que propriamente ao doente. RAPOSO, Vera Lúcia. O corpo humano, a nova “galinha dos ovos de ouro”. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 15. ano. 8. p. 47-64. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

<sup>82</sup> Diário da República n.º 161/2016, Série I de 2016-08-23.

<sup>83</sup> Veja o artigo 5.º, do Decreto-Lei n.º 49/2016, todas as formas de representatividade dos membros do CNS. Para consulta dos nomes, indica-se o sítio eletrónico: <http://www.cns.min-saude.pt/2017/09/27/membros/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>84</sup> Toda legislação sobre o tema está disponível em: <https://diretiva.min-saude.pt/direitos/>. Acesso em: 05 nov. 2021. Destaca-se, entre outros, o considerando 4 da Diretiva 2011/24/UE que expõe: “Não obstante a possibilidade de os doentes receberem cuidados de saúde transfronteiriços nos termos da presente directiva, os Estados-Membros continuam a ser responsáveis pela prestação de cuidados de saúde seguros, de elevada qualidade, eficazes e em quantidade suficiente aos cidadãos no respectivo território. Além disso, a transposição da presente directiva para as legislações nacionais e a sua aplicação não deverão constituir um incentivo para que os doentes efectuem tratamentos fora do respectivo Estado-Membro de afiliação.”.

atual, aqueles que possuem condições financeiras acabam por contratar seguro de saúde ou optam, quando não obrigatório, por aderir ao subsistema de base profissional, aliviando, em parte, a socialização dos custos do serviço público.

Paralelamente ao SNS, encontram-se outros subsistemas de saúde que beneficiam parte demarcada de utentes e consumidores, conforme Rui Nunes<sup>85</sup>, tem-se: a) subsistema de base profissional e b) seguros privados.

### *2.2.3. Subsistema de base profissional*

De maneira global, os beneficiários inscritos neste subsistema estão vinculados por uma relação de trabalho com as entidades empregadoras, seja por opção ou obrigatoriamente, conforme regras estatutárias ou legais.

Para a singela explicação e contextualização da presença deste subsistema, será tratado como único exemplo, o maior deles<sup>86</sup>, que foi criado em 1963<sup>87</sup>, denominado de Assistência na Doença aos Servidores Cíveis do Estado (ADSE), pertencente a administração direta, prevendo proteger os servidores civis do Estado das doenças, passando, em 1980, a ser denominada de Direção-Geral de Proteção Social aos Funcionários e Agentes da Administração Pública, mantendo-se a sigla ADSE<sup>88</sup>. Até o ano de 1979 não era feito qualquer desconto para os trabalhadores utilizarem desse benefício, tendo iniciado com 0,5%

---

<sup>85</sup> NUNES, Rui. Justiça distributiva e o financiamento do sistema de saúde. In: *Novos desafios na gestão: inovação ou renovação / XII Jornadas Luso-Espanholas de Gestão Científica*; [org.] Universidade da Beira Interior. Departamento de Gestão e Economia. vol. 2: Finanças. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2002, p. 354.

<sup>86</sup> Para outros subsistemas, consulte: i) Assistência na Doença aos Militares das Forças Armadas – <https://iasfa.defesa.gov.pt/>; 2) Serviços de Assistência na Doença – Polícia de Segurança Pública (SAD-PSP) – <https://www.sspsp.pt/> e iii) Serviços de Assistência na Doença – Guarda Nacional Republicana (SAD-GNR) – <https://www.ssgnr.pt/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>87</sup> Decreto-Lei n.º 45.002/63, de 27 de abril. Atualmente, Decreto-Lei n.º 7/2017, de 9 de janeiro.

<sup>88</sup> Integrada ao Ministério das Finanças. No ano de 2012, foi editado o Decreto Regulamentar n.º 44/2012, de 20 de junho, criou a Direção-Geral de Proteção Social aos Trabalhadores em Funções Públicas, também manteve a sigla ADSE. Por meio do Decreto-Lei n.º 152/2015, a ADSE passou a ser gerida pelo Ministério da Saúde. Porém, em 2017, ocorreu a transformação da ADSE para Instituto de Proteção e Assistência na Doença, I. P., alterando, em parte a sigla (ADSE, I. P.), passando a tutela conjunta do Ministério das Finanças e do Ministério da Saúde. Em 2019, nova alteração, passando a tutela do Ministério da Modernização do Estado e da Administração Pública e do Ministério das Finanças (Decreto-Lei n.º 169-B/2019, alterando o Decreto-Lei n.º 7/2017).

e, atualmente, está em 3,5%, como percentuais diferenciados, a menor, para determinados grupos<sup>89</sup>.

Aos longos dos anos, flexibilizou-se as regras de elegibilidade para novas adesões, bem como a obrigatoriedade de participação somente neste subsistema, sendo que a partir de 2006, tornou-se facultativa a inscrição, mas somente em 2010 foi permitido a todos inscritos o direito de renúncia.

A ADSE suportava todas as despesas realizadas pelos seus beneficiários junto ao SNS, a partir de 2012 essa obrigatoriedade foi suprimida. Em 2015, as empresas empregadoras deixaram de pagar a contribuição patronal à ADSE.

No ano de 2017<sup>90</sup>, foi criado o Instituto de Proteção e Assistência na Doença, I. P, mantendo-se a sigla ADSE acrescida de I. P (ADSE, I.P), substituindo e sucedendo à Direção-Geral de Proteção Social aos Trabalhadores em Funções Públicas, sobre a sigla ADSE. Cumpre dizer que enquanto Direção-Geral, estava vinculada à administração direta, ao se transformar em Instituto Público passou a fazer parte da administração indireta, atualmente, sob a tutela da Ministra da Modernização do Estado e da Administração Pública, sem

---

<sup>89</sup> Registre-se que um grupo de Deputados à Assembleia da República eleitos pelo PCP, BE e PEV, requereram a apreciação e declaração de inconstitucionalidade, das normas contidas nos artigos 2.º, 3.º e 4.º da Lei n.º 30/2014, de 19 de maio, que procede à modificação do valor dos descontos a efetuar para os subsistemas de saúde, concretamente da Direção-Geral de Proteção Social dos Trabalhadores em Funções Públicas (ADSE), dos serviços de assistência na doença da Guarda Nacional Republicana e da Polícia de Segurança Pública (SAD) e da Assistência na Doença aos Militares das Forças Armadas (ADM). O Tribunal Constitucional, conforme Acórdão n.º 745/2014, decidiu da seguinte forma: “Lisboa, 5 de novembro de 2014 - José Cunha Barbosa - Maria de Fátima Mata-Mouros - Maria José Rangel de Mesquita - Pedro Machete - Ana Guerra Martins - João Pedro Caupers - Fernando Vaz Ventura - Maria Lúcia Amaral - Carlos Fernandes Cadilha (vencido de acordo com declaração de voto em anexo) - Lino Rodrigues Ribeiro (com voto de vencido em anexo) - Catarina Sarmento e Castro (vencida quanto às alíneas b) e c) da decisão, nos termos da declaração de voto junta) - João Cura Mariano (vencido quanto à alínea a) pelas razões constantes da declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Lino Ribeiro e vencido quanto às alíneas b) e c) pelas razões constantes da declaração de voto da Conselheira Catarina Sarmento e Castro, na parte em que sustenta a inconstitucionalidade das normas dos art.º 24º, n.º 1 e 2, do Decreto-Lei n. 158/2003, de 20 de Setembro, na redacção dada pelo art.º 3º da Lei n. 30/2014, de 19 de Maio, e 13º, n. 1 e 2, do Decreto-Lei n. 167/2005, de 23 de Setembro, na redacção dada pelo artigo 4º, da Lei n. 30/2014, de 19 de Maio.) - Joaquim de Sousa Ribeiro.”. Mais detalhes em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>90</sup> Decreto-Lei n.º 7/2017, de 1 de janeiro, com alteração pelo Decreto-Lei n.º 169-B/2019, que somente repassou a tutela para a Ministra da Modernização do Estado e da Administração Pública.

prejuízo das competências conferidas ao Ministro de Estado e das Finanças. No preâmbulo da legislação de criação, atribuiu a alteração do regime jurídico por recomendação do Tribunal de Contas, imputando a responsabilidade financeira à ADSE pelos cuidados de saúde prestados aos seus beneficiários.

De acordo com a lei de criação, a ADSE, I.P., tem o dever de assegurar a proteção aos seus beneficiários nos domínios da promoção da saúde, prevenção da doença, tratamento e reabilitação. Todas as atribuições descritas no artigo 3º do referido diploma legal evidenciar à gestão plena de uma prestação de serviço de cuidados de saúde, porém, sem fins lucrativos<sup>91</sup>, como ocorre com as empresas de seguro de saúde.

É regida pelo “princípio da autossustentabilidade”<sup>92</sup>, devendo adequar o plano de benefícios às suas receitas. São consideradas receitas: a) descontos dos beneficiários; b) prestações de serviços ao Estado; c) taxas, encargos ou copagamentos das prestações de serviços; d) juros de aplicações financeiras e e) produto da alienação de bens próprios e da constituição de direitos sobre eles.

Avulta-se como ponto importante do Instituto Público de regime especial, a consagração do “Princípio da gestão participada”, permitindo a participação dos beneficiários na sua governação, ao nível das decisões estratégicas e de controlo financeiro, mitigando desconfiças de abusos, desvios, partindo para o fortalecimento de um serviço essencial e comum para todos.

#### 2.2.4. Seguros privados de saúde

A contratação de seguros privados de saúde consiste em outro subsistema, como complementariedade<sup>93</sup>, ao SNS. O Decreto-Lei n.º 72/2008 é o

---

<sup>91</sup> Pode-se dizer que se equipara a modalidade de autogestão no Brasil, que será tratada mais adiante.

<sup>92</sup> Art. 6º, nº 1. j), do Decreto-Lei nº 7/2017.

<sup>93</sup> Nas palavras de Jorge Simões e Sofia Nogueira “O sistema de seguro privado, que cobre indivíduos ou grupos, sendo os prémios fixados em função das características do risco. Os seguros privados existem nos vários países da UE, mas assumem um carácter de complementariedade face ao serviço público, podendo cobrir os co-pagamentos do sector público, melhores condições de alojamento nos hospitais, prestação privada e serviços excluídos da cobertura pública.” SIMÕES, Jorge; SILVA, Sofia Nogueira da. O controlo de custos de saúde – uma perspectiva europeia. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 9. ano. 5. Coimbra: Coimbra Editora, jan./jun. 2008, p. 19-20.

ordenamento jurídico português vigente que versa sobre seguros<sup>94</sup>. Especificamente, o seguro de saúde é tratado nos artigos 213º a 217º<sup>95</sup>, compreendendo aquele em que “o segurador cobre riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde”<sup>96</sup>.

Mesmo com o regime especial dos contratos de seguro, é de suma importância não perder de vista o regime geral contido no artigo 236º do Código Civil, mais detidamente no n.º 1, sobre a teoria da impressão do destinatário<sup>97</sup>, alertando-se para uma interpretação mais exigente nos contratos de consumo, devido à complexidade natural do entendimento por parte do consumidor<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> “Artigo 1.º Conteúdo típico Por efeito do contrato de seguro, o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando -se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga -se a pagar o prémio correspondente.”. Diário da República, 1.ª série — N.º 75 — 16 de Abril de 2008, p. 2233. Margarida Lima Rego afirma que “num contrato de seguro, objecto não é o interesse protegido pela cobertura mas sim a própria cobertura, ou seja o estado de vinculação que traduz numa possibilidade de constituição da obrigação de pagar a indenização.” REGO, Margarida Lima. *Contratos de Seguro e Terceiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 348.

<sup>95</sup> O detalhamento destes dispositivos, bem como as características que envolvem o contrato de adesão de seguro de saúde estão no Capítulo V. Importante notar que não se pode entender que o contexto jurídico do contrato de adesão de seguro de saúde se resume aos artigos 213º a 217º, portanto, as disposições contidas no RJCS, naquilo que se determina sua aplicabilidade, sustentam o todo desta modalidade de seguro.

<sup>96</sup> Nas palavras de José Miguel Boquinhas: “Em Portugal, só alguns anos após a revolução de abril foram autorizados os seguros privados de saúde. O Estatuto do Serviço Nacional de Saúde passou a prever expressamente em seu art. 24º um seguro alternativo de saúde que foi estudado durante meses, até como forma possível de opting-out, mas que não viria a ter seguimento, tendo morrido essa hipótese logo à nascença. Devido à existência de um Serviço Nacional de Saúde com características de universalidade e generalidade, o espaço para os cidadãos aderirem a um seguro privado é relativamente limitado, resumindo-se a coberturas complementares.” BOQUINHAS, José Miguel. *Políticas e sistemas de saúde*. Coimbra: Almedina, 2012, p.107.

<sup>97</sup> “Revela o sentido que seria considerado por uma pessoa normalmente diligente, sagaz e experiente em face dos termos da declaração e de todas as circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto do destinatário, isto é, em face daquilo que o concreto destinatário da declaração conhecia e daquilo até onde ele podia conhecer.” MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª ed., reimp. da 4ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Gestlegal, 2020, p. 444.

<sup>98</sup> No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 076501, de 14 de dezembro de 1988, decidiu a favor do tomador de seguro por interpretação do conceito de tempestade: “II – Assim, há que procurar determinar qual o sentido juridicamente relevante dessa declaração, em conformidade com critérios legais, designadamente do n. 1 do artigo 236 do Código Civil doutrina da compressão do declaratório expresso na apólice que titula o seguro. III – Deste

É de destacar, ainda, o artigo 405º do Código Civil, sendo a base para a contratação do seguro de saúde, conforme preceitua a exposição de motivos do Regime Jurídico do Contrato de Seguros (RJCS) ao declarar “a reafirmação da autonomia privada como princípio diretor do contrato”, porém, não de maneira absoluta, mas articulada com as normas de ordem pública e de defesa do consumidor<sup>99</sup>.

Ressalte-se, também, no preâmbulo da legislação supracitada a manifestação de que “no seguro de saúde, estabelece-se a obrigatoriedade de menções especiais na apólice, de molde a permitir a determinação rigorosa do risco coberto, faz-se referência à exclusão das denominadas «preexistências»”<sup>100</sup>, sendo que Pedro Romano Martinez já advertia antes mesmo da sua entrada em vigor que “As chamadas cláusulas de exclusão de certos riscos ou mais corretamente, de limitação do risco assumido, em princípios, são válidas, mas é necessário atender ao regime das cláusulas contratuais gerais.”<sup>101</sup>.

Neste contexto, cumpre registrar o contido no artigo 45.º, do RJCS, que estabelece: “1 – As condições especiais e particulares não podem modificar a natureza dos riscos cobertos tendo em conta o tipo de contrato de seguro celebrado. 2 — O contrato de seguro pode excluir a cobertura, entre outros, dos riscos derivados de guerra, insurreição ou terrorismo.”. Duas situações a destacar, a primeira, que nas condições especiais<sup>102</sup> não pode descaracterizar o

---

modo, prevalecera o sentido que um declaratório razoável, mediamente instruído diligente e sagaz colocado na posição do real declaratório, deduziria considerando todas as circunstâncias atendíveis do caso concreto. IV – Assim, as expressões “temporal” e “tempestade”, no sentido concreto em que devem ser entendidas, designam chuva e vento anormais, agitação violenta de ar, acompanhado de chuva e trovões, ora na noite dos autos desabou sobre o gorgulhão bastante chuva e rajadas de vento, e em consequência dessa anormalidade e que ocorreram os desabamentos e os danos pedidos. Houve, assim chuva que se precipitou de forma anormal, aliada a ventos fora dos cânones da habitualidade, ou seja, aconteceu “tempestade”, “temporal”.

<sup>99</sup> Inclusive, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 72/2008 diz: “Superando o regime do Código Comercial, mas sem pôr em causa o princípio da liberdade contratual e o carácter supletivo das regras do regime jurídico do contrato de seguro, prescreve-se a designada imperatividade mínima com o sentido de que a solução legal só pode ser alterada em sentido mais favorável ao tomador do seguro, ao segurado ou ao beneficiário.”

<sup>100</sup> Diário da República, 1.ª série — N.º 75 — 16 de Abril de 2008, p. 2232. Pode-se entender que o risco assumido diz respeito à execução da prestação pelo segurador.

<sup>101</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro. *Scientia Iuridica*: revista trimestral portuguesa e brasileira. Tomo 55. vol. 306. Braga: Universidade do Minho, abr./jun. 2006, p. 258. Com o advento do Decreto-Lei n.º 72/2008, ficou mais explícito com o controle do conteúdo por normas de aplicação geral (art. 3º).

<sup>102</sup> António Menezes Cordeiro traz-nos as seguintes definições: “condições gerais: en-

tipo do contrato, inviabilizando o acesso à prestação dos cuidados de saúde, a segunda, possibilitou a supressão da obrigação de forma geral (“entre outros”), porém, ressalte-se que não pode inserir cláusulas delimitadoras negativas que violem o número 1 da norma.

A antiga Lei de Bases da Saúde<sup>103</sup> incentivou a exploração desta atividade econômica, sendo mantida na nova Lei<sup>104</sup>, porém, com texto ampliado, determinando que para sua subscrição deve o segurador efetivar o direito de informação ao consumidor, no intuito que as cláusulas contratuais gerais sejam redigidas com clareza e de forma inteligível, advertindo sobre as de exclusões e limitações da cobertura.

Na aprovação do Estatuto do SNS<sup>105</sup>, em 1993, e ainda vigente, contempla a possibilidade da contratação de seguro de saúde, estabelecendo que não pode haver restrição do direito de acesso aos cuidados de saúde e do direito de opção dos beneficiários. No Brasil, a Lei de Planos de Saúde<sup>106</sup> trouxe uma novidade ao dispor como obrigatório o “ressarcimento ao SUS”, ou seja, todos os serviços de atendimento à saúde previstos nos contratos quando prestados aos consumidores nos estabelecimentos de saúde pertencentes ao SUS deverão ser ressarcidos aos cofres públicos. Esse assunto, e alguns outros dispositivos da lei, foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade<sup>107 108</sup>, a qual, neste particular foi

---

globam as cláusulas comuns a um certo ramo de contratos, praticado pelo segurador considerado; – condições especiais: abrangem as cláusulas próprias do tipo de contrato em jogo; – condições particulares: identificam o contrato celebrado através das suas diversas coordenadas: partes, segurado, pessoa segura, risco assumido, interesse e, eventualmente, cláusulas acordadas.”. CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. 2ª ed., rev. e atual., Reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 676.

<sup>103</sup> Cf. Base XLII, da Lei nº 48/90 (revogada).

<sup>104</sup> Cf. Base 27, da Lei nº 95/2019.

<sup>105</sup> Cf. Artigo 24º do Decreto-Lei nº 11/93

<sup>106</sup> Cf. Artigo 32 da Lei nº 9.656/98 (brasileira).

<sup>107</sup> Para detalhes, consulte ADI nº 1.931 no Supremo Tribunal Federal (STF), disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>108</sup> Este assunto retornou para pauta do plenário do STF, por meio do Recurso Extraordinário nº 597.064, quando foi reconhecida a repercussão geral do tema, constando na decisão, em síntese, as alegações das operadoras: “que a participação das operadoras privadas de plano de saúde é de caráter suplementar, dado que o dever primário de assegurar o acesso à saúde é atribuído pela Constituição aos entes políticos que compõem a organização federativa brasileira. Ademais, argumenta que a imposição legal de ressarcimento ao SUS pelos gastos que tiver com atendimento dos beneficiários de planos privados de assistência à saúde interfere na livre iniciativa, assegurada pelo artigo 199 da Constituição. Ao fim, aduz que a instituição de nova fonte de custeio para a seguridade social só pode ocorrer por intermédio



julgada improcedente, mantendo-se o dever de ressarcimento pelas operadoras.

Anota-se uma variedade de legislações que solidifica essa relação jurídica de consumo e de maneira pontual expressa a preocupação com as cláusulas delimitadoras negativas da prestação.

De acordo com a Lei n.º 67/2013<sup>109</sup>, de 28 de agosto, a regulação na área da saúde continua dividida entre a Entidade Reguladora da Saúde (ERS), para os estabelecimentos de saúde dos serviços públicos e privados, portanto, atuando diretamente no SNS, e a Autoridade de Supervisão e Fundos de Pensões<sup>110</sup> que atua perante o operador de seguros<sup>111</sup>.

Por fim, cumpre esclarecer que tem surgido no mercado de cuidados de saúde português alguns produtos denominados de cartão de saúde<sup>112</sup> ou plano de saúde, que não podem ser confundidos com o seguro de saúde, pois não há risco para a empresa, o *modus operandi* é o pagamento de taxa mensal que permite o consumidor aceder a um conjunto de serviços de saúde, geralmente mais básicos, como consultas médicas, consultas com psicólogos, fisioterapia, exames de laboratório, RX, dentro de uma rede de prestadores<sup>113</sup> referenciada pela empresa, obtendo descontos, ao invés de arcar com os custos do montante integral como ocorre no serviço de saúde privado.

---

de lei complementar, além de que a aplicação do art. 32 da Lei 9.656/98 aos contratos firmados antes da sua vigência viola o princípio da irretroatividade das leis.” Lado outro, a Agência Nacional de Saúde Suplementar sustentou “que se trata de medida política e social, que visa impedir a operadora, omitindo-se em cumprir o contrato, repasse ao Estado os custos que teria com aquele atendimento, onerando ainda mais o sistema público tão deficitário”. Por unanimidade, manteve-se o posicionamento pelo ressarcimento aos SUS. Para maiores detalhes sobre o procedimento administrativo de cobrança pela ANS, verificar a Resolução Normativa n.º 358/2014 que dispõe sobre os procedimentos administrativos físico e híbrido de ressarcimento ao SUS, previsto no art. 32 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, e estabelece normas sobre o repasse dos valores recolhidos a título de ressarcimento ao SUS.

<sup>109</sup> Cf. Artigo 3.º, da Lei n.º 67/2013.

<sup>110</sup> A ASF informa a existência de 37 empresas autorizadas a atuarem nesse segmento de seguro em Portugal, sendo 22 nacionais. Disponível em: <http://www.isp.pt/isp/Templates/Mercado/ResultadoSeguradoras.aspx>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>111</sup> Adiante serão pormenorizadas sobre as duas entidades reguladoras.

<sup>112</sup> Sobre esse tema veja o texto produzido pela Entidade Reguladora de Saúde (ERS), disponível em: <https://www.ers.pt/pt/atividade/regulacao-economica/selecionar/estudos/lista-de-estudos/os-cartoes-de-saude-em-portugal/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>113</sup> Sobre a relação dos médicos com a seguradoras e a deontologia profissional, veja em: RUEFF, Maria do Céu. Dever de informar, conflitos de interesse e deontologia na relação tripartida cidadão-médico-seguradora. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 13. ano 7. Coimbra: Coimbra Editora, jan./jun. 2010, p. 48-50.

### 2.3. Brasil: “direito à assistência à saúde”

Reforça-se que se optou por utilizar nesta parte do texto a expressão “direito à assistência à saúde”, eis que serão traçadas notas sobre o Brasil, cabendo a expressão “direito aos cuidados de saúde” quando se referir a Portugal. Nessa linha, altera-se, também, a nomenclatura “seguros de saúde” e passa a utilizar “plano de assistência à saúde”. Ambas as alterações, se justificam pelo teor contido no artigo 199<sup>114</sup> da Constituição brasileira e na legislação especial que rege o setor de saúde suplementar no Brasil, a Lei nº 9.656/98.

A população brasileira conta com mais de 213 milhões de habitantes<sup>115</sup> e possui duas alternativas de assistência à saúde, a pública e a privada. Registre-se que o consumidor de plano de saúde pode utilizar-se, conjuntamente, se preferir, dos serviços prestados pela administração pública, porém, como dito no item anterior, o Estado poderá solicitar o ressarcimento aos cofres públicos.

A assistência à saúde privada é dividida entre a contratação direta de profissionais em seus consultórios ou clínicas (médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas) ou prestadores de serviços (radiologia, ressonância magnética, laboratoriais) e a contratação indireta, por meio de uma operadora<sup>116</sup> de plano de assistência à saúde, devidamente registrada e autorizada pelo órgão regulador para ofertar os contratos de adesão.

Muito se tem discutido sobre a abrangência da cobertura nas prestações positivas da assistência à saúde pública ou privada. Diante dos princípios constitucionais (universalidade, integralidade) e da base infraconstitucional (Lei nº 9.656/98), identifica-se a existência de decisões judiciais que determinam a cobertura irrestrita e ilimitada de procedimentos para os usuários da assistência à saúde, nos dois setores. Certo é que os gestores públicos e os administradores das operadoras não concordam com esse posicionamento reiterado do Poder Judiciário.

Em brevíssimo histórico, o “direito à saúde” no Brasil acompanhou a trajetória dos países europeus pós segunda guerra, e, em especial a ruptura do

---

<sup>114</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 199: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”

<sup>115</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Dados populacionais do Brasil. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acessado: 20 set. 2021.

<sup>116</sup> O conceito de operadora de plano de assistência à saúde está previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 9.656/98.

regime militar, passando para o Estado Democrático de Direito, alicerçado na ideia da OMS do “bem-estar integral”. Com o advento da Constituição “Cidadã” de 1988, nominada assim por garantir direitos de liberdades, de garantia e, também, os direitos sociais<sup>117</sup>, como a saúde, que, diga-se, não é particularizado somente com relação à assistência à saúde<sup>118</sup>, abrangendo outros direitos<sup>119</sup>, transformou todo o pensamento jurídico ora existente.

Para garantir o mandamento constitucional da assistência à saúde, ao passo do Serviço Nacional de Saúde em Portugal, foi criado no Brasil o Sistema Único de Saúde<sup>120</sup>, regido pela Lei nº 8.080/90 e pelos atos normativos do Poder Executivo. Entretanto, a semelhança fica estagnada neste particular entre os dois países, pois o texto constitucional é mais abrangente em relação ao dever estatal e as diretrizes que fundamentam as prestações positivas.

Assim dispõe o artigo 196 da Constituição brasileira: “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<sup>121</sup> para sua promoção, proteção e re-

---

<sup>117</sup> “nas constituições sociais, em que o valor maior a tutelar é a “igualdade” do cidadão, são exigidas muitas ações governamentais para corrigir desequilíbrios”. FRAGATA, Mariângela Sarrubbo. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In: *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. MARQUES, Cláudia Lima... [et.al]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 178. Essa situação ocasiona um alto custo de manutenção para o Estado, contudo, em países que primam pela intervenção mínima do Estado, a desigualdade se acentua, cria-se um grande disparate social, ocasionando baixa qualidade de vida para os cidadãos.

<sup>118</sup> Como destacado por Bliacheriene e Mendes: “a Constituição de 1988 ‘expressou em seu texto’ uma série de desejos oprimidos da sociedade brasileira. O movimento da Constituinte teve uma forte condução pela ‘mão invisível’ das carências populares, filhas do nosso histórico de anos de inflação galopante e desigualdade social. Foi a primeira vez na história constitucional brasileira que a grande massa teve um papel decisivo na escolha de alguns temas a serem acolhidos no texto da Constituição. Os documentários demonstram que o povo se sentiu efetivamente o dono da ‘Casa Legislativa’, ocupando galerias e corredores e bradando pelo reconhecimento de direitos. Nasce, nesse contexto, uma Constituição democrática e, em grande medida, socializante. Nesse modelo, os direitos à saúde e à educação ocupam um papel central.”. BLIACHERIENE, Ana Carla e MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. *Direito à Vida e à Saúde: Impactos Orçamentários e Judicial*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

<sup>119</sup> Consulte os seguintes dispositivos constitucionais: 6º; 7º, inciso XXII; 23, inciso II; 24, inciso XII; 30, inciso VII; 34 com 35, inciso III; 194; 196; 197; 198; 199; 200, incisos I a VIII; 212, §4º e 227, §1º, I.

<sup>120</sup> Veja, artigo 198, §1º da Constituição da República brasileira.

<sup>121</sup> “em relação aos serviços e ações de atendimento à saúde, o texto prevê por um lado a

cuperação.”<sup>122</sup>. Diferentemente de Portugal, imputa-se o dever constitucional somente para o Estado ao invés da solidariedade. Apesar de constar “garantido mediante políticas sociais e econômicas” e no artigo 197 ser enfático que cabe ao Poder Público, nos termos da lei, regulamentar as ações e serviços a serem prestados, o texto constitucional traz como diretriz das ações e serviços “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

O entendimento predominante consiste em declinar que o Estado brasileiro optou por garantir a integralidade, contudo, não se coaduna com esse posicionamento, por considerar que o recurso público é finito para o grande universo da população brasileira a ser atendida, situada na imensidão territorial que constitui o país, ainda mais, tendo que atender ao anseio subjetivo que gera com a notícia de um novo método de diagnóstico ou cirúrgico, um novo medicamento, enfim com o avanço da modernização da medicina<sup>123</sup>.

Todo esse movimento de proclamar o dever do Estado de garantir o direito “completo ou integral” ao cidadão à assistência à saúde repercutiu nas relações de consumo, inicialmente com o discurso que as operadoras por prestarem um serviço de relevância pública se equiparam ao Estado, após acrescentaram que nenhum tratamento pode ser negado à sua cobertura porque fere o

---

edição de uma legislação que os regulamente, fiscalize e controle. Por outro lado, admite que as ações de saúde sejam prestadas por serviço instituído pelo Poder Público, diretamente ou por este indiretamente, por meio de pessoas ou instituições conveniadas ou contratadas – os terceiros mencionados (...) não compreenderá este texto quem não tiver presente o fato de que, na constituinte, uma corrente radical de esquerda pretendia a estatização integral da medicina. Em reação a isto é que se acabou por incluir o trecho final do texto”. FERREIRA FILHO, Manonel Gonçalves. Comentários à Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

<sup>122</sup> Maurílio Maia, em suas conclusões, diz que “No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à saúde deve ser visto como de natureza dúplice (individual e coletivo) e através de sua tríplice função constitucional (promocional, preventiva e curativa) previsto em normas de eficácia plena e programática. Em seu bojo, o direito à saúde carrega consigo obrigações de índole negativa (defensiva) e positiva (prestacional), pugnáveis tanto pela jurisdição individual, quanto pela coletiva.”. MAIA, Maurílio Casas. O direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. vol. 84. ano. 21. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2012, p. 218.

<sup>123</sup> Cabe registrar que o Sistema Único de Saúde tem a “Medicina com base em evidências” como sua metodologia. Por conta disso, adotou-se protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, que são suportados por estudos consistentes para indicar o tratamento mais adequado, com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Para a devida prestação positiva, mediante o acesso universal e igualitário, não se vislumbra outra medida possível, senão repartir os recursos finitos da forma mais eficiente possível.

princípio da dignidade da pessoa humana, em aplicação da teoria da constitucionalização do direito civil ou da “eficácia horizontal direta”<sup>124</sup>.

Diante do cenário exposto, passa-se a demonstrar como está estruturado o “direito à assistência à saúde” no setor público e no privado.

### *2.3.1. Sistema Único de Saúde*

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, restou assentada, em seu artigo 6º, a saúde como um direito social. Antes um pouco, por ocasião da 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, registrou-se que o “Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade”<sup>125</sup>.

A saúde pública é uma das espécies do gênero Seguridade Social, sendo que está esculpida no Título VIII (Ordem Social), Capítulo II (Da Seguridade Social), Seção II (Da Saúde) da Constituição da República de 1988. Nele constam alguns dispositivos que iluminam o direito subjetivo do cidadão, a começar pelo artigo 196, que impõe ao Estado o dever geral de acesso, de prestação e pagamento da assistência à saúde para toda população brasileira. Neste sentido, o contido no inciso II do artigo 198 da Carta Magna preconiza a integralidade de atendimento, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, nas ações e serviços públicos que constituem o conhecido Sistema Único de Saúde (SUS), que tem como regulamentação principal a Lei Federal nº 8.080/90 e o Decreto Federal nº 7.508/11.

Com efeito, foi editada a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, afirmando que as atividades da saúde são de relevância pública e que deverão ser obedecidos os seguintes princípios e diretrizes: (i) acesso universal e igualitário; (ii) provimento das ações e serviços através de rede regionalizada e hierarqui-

---

<sup>124</sup> Em Portugal, essa previsão está expressa no artigo 18, nº 1 da Constituição da República. Sobre o tema: MONTEIRO, António Pinto; NEUER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs.) Direitos Fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

<sup>125</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 1986. p. 382.

zada, integrados em sistema único; (iii) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (iv) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas; (v) participação da comunidade na gestão, fiscalização e acompanhamento das ações e serviços de saúde e, (vi) participação da iniciativa privada<sup>126</sup> na assistência à saúde, obedecidos os preceitos constitucionais. Ressalta-se que o SUS não se presta somente à assistência à saúde, sendo o responsável pelas políticas e ações<sup>127</sup> em torno da vigilância sanitária, como a fiscalização de produtos (alimentos, remédios) que são disponibilizados para os consumidores, dos estabelecimentos que oferecem tais produtos, bem como controle epidemiológico e de doenças, citando, dentre elas, a dengue, paralisia infantil, H1N1 e, recentemente, a COVID-19.

Os gestores públicos da saúde classificam aqueles que não possuem plano de saúde como “SUS Dependente”, sendo aproximadamente 150 milhões de brasileiros, ou seja, a grande maioria da população brasileira tem dependência da administração pública no quesito assistencial. No que diz respeito ao quesito epidemiológico<sup>128</sup>, somos 100% dependentes, haja vista que as operadoras de planos de assistência à saúde não prestam cobertura para esse fim, recaindo ao Estado todo trabalho de divulgação, conscientização e aplicação de vacinas<sup>129</sup>.

Percebe-se que o Estado, por não conseguir atender toda a população nos serviços próprios, cria uma dependência com o setor privado, sendo que mais de 50% dos leitos de internação destinados aos pacientes do SUS assistencial ficam dentro dos hospitais privados<sup>130</sup>, com a característica nos seus estatutos sociais sem fins lucrativos.

---

126 Sobre a iniciativa privada, consulte os artigos 20, 21, 22 e 23, todos da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>127</sup> Detalhamento sobre o campo de atuação do SUS no artigo 6º da Lei nº 8.080/90.

<sup>128</sup> Em relação a COVID-19, a Agência Nacional de Saúde Suplementar determinou a obrigatoriedade das operadoras em suportar os custos do exame “SARS-CoV-2 (CORONAVÍRUS COVID-19) – PESQUISA POR RT-PCR” quando o paciente se enquadrar na definição de caso suspeito ou provável de doença pelo Coronavírus 2019 (COVID-19) definido pelo Ministério da Saúde, conforme Resolução Normativa nº 453/2020. Com a entrada em vigor da Resolução Normativa nº 465/2021, que atualizou o Rol da ANS, o exame foi incorporado, revogando-se o normativo anterior.

<sup>129</sup> Há relatos de parcerias realizadas entre a administração pública e a iniciativa privada no quesito epidemiológico, com interesse maior pelo particular, pois seus clientes podem elevar o custo com o tratamento ao invés de simplesmente ajudar a custear a prevenção.

<sup>130</sup> FINKELSTEIN, Beny José, BORGES JUNIOR, Laerte Honorato. A capacidade de leitos hospitalares no Brasil, as internações no SUS, a migração demográfica e os custos dos procedimentos. vol. 12 (3). p. 273-280. São Paulo: Jornal Brasileiro de Economia da Saúde, 2020.

O Estado, para cumprir os ditames constitucionais de prestação de serviço à assistência à saúde enfrenta problema com o recurso financeiro<sup>131</sup>, que é finito, dependendo sua receita da arrecadação de impostos, conforme previsão constitucional (art. 195).

Historicamente, o Estado sempre teve seu papel perante a saúde do cidadão, como ensina Sueli Gandolfi Dallari<sup>132</sup>, que antes do período industrial, o temor era o contágio, sendo que com o desenvolvimento das cidades, e o período pós-guerra, as responsabilidades do Estado também cresceram, exigindo-se mais proteção e cuidados para os cidadãos. Atualmente, tem-se exigido do Estado, na prestação do serviço público à assistência à saúde, o completo bem-estar físico, mental e social do cidadão, com base no princípio da integralidade. Na lei<sup>133</sup> que regulamenta as condições para promoção, proteção e recuperação a serem prestados pelo Estado consta que a integralidade de assistência deve ser “entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.”. E o Decreto Federal nº 7.508/11, complementa que ela “se inicia e se completa na Rede de Atenção à Saúde”, sendo que a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade, além da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME<sup>134 135</sup>,

---

<sup>131</sup> “o Brasil tem um Gasto Nacional em Saúde de 9,4% do PIB, equivalente ao do Canadá, reconhecidamente com um eficiente sistema de saúde pública. Ocorre que o PIB do Canadá equivale a 70% do brasileiro, e sua população, a 17% da nossa. A população do Canadá é menor que a do Estado de São Paulo”. MONTONE, Januário. Planos de saúde: passando e futuro. Rio de Janeiro: MedBook, 2009. p.11.

<sup>132</sup> “até o período industrial a única preocupação era afastar o doente, tanto para impedir a possível visão desagradável como, mais tarde, para impedir o contágio. [...] A urbanização, consequência imediata da industrialização no século dezenove, foi, juntamente com o próprio desenvolvimento do processo industrial, causa de assunção pelo Estado da responsabilidade pela saúde do povo”. DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista Saúde Pública*. vol. 22 (4). São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1988. p. 329.

<sup>133</sup> Veja, art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.080/90.

<sup>134</sup> A sua atualização é de competência do Ministério da Saúde, com auxílio técnico da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – Conitec. A última publicação consta da Portaria GM/MS nº 3.047/2019 - Rename 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-3.047-de-28-de-novembro-de-2019-230549540>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>135</sup> Cabe registrar a existência da RENAME, lista própria de cada município e do Distrito Federal, baseada na Rename. Nelas constam o nome do princípio ativo do medicamento, seguindo a Denominação Comum Brasileira – DCB relativa ao fármaco ou princípio farmacologicamente

que o Estado reconhece como de fornecimento obrigatório para todo e qualquer cidadão, mediante prescrição médica.

Para alguns autores<sup>136</sup>, a integralidade não pode ser compreendida como uma prestação ilimitada, que visa garantir a total exigência do cidadão ou que atenda todas as prescrições dos profissionais habilitados em saúde, pois, deve-se respeitar um planejamento que leve em conta a epidemiologia, a organização dos serviços, as necessidades da saúde e as disponibilidades de recursos e as evidências científicas, sob pena do direito à integralidade da assistência à saúde pública se tornar algo aleatório. A sistemática que rege é de o gestor público da área da saúde elaborar protocolos clínicos e orientações técnicas internas, mediante estudos de medicina baseados em evidências científico-biológicas, no intuito de comprovar a necessidade e a eficácia dos procedimentos, tratamentos, terapias a serem disponibilizados aos cidadãos. Fato é que a cada momento surgem novas tecnologias na área da saúde, todavia, a falta de critérios para sua eventual incorporação provocaria mais desigualdade na prestação dos serviços públicos de saúde. Não sendo essa a compreensão da sociedade, corre-se o risco advertido por Guido Ivan Carvalho e Lenir Santos: “Uns terão, talvez, até o desnecessário, e outros não terão nem o essencial”<sup>137</sup>. Dos vários milhões que são retirados do orçamento para suportar as decisões judiciais para um número reduzido de cidadãos, sem menosprezar a importância de cada caso concreto, pode-se dizer que da universalidade passa-se para a seletividade<sup>138</sup>.

---

ativo aprovado pelo órgão federal responsável pela vigilância sanitária. Os referidos medicamentos possuem valor terapêutico baseado em evidências clínicas e não apenas em fase experimental.

<sup>136</sup> CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. SUS Sistema Único de Saúde: comentários a lei orgânica da saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90). Campinas: Ed. da Unicamp, 2006. p. 67.

<sup>137</sup> CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. SUS Sistema Único de Saúde: comentários a lei orgânica da saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90), p. 69. Sobre o assunto, reporta-se ao caso decidido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao determinar o Poder Público fornecer meia ortopédica para o cidadão. “Mandado de segurança. Fornecimento de meia ortopédica. Responsabilidade solidária da União, dos Estados e do Município. Saúde. Direito garantido constitucionalmente. Atendimento prioritário à saúde do idoso. Lei 10.741/03 – No que toca ao direito do cidadão à saúde e à integridade física, a responsabilidade do Município é conjunta e solidária com a dos Estados e a da União. (...) Comprovada a necessidade de utilização de meia ortopédica para o tratamento de determinada moléstia e a prevenção contra o seu desenvolvimento para males mais graves, esta deve ser fornecida, assegurando o acesso à saúde de forma universal e integral.” (TJMG – Proc. nº 1.0145.06.30486 6-7/001, Des<sup>a</sup>. Rel. Heloisa Combat, 20/03/2007).

<sup>138</sup> Em julho de 2021, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Suspensão de Tutela Provisória 803, em análise do pedido de reconsideração formulado pelos representantes de uma criança, restaurou os efeitos da decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª



Em que pese o constituinte brasileiro ter cunhado “dever do Estado”, na prática, torna-se impossível prestar assistência integral, ilimitada e irrestrita para todo cidadão brasileiro às suas expensas, beira-se a utopia, deve-se entender que há limites assistenciais a serem observados, no intuito de permitir ao Estado garantir o mínimo possível para cada cidadão dentro da reserva do possível<sup>139</sup>, não podendo se esquivar das obrigações internas consagradas, sob pena de omissão.

Apesar de não ser objeto deste estudo, a judicialização contra o Estado<sup>140</sup>, *lato sensu*, é preocupante, razão pela qual torna-se imperioso que a sociedade civil<sup>141</sup> se envolva para refletir sobre a participação do ônus público com a saúde para todos, sob pena de não se conseguir atingir as ações e os serviços básicos necessários, atrasando cada vez mais as prestações, permanecendo longas filas de espera para exames e cirurgias eletivas, sem deixar de mencionar o atra-

---

região (TRF-3), que havia determinado à União o fornecimento do medicamento, na forma da prescrição médica, bem como todos os custos de hospital, médicos e transporte, no prazo máximo de dez dias, sob pena de multa diária de R\$ 10 mil reais. Trata-se do medicamento Zolgensma, conhecido como o remédio mais caro do mundo, com o custo aproximado de quase R\$3 milhões reais. Mais detalhes, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-19/stf-determina-uniao-forneca-medicamento-carro-mundo>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>139</sup> Extrai-se trecho da entrevista de Michael Rawlins, diretor da agência britânica Nice (Instituto Nacional para a Saúde e a Excelência Clínica – Reino Unido): “ÉPOCA – Quando o Nice recomenda que o governo britânico não forneça uma nova droga, a população reclama. Como garantir que as decisões sejam justas? Michael Rawlins – Não somos cruéis. Tentamos zelar por todos, e não por alguns. Se gastarmos muito dinheiro com remédios caros para poucas pessoas, muitas outras não terão acesso aos que realmente funcionam. Os métodos de avaliação de custo-efetividade não são perfeitos, mas eles permitem distribuir os recursos com equidade”. RAWLINS, Michael. “Quanto custa um ano de vida?: entrevista Michael Rawlins. Revista Época 591 ed., p. 114-117. São Paulo: Revista Época, 14 set. 2009, p. 115.

<sup>140</sup> Para aprofundamento no tema, especialmente, sobre medicamentos, consulte os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral e repetitivos: I) Tema 106 de Recurso Repetitivo — STJ (REsp nº 1.657.156); II) Tema 500 de Repercussão Geral — STF (RE 657.718) e III) Tema 006 de Repercussão Geral – STF (RE 566.471).

<sup>141</sup> O Conselho Nacional de Justiça promoveu, nas dependências do Supremo Tribunal Federal, a Audiência Pública nº 4, que teve como intuito, entre outros assuntos: “discutir as questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestação de saúde, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas.” Para um país com tantas adversidades como o Brasil, uma audiência, com três dias de realização, com número determinado de participantes, acontecendo somente na Capital da República, é muito incipiente, melhor seria a realização de audiências públicas regionais e municipais, com a maior participação da sociedade, no intuito de propiciar o conhecimento e a formação de opinião sobre um assunto socialmente relevante para todos. Mais informações, estão disponíveis no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

so na implementação de novas tecnologias. O cidadão que consegue o acesso ao Poder Judiciário tem se beneficiado “furando” essa fila, alguns deles com pedidos que não coadunam com as políticas públicas<sup>142</sup>, onerando ainda mais o Estado. Lado outro, infelizmente, assiste-se relatos de corrupção na área da saúde, triste realidade que culmina no enfraquecimento da discussão ao invés de fortalecer a necessidade ardente de repensar qual a correta abrangência da integralidade. Tem-se que lutar pelo desejável, especialmente, a não existência de filas de espera para exames e cirurgias eletivas, que com o passar o tempo podem agravar a situação de saúde do cidadão, modernização nos centros de atendimento, profissionais com melhores remunerações, enfim, excelência e eficiência no serviço público de saúde, no intuito de cumprir finalisticamente o mandamento constitucional. Registre-se que a população se faz representar perante os conselhos<sup>143</sup> nacional, estaduais e municipais de saúde, porém, ainda de maneira acanhada e pouco resolutiva<sup>144</sup>.

A discussão sobre a forma de prestação de serviço à saúde e a implantação de políticas públicas que visam mitigar a desigualdade social hoje existente deve ser ampliada, no intuito de permitir clareza<sup>145</sup> nas regras sobre a saúde pública e privada no cenário brasileiro.

---

<sup>142</sup> Para o Ministro Eros Grau, “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

<sup>143</sup> De acordo com a Resolução nº 333/2003, do Conselho Nacional de Saúde, a composição é feita na proporção de 50% dos usuários, 25% representantes do governo e prestadores de serviços de saúde e 25% dos trabalhadores da área de saúde.

<sup>144</sup> “a população atuando de forma direta na formulação das políticas públicas de saúde acaba por favorecer a governabilidade e a governança no setor, bem como acaba por proteger os grupos sociais vulneráveis, permitindo que o Estado atinja seus objetivos de uma forma democrática. A participação popular nas políticas públicas dirigidas à área da saúde deve ser estruturada de tal maneira que impeça a exploração da vulnerabilidade de grupos indefesos. Do contrário, poderemos visualizar que os atores sociais mais estruturados se apossariam dos canais de comunicação e captação das demandas sociais, impedindo que os desorganizados vocalizem suas próprias demandas”. ABRANTES, Leonardo Militão. *A cura pela cidadania. A influência da democracia na efetivação da saúde pública, através da participação popular na elaboração das políticas públicas*. 2009. 186 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

<sup>145</sup> Importante é não deixar que as pessoas sejam ignorantes em relação à própria saúde, como afirma Hans-Martin Sass: “a alfabetização para a saúde é uma pré-condição do cuidado de saúde individual em termos da realização de uma escolha informada e da aceitação de responsabilidade pela própria saúde”. SASS, Hans-Martin. *Promover a educação em saúde para enfrentar a doença e a vulnerabilidade*. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.). *Bioética: poder e injustiça*. Tradução Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2003. p. 79.

### ***2.3.2. Saúde suplementar: uma realidade indispensável***

Paralelamente ao SUS, pois não está sujeita ao mesmo ordenamento jurídico, encontra-se a saúde suplementar, com respaldo constitucional, eis que a Constituição da República do Brasil de 1988, no artigo 199, consolidou a presença da iniciativa privada na prestação de serviços de assistência à saúde. O mercado de saúde suplementar conta com liberdade de exploração para empresas que queiram empreender neste segmento, desde que atendidos os ditames do órgão regulador, sendo o lucro permitido para as operadoras<sup>146</sup>, contudo, quem exercesse essa atividade econômica tem por obrigação assegurar a existência digna de todos que dela participam, dentre eles destacam-se, consumidores, prestadores de serviços terceirizados, empregados, em observância ao artigo 170 da Constituição da República de 1988.

A saúde suplementar<sup>147</sup> é prestada de duas formas: 1) particular pura, em que o cidadão escolhe o profissional ou prestador e paga o preço combinado, realizando um contrato, na sua maioria verbal, pois escrito ocorre nos casos mais complexos, como os de internação para cirurgia; e 2) por intermédio de operadora de plano de assistência à saúde, em que o consumidor, por meio de contrato de adesão, tem à sua disposição um catálogo de prestadores para escolher e paga um preço determinado, que é reajustado anualmente ou, propriamente nas seguradoras, na modalidade de reembolso das despesas.

Com a proliferação dessa atividade econômica, tornou-se necessária a regulamentação do setor, haja vista que às relações contratuais privadas eram regidas pelo Código Civil de 1916 e, a partir de 1991, os conflitos de interesses são abarcados pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo somente o segmento de seguro de saúde uma legislação especial, o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966<sup>148</sup>, todavia, a preocupação estatal era mais com o aspecto econômico-financeiro.

---

<sup>146</sup> O mercado de saúde suplementar movimentou, no ano de 2020, R\$154.932.314.833,00, quase o orçamento do próprio Ministério da Saúde. Em comparação ao ano de 2011 que movimentou o valor de R\$98.969.334.886,00. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>147</sup> Como já dito anteriormente, o Estado ao contratar o prestador particular para suprir sua incapacidade de atender toda população nos seus próprios ambientes médico-hospitalares, é denominada de saúde complementar, a qual é remunerada pelas realizações dos serviços por meio de uma tabela pactuada entre as partes.

<sup>148</sup> Criou o Sistema Nacional de Seguros Privados, composto pelo Conselho Nacional de Seguros Privados e pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Havia previsão para regulamentação no prazo de 120 dias, contudo raros foram os atos expedidos para atuação da iniciativa privada nessa atividade econômica.

Em 1994, na Câmara dos Deputados em Brasília, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4.425/94, que teve como objetivo proibir exclusões de coberturas assistenciais. Entretanto, tal projeto, na ocasião, não recebeu a devida importância. Com a estabilização da economia por meio do Plano Real e a insatisfação dos consumidores em relação a essas questões, foi criada em 1996, uma Comissão Especial no parlamento para dar seguimento ao referido projeto, que culminou na realização de diversas audiências públicas sobre o tema. Em outubro de 1997, o projeto foi votado, diga-se, sem parecer final da referida Comissão, aborrecendo vários deputados. Em seguida, o projeto foi remetido ao Senado e, após inúmeras negociações, foi aprovado, com previsão de alteração posterior.

A Lei nº 9.656/98, denominada de Lei dos Planos de Saúde, foi publicada<sup>149</sup> e sofreu várias modificações, inclusive no dia seguinte. Em 05 de junho de 1998, editou-se a Medida Provisória (MP) nº 1.665 e, posteriormente, várias outras<sup>150</sup>, até a edição, em 24 de agosto de 2001, da Medida Provisória nº 2.177-44, que consagrou o conteúdo do texto legislativo<sup>151</sup>. Após, ocorreram inclusões<sup>152</sup> e alterações pontuais no texto, mantendo-se até o momento, na sua maioria, a redação legislativa do ano de 2001.

A relação jurídica firmada na saúde suplementar submete-se precipuamente às regras gerais do direito privado, sendo que o citado diploma legal foi um divisor de águas para esse ramo de atividade econômica. A lei trouxe para o sistema jurídico um conjunto particular de direitos, deveres e responsabilidades para as pessoas que compõem esse mercado, quais sejam, beneficiários,

---

<sup>149</sup> Diário Oficial da União, Brasília, 04 jul. 1998. Seção 1, p. 1.

<sup>150</sup> Medidas provisórias editadas nºs: 1.730; 1801; 1.907; 1.976; 2.097 e 2.177.

<sup>151</sup> A Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001 determinou que “Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

<sup>152</sup> De maneira sucinta, por ordem cronológica, são elas: (i) Lei nº 10.223/2001 (inclusão do artigo 10-A – cirurgia plástica reconstrutiva da mama); (ii) Lei nº 11.935/2009 (inclusão do inciso III, do artigo 35-C – planejamento familiar); (iii) Lei nº 12.738/2012 (inclusão do artigo 10-B – bolsas de colostomia); (iv) Lei nº 12.880/2013 (alteração do inciso VI, do artigo 10 e artigo 12, inciso I, “c” e inciso II, “g” – medicamento domiciliar); (v) Lei nº 13.770/2018 (inclusão §1º, §2º e §3º, todos do artigo 10-A – detalhamento sobre a reconstrução da mama); (vi) Lei nº 13.003/2014 (inclusão do artigo 17, artigo 17-A e parágrafos e alteração do artigo 18 – rede prestadores); (vii) Lei nº 13.127/2015 (inclusão dos parágrafos do artigo 34 – auto-gestão) e (viii) Lei nº 13.819/2019 (inclusão do artigo 10-C – atendimento tentativa suicídio).

operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços (hospitais, clínicas, médicos, etc.). Destaca-se como inovações importantes, a proibição a seleção de risco, seja pela idade ou condição de saúde, obrigando a contratação para quem deseja adquirir um plano, controle de reajuste anual e por faixa etária, período de carências limitados, imposição do “rol de procedimentos e eventos em saúde”, com as devidas atualizações, cumprimento de garantias financeiras, manutenção e qualificação dos prestadores de serviços, ampliação e participação colegiada sobre o modelo de atenção à saúde e incorporação de novas tecnologias, criação do “Índice de Desempenho da Saúde Suplementar”, que verifica o cenário real das operadoras.

Antes da criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), foi instituído, pela Medida Provisória nº 1.665/98, o Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU), competente para normatizar as questões relacionadas à prestação de serviço no mercado de saúde suplementar, tendo editado 23 resoluções, entre elas, a elaboração do “rol de procedimentos e eventos em saúde”<sup>153</sup>, mecanismos de regulação<sup>154</sup>, critérios e parâmetros de várias de faixas etárias dos consumidores<sup>155</sup> e cobertura de atendimento nos casos de urgência e emergência<sup>156</sup>.

No ano de 2000, com a promulgação da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia<sup>157</sup> sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. O modelo estatal escolhido foi de uma agência reguladora que “consiste em sua maior independência em relação ao Poder Executivo, apesar de fazer parte da Administração Pública indireta”<sup>158</sup>.

---

<sup>153</sup> Resolução CONSU nº 10, de 3 de novembro de 1998.

<sup>154</sup> Resolução CONSU nº 8, de 3 de novembro de 1998.

<sup>155</sup> Resolução CONSU nº 6, de 3 de novembro de 1998.

<sup>156</sup> Resolução CONSU nº 13, de 3 de novembro de 1998.

<sup>157</sup> A criação como autarquia obedece ao artigo 37, XIX, da Constituição da República, conforme a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Sobre o assunto, anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto “corrige-se impropriedade técnica do inciso original, passando-se a distinguir a lei de criação de uma autarquia, como desdobramento institucional do próprio Estado, à qual são outorgadas determinadas competências, da lei de autorização para instituir empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, às quais são delegadas atribuições específicas”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre a reforma administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 63.

<sup>158</sup> MORAES, Alexandre de. Agência reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002. p. 25.

O mercado de saúde suplementar progrediu “em consonância com a precariedade do sistema público”<sup>159</sup>, sendo que até mesmo a maioria dos profissionais da saúde ocupantes de cargos no setor público tem algum vínculo com as operadoras de planos e seguradoras de saúde<sup>160</sup>.

De acordo com o portal na internet<sup>161</sup> da Agência Nacional de Saúde Suplementar, o Brasil possui 48,3 milhões de consumidores inscritos nos planos e seguradoras de saúde assistenciais em diversas operadoras. Considerando os mais de 213 milhões de brasileiros divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), representa que um a cada quatro brasileiros espalhados pelo nosso país, possuem assistência à saúde suplementar. Muitas empresas que atuavam neste mercado desistiram, alienaram suas carteiras para outras operadoras, não suportaram se manter em atividade.<sup>162</sup> O setor privado argumenta que as regras impostas pela ANS sobre exigências de garantias financeiras<sup>163</sup>, ampliação de cobertura prevista no “rol de procedimentos e eventos em saúde”<sup>164</sup> e contratação de planos<sup>165</sup> dificultaram a permanência de várias operadoras, tornando acentuado o processo de liquidação extrajudicial e trilhando para uma concentração desse mercado. Pontua-se que a concentra-

---

<sup>159</sup> SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 52.

<sup>160</sup> A Lei nº 67/2013 (Lei-quadro das entidades reguladoras), art. 19º, n.4 prevê: “No caso da entidade reguladora com competência na área da saúde, para efeitos do disposto na alínea b) do n.º 1, os profissionais do sistema nacional de saúde devem suspender o respectivo vínculo ou relação contratual, não lhes sendo aplicável o disposto no n.º 2 quando regressem ao lugar de origem.”

<sup>161</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dados abertos. Rio de Janeiro: ANS, 2021. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 05 nov. 2021. A título histórico, no ano de 2000, estavam inscritos 31,4 milhões de consumidores neste mercado.

<sup>162</sup> No ano de 2000 constavam 2.037 operadoras registradas, sendo que os dados de setembro de 2021, apontam para 959 operadoras (705 médico-hospitalar e 254 exclusivamente odontológica). Disponível em: <http://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>163</sup> Publicação pela ANS da Resolução RDC nº 77, de 17 de junho de 2001, Resolução Normativa nº 67, 04 de fevereiro de 2004 e, posteriormente, a edição da Resolução Normativa nº 159, 03 de julho de 2007 (revogou a RN nº 67) e da Resolução Normativa nº 160, 03 de julho de 2007 (revogou a RDC nº 77).

<sup>164</sup> Atualmente, a composição do Rol está prevista na Resolução Normativa nº 211/10.

<sup>165</sup> Resolução RDC nº 04 e 05, ambas de 18 de fevereiro de 2000, Resolução Normativa nº 85/04 (revogou a RDC nº 04 e 05), Resolução Normativa nº 100/05 e Resolução Normativa nº 195/09.

ção, pelos menos dos beneficiários, já é constatada pela ANS, a qual informa a existência, até dezembro de 2020, de mais da metade dos consumidores, ou seja, 51% de todo mercado de saúde suplementar, espalhados em apenas 21 operadoras. Além disso, 90% dos beneficiários estão concentrados em 239 empresas, enquanto os 10% restantes se dividem por 574 operadoras.

Evidente o acrescentamento advindo com a regulamentação do setor de saúde suplementar, pois não havia regras básicas uniformes, sendo que cada segmento empresarial, de forma unilateral, modelava seu contrato e o ofertava da maneira que entendesse mais conveniente, não tendo o consumidor um órgão próprio e especial que lhe auxiliasse nas dúvidas sobre o produto complexo que estava adquirindo. Para uma saudável concorrência, a criação da ANS contribui, também, de forma assertiva, permitindo a alienação voluntária da carteira de beneficiários, impondo regime de direção fiscal em várias operadoras que não tinham como operar no mercado. A presença da prestação de saúde suplementar no Brasil é estratégica e sua manutenção uma realidade indispensável, principalmente para permitir que o Estado, dentro das suas limitações financeiras, cumpra seu dever constitucional.

Para tanto, inclusive com vistas a sustentabilidade do setor, as operadoras devem buscar qualificar seus serviços próprios ou dos seus credenciados, bem como ampliar sua capacidade de atendimento, ofertar de forma responsável, cabendo ao Estado Regulador controlar a capacidade da rede de prestadores credenciados pelas operadoras para absorverem o número de consumidores, sempre no intuito de atingir a qualidade e eficiência na prestação de serviço, que representa sua legítima expectativa, porém, não se deve passar a ilusão que a cobertura é integral.

Em resumo, as operadoras se mantêm nesta atividade econômica mediante a arrecadação das contribuições financeiras dos consumidores em virtude da socialização dos riscos, cabendo a elas garantirem o pagamento dos custos médico-hospitalares quando da utilização, por livre escolha junta a rede conveniada, das prestações previstas no “rol de procedimento e eventos em saúde” ou nos termos dos “contratos antigos”, incumbindo ao órgão regulador monitorar a solvência e a perenidade desta atividade para que ele cumpra efetivamente sua função na sociedade.

### ***2.3.3. Serviço assistencial de saúde privado***

Passa-se, a seguir, a fazer brevíssimas considerações, apenas para pontuar a existência da contratação<sup>166</sup>, escrita ou verbal, direta pelo consumidor, ou através do seu responsável legal ou representante, com hospitais, clínicas, profissionais da área de saúde para realização de cirurgias, exames, terapias, ajustando o preço e a forma de pagamento, sem qualquer intermediação da operadora de planos ou seguradoras de saúde.

A relação jurídica firmada entre as partes é de consumo e estritamente privada, merecedora das regras de proteção para os consumidores que deles se utilizam. Nestes casos, não há o controle e fiscalização da ANS, sendo que para o devido funcionamento são obrigados a solicitar autorização dos órgãos públicos locais onde estão estabelecidos e cumprirem os protocolos sanitários, com a devida inscrição no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES).

Como já dito, e repita-se, é possível o estabelecimento de saúde privado ser contratado pelo Estado para devida prestação de serviço ao cidadão, denominando-se de saúde complementar<sup>167</sup>. No caso das pessoas físicas, a regra geral é admissão por concurso público, contudo, a Constituição brasileira permite a contratação de excepcional interesse público<sup>168</sup>, para atender necessidade temporária, exemplo atual é a COVID-19<sup>169</sup>, eis que diante da pandemia que assola o mundo, o Estado tem contratado elevado números de profissionais de saúde para auxiliar no combate à doença.

Cumpra dizer que os profissionais ou estabelecimentos de saúde podem, e geralmente são, conveniados, contratados, cooperados, enfim possuem uma relação jurídica com alguma operadora. Nesta situação, é de livre escolha do consumidor, ou seja, ou contrata diretamente ou utiliza dos serviços através do plano de assistência à saúde.

---

<sup>166</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os contratos de prestação de serviço médico no Direito Civil Português. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 16. ano 03. São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 9.

<sup>167</sup> Veja, artigo 199, §1º da Constituição da República brasileira.

<sup>168</sup> Há previsão no artigo 37, inciso IX da Constituição, sendo regulamentado pela Lei nº 8.745/1993.

<sup>169</sup> Especificamente sobre a pandemia da COVID-19, consultar a Emenda Constitucional nº 106, de 07 de maio de 2020.



No Brasil, há práticas abusivas que são cometidas por alguns profissionais médicos de determinadas especialidades, que possuem vínculo contratual com a operadora, *v.g.*, exigem que o consumidor desembolse pela primeira consulta e necessitando, *a posteriori*, do acompanhamento profissional será atendido via convênio da operadora. Outra prática abusiva, e também comum, é a cobrança de honorários por médico obstetra para realização de partos, sendo que a consumidora foi acompanhada em todo o período de gestação, com consultas de pré-natal e exames, e apesar do seu contrato possuir cobertura obstetrícia, o médico exige o pagamento de determinado valor para estar presente no dia e hora marcados para o parto cesáreo. A consumidora, ainda mais vulnerável, e as pessoas que a cercam constrangidas com a situação acabam arcando com essa despesa indesejada e ilegal. A ANS repudia essa prática, denominada como “taxa de disponibilidade”, inclusive criando mecanismos de controle junto às operadoras e gerando informações aos consumidores, bem como para seus acompanhantes, no intuito de evitar o pagamento indevido de honorários médicos. O Poder Judiciário entendeu como ilegal a cobrança da “taxa de disponibilidade”, após ação judicial movida pela Associação de Obstetrícia e Ginecologista do Estado de São Paulo em face da ANS, fundamentando que a Lei nº 9.656/98 determina a cobertura dos procedimentos quando o contrato possuir a segmentação obstetrícia, não podendo ocorrer a cobrança de qualquer valor adicional, pois os honorários médicos já estão previstos para serem pagos pela operadora quando da realização do parto.

Como última palavra, na ocorrência de eventual dano sofrido pelo consumidor em virtude da contratação direta com o profissional ou estabelecimento de saúde, a responsabilidade recai imediatamente sobre cada qual, contudo, se na origem da contratação for a operadora, dita o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor que a responsabilidade é solidária e, regra geral objetiva, à exceção para os profissionais liberais que para sua responsabilidade pessoal deverá ser provada a culpa<sup>170</sup>.

## 2.4 Atuação do Estado Regulador nos cuidados de saúde

O objetivo da administração pública, sobre os cuidados de saúde, deve ser de permitir o justo acesso<sup>171</sup> (universalidade) com agilidade (eficiência) e

---

<sup>170</sup> Veja, artigo 14, §4º da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

<sup>171</sup> Constituição da República Portuguesa, artigo 64º, n.º 3. Lei de Bases da Saúde

qualidade (eficácia). Entretanto, há críticas severas sobre a decrescente prestação de serviços de cuidados de saúde pelo Estado Social<sup>172</sup>, atrelado a escassez de recursos e os elevados custos de produção, desestabilizando o sistema social de saúde, permitindo assim, o crescimento<sup>173</sup> de outros players<sup>174</sup> que atuam nesse ramo de atividade.

A entrada de novos prestadores de serviço de cuidados de saúde no mercado de consumo de saúde fez com que o Estado se reestruturasse, reduzindo seu papel como Estado empresário<sup>175</sup> e de Estado prestador direto dos serviços, mas mantendo a infraestrutura possível para uma parcela da população totalmente depende do sistema social, no intuito de cumprir seus deveres constitucionais, tendo criado entidades reguladoras para atuar na fiscalização e permitir uma saudável competição entre os prestadores privados<sup>176</sup>.

---

(atualmente, Lei n.º 95/2019 que revogou a Lei n.º 48/90 – alterada pela Lei n.º 27/2002). Base 4 – Política da Saúde, n.º 2. d) “A igualdade e a não discriminação no acesso a cuidados de saúde de qualidade em tempo útil, a garantia da equidade na distribuição de recursos e na utilização de serviços e a adoção de medidas de diferenciação positiva de pessoas e grupos em situação de maior vulnerabilidade;”.

<sup>172</sup> ESCOVAL, Anal; LOPES, Manuel e FERREIRA, Pedro Lopes. *CRISE & SAÚDE – UM PAÍS EM SOFRIMENTO: Relatório de Primavera 2012*. Coleção Observatório da Saúde, n.º 9. Coimbra: Mar da Palavra Edições, 2012.

Disponível em: <http://www.observaport.org/sites/observaport.org/files/RelatorioPrimavera2012.pdf>.

Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>173</sup> Pesquisa divulgada pelo Instituto Nacional de Estatística (INE), que destacou o crescimento do setor privado no atendimento à população portuguesa. Divulgada em 04 de abril de 2014. Disponível em: [http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_destaques&DESTAQUESdest\\_boui=215806720&DESTAQUESmodo=2](http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=215806720&DESTAQUESmodo=2). Acesso em: 05 nov. 2021. Sobre a pesquisa do INE, o Senhor Ministro da Saúde de Portugal, Paulo Macedo, declarou: “Ainda bem [que o setor privado cresce], desde que continuemos a ter uma forte capacidade de resposta no setor público, que existe, existe de uma forma transversal, cobrindo o país, também em áreas mais diferenciadas, que em muitos casos não existem no setor privado”. Público (jornal impresso), datado de 05 de abril de 2014.

<sup>174</sup> Para maiores desenvolvimento sobre o assunto veja em: BRESSMAN, Lisa Schultz. *The Regulatory State*. New York: Aspen Publishers, 2010.

<sup>175</sup> MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Maria Fernanda dos Santos. *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de Lei-Quadro. Estudos de Direito Público e Regulação 4*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 9.

<sup>176</sup> “A regulação torna-se uma resposta à realidade concorrencial do mercado em determinados setores de atividade. Com efeito, o *modus operandi* do mercado, em regra assente no interesse privatístico e no lucro distribuível, e distraído, por isso, do outro interesse, o de toda a população, fundamentou e fundamenta a intervenção pública. E, como é sabido, de uma abordagem pública de regulação passou-se, pouco a pouco, para uma intervenção

Cabe registrar que o modelo regulatório em geral foi concebido nos EUA<sup>177</sup>, sendo que vários países procederam a sua internalização na estrutura governamental, entre eles, Portugal e Brasil. Há manifestações<sup>178</sup> sobre a forma diferente e própria como as Entidades ou Agências Reguladoras foram incorporadas no direito europeu, entretanto, entendem<sup>179</sup> como relevantes para melhorar o funcionamento da economia e competição leal nos mercados.

---

através de entidades independentes com a missão de regular os mercados setoriais. O setor de saúde não passou ao largo desta tendência.”. ARAÚJO, Isabelle Maria Mendes de; NASCIMENTO, Dmitri Felix do; PEREIRA, Angela Maria. Regulação em saúde no setor privado: o caso da ANS no Brasil e da ERS em Portugal. *Revista de Saúde Coletiva* (verão on-line). vol. 28, ano 4. p. 1-12. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-73312018280416>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>177</sup> Para uma análise histórica do modelo regulatório veja: GONÇALVES, Pedro Costa. Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado contratante. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. SILVA, João Nuno Calvão da. Mercado e Estado: serviços de interesse econômico geral. Coimbra: Almedina, 2008, p. 130-133. BINENBOJM, Gustavo. Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Agências reguladoras. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003. CUÉLLAR, Leila. Introdução às agências reguladoras brasileiras (coleção Luso-Brasileira de Direito Público – vol. 2). Belo Horizonte: Editora fórum, 2008.

<sup>178</sup> Pedro Gonçalves cita que: “Em sentido oposto ao da experiência americana, onde, desde o fim do século XIX, traduzia um alargamento da intervenção pública, na Europa e noutros sistemas marcados pela ideia de serviço público, o conceito de Estado Regulador ilustrava a retracção, o “rolling back”, da acção pública na esfera social e, em especial, no fornecimento de bens e na prestação de serviços econômicos. Neste sentido, pode dizer-se que, tendo-se encontrado nos finais do século XX, são, mais do que diferentes, opostos os percursos e a ratio da “regulation” no direito norte-americano e no direito europeu.” GONÇALVES, Pedro. *Direito Administrativo da Regulação. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. vol. 2 (Org. Jorge Miranda). Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 539.

<sup>179</sup> PINTO, Eduardo Vera-Cruz. A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores econômicos no início do século XXI”. In: Ruy Albuquerque/A. Menezes Cordeiro (coord), *Regulação e Concorrência (perspectivas e limites da defesa da concorrência*, Coimbra 2005, p. 159. RODRIGUES, Nuno Cunha. *Regulação da Saúde*. In FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo Gentil. *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 616; FERREIRA, Ana Sofia. *Regulação em saúde e regulação das utilities: que diferenças*. *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*, 3 (1). p. 42-52. Cidade: Editora, 2004. SIMÕES, Jorge. *Retrato Político da Saúde – Dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 240.

Particularmente sobre os cuidados de saúde, as Agências Reguladoras de Portugal<sup>180</sup> e do Brasil não foram concebidas no mesmo modelo<sup>181</sup>, como acontece, por exemplo, nas telecomunicações, energia elétrica e água. De acordo com a Lei n.º 67/2013<sup>182</sup>, de 28 de agosto, a regulação da saúde continua dividida entre a Entidade Reguladora da Saúde (prestadores de serviços público e privados)<sup>183</sup> e a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões de Portugal (seguros de saúde privados). No Brasil, desde 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, regulamenta e fiscaliza apenas as empresas privadas que oferecem planos e seguros de saúde, e, ainda a Agência Nacional de Vigilância Sanitária com a finalidade de fiscalizar a produção e consumo de produtos submetidos a vigilância sanitária como medicamentos, agrotóxicos e cosméticos, bem como é responsável pelo controle sanitário de portos, aeroportos e fronteiras. Para a prestação de assistência à saúde pública e implementação das políticas públicas de saúde, o controle é exercido pelo Sistema Único de Saúde.

A regulação atua estabelecendo regras de conduta para o devido funcionamento dos regulados, monitorando a eficiência da prestação de serviços aos usuários, bem como os custos de produção, margem de solvência, para manter o mercado em equilíbrio<sup>184</sup> e garantir sua perenidade, inclusive com aplicação de sanções. Em que pese regular serviços, geralmente, afetos diretamente às re-

---

<sup>180</sup> Ana Sofia Ferreira ao comparar a regulação da saúde com a regulação das *utilities* é enfática “Enquanto na saúde há que desenvolver um sistema regulador e a independência no exercício da regulação, não é tecnicamente viável nas suas dimensões cruciais, como é desaconselhadora do ponto de vista ético e da responsabilidade política. No caso das *utilities*, a forma tecnicamente correcta e eficaz de regular os mercados assenta, precisamente, na criação de ERI.” Ibidem, p. 51.

<sup>181</sup> Essa situação híbrida ocorre em Portugal e no Brasil, pois o Estado atua como prestador do serviço direito de cuidados de saúde, não tendo privatizado ou delegado toda prestação de serviço para o setor privado, por exemplo, criado um seguro social de saúde obrigatório para todos, sob o controle do regulador independente.

<sup>182</sup> Artigo 3º, nº 3, da Lei n.º 67/2013. Disponível em: [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>183</sup> Regulamento nº 66/2015 que “estabelece as regras do registo obrigatório no Sistema de Registo de Estabelecimentos Regulados (SRER) dos estabelecimentos sujeitos à jurisdição regulatória da Entidade Reguladora da Saúde (ERS), nos termos previstos no artigo 4.º n.º 2 dos Estatutos da ERS, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto, as respetivas atualizações, suspensão, cessação e anulação e, bem assim, o pagamento da taxa de registo e das demais contribuições regulatórias”.

<sup>184</sup> MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997.

lações de consumo, não se pode confundir a Entidade Reguladora como mais um órgão ou associação de proteção ao consumidor, eis que deve sopesar os interesses<sup>185</sup>, atuando para eficiência da prestação e vigiando economicamente o adequado funcionamento do setor, assegurando para todos os participantes sua lisura, seu conhecimento técnico especializado e seu comprometimento, para que tudo isso possa culminar na sua credibilidade e imparcialidade e não com a visão distorcida que está capitaneada pelo mercado, contra os consumidores e se favorecendo por negócios pessoais e espúrios.

Neste tópico evidenciará a macro estrutura do Estado-Regulador da saúde pública<sup>186</sup> e privada<sup>187</sup> de Portugal, e do Brasil, com seus poderes e atribuições.

### ***2.4.1. Portugal***

#### *2.4.1.1. Entidade Reguladora da Saúde*

Em 2003, por força do Decreto-Lei n.º 309, de 10 de dezembro, foi criada a Entidade Reguladora da Saúde (ERS), contudo, em virtude da necessidade de proceder à revisão, ocorreu a revogação através do Decreto-Lei n.º 127/2009. Atualmente a ERS segue redigida pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto, tendo em vista a revogação da legislação anterior para a devida adaptação à lei-quadro das entidades reguladoras<sup>188</sup>, publicada em 2013,

---

<sup>185</sup> A ASF afirma que: “tem vindo a dedicar uma maior atenção ao acompanhamento e supervisão do ramo Doença, visando reforçar a proteção do consumidor de seguros de saúde, tendo definido um programa de trabalhos que visa melhorar a sua regulação e supervisão através da implementação de regulamentação mais contextualizada, baseada na realidade vivida por este setor e mais centrada na governação deste tipo de seguro, sempre com o objetivo final de proteção dos consumidores de seguros e de equilíbrio do funcionamento do mercado.”. Nota de enquadramento consulta pública seguro de saúde. Disponível em: <https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/3AC24F57-5AAC-4955-9F75-7F3D-4CB28E7D/0/NotadeEnquadramentoConsultaP%C3%BABlicaSegurosdeSa%C3%BAde.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>186</sup> Atualmente, o Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto (revogou o Decreto-Lei n.º 127/2009, que por sua vez, havia revogado o Decreto-Lei n.º 309/2003).

<sup>187</sup> Decreto-Lei n.º 1/2015, 06 de janeiro. Revogou o Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 195/2002, de 25 de setembro.

<sup>188</sup> Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, publicada no Diário da República, 1.ª série — N.º 165 — 28 de agosto de 2013, p. 5184, que versa sobre “Lei-quadro das entidades adminis-

com poderes<sup>189</sup> de regulamentação, supervisão da atividade e funcionamento dos estabelecimentos prestadores<sup>190</sup> de cuidados de saúde.

Vital Moreira<sup>191</sup>, desde a edição do primeiro normativo de criação da ERS, expõe que a reforma institucional trouxe várias inovações para o setor da saúde, tais como: (i) empresarialização<sup>192</sup> de hospitais públicos; (ii) exploração

---

trativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo”. Pedro Gonçalves explica sobre os efeitos da denominação como “Lei-Quadro” em: GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Nótulas sobre o nove regime das entidades independentes de regulação da atividade económica. Estudos de Direito Público e Regulação 9. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 335-337.

<sup>189</sup> “Enquanto entidade reguladora da saúde, é missão da ERS a regulação da atividade de todos os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde (independente da sua natureza jurídica), verificando se os requisitos de exercício da atividade e de funcionamento foram cumpridos; se as garantias relativas ao direito de acesso aos cuidados de saúde por parte dos utentes são cumpridas e ainda relatividade à legalidade e transparência das relações económicas entre os diversos operadores, entidades financiadoras e utentes [art. 3º, nº 2].” ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRA, Tiago. Direito da Saúde. Lisboa: Universidade Católica, 2014. p.175.

<sup>190</sup> Cumpre registrar que o estudo não aborda a responsabilidade civil dos estabelecimentos públicos ou privados que atuam para garantir o atendimento aos cuidados de saúde. Sobre o tema, entre vários: PEREIRA, André Gonçalves Dias. Direitos dos pacientes e responsabilidade médica. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª Edição, Fevereiro 2015, p. 697 e ss. RAPOSO, Vera Lúcia. Do ato médico ao problema jurídico. Coimbra: Edições Almedina, 2013, p. 194. AMARAL, Diogo Freitas do. A natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde.” *In: Direito da Saúde e Bioética*. p. 121-132. Lisboa: Edições Jurídicas, 1991. CORTEZ, Margarida. Responsabilidade civil das instituições públicas de saúde. *In: Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. MONIZ, Ana Raquel. A responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de contratos de saúde em estabelecimentos públicos: o acesso à justiça administrativa. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”. *In: Responsabilidade civil dos médicos*, Centro de Direito Biomédico [da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra]. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, págs. 127-255. CABANELAS, Fernando Manuel Barroso. Responsabilidade civil nos hospitais privados. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 29. ano. 15. p. 87-110. Coimbra: Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, jan./jul. 2018.

<sup>191</sup> MOREIRA, Vital. A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal. *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 5 (jan-mar). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 119.

<sup>192</sup> Dito por todos, modelo inspirado no “New public management”. Para aprofundamento do tema, veja: GONÇALVES, Pedro. Entidades privadas com poderes públicos. Coimbra: Almedina, 2008 (reimpressão da edição de outubro de 2005). SIMÕES, Jorge Abreu. As parcerias público-privadas no sector da saúde em Portugal. *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, n.º 4. Lisboa: Escola Nacional de Saúde Pública/UNL, 2004. RODRIGUES, Nuno Cunha. Breves notas sobre o estatuto do gestor público: a caminho do new public ma-

de hospitais públicos por empresas privadas (sistema BOT – build, operate, transfer); (iii) recursos mais frequentes. Porém, alguns autores alegam as falhas de mercado<sup>193</sup> e outros ponderam<sup>194</sup> por uma regulação da saúde que deve equilibrar a economia (utilização dos recursos disponíveis) e o social (qualidade absoluta na prestação de cuidados).

A legislação vigente<sup>195</sup> preceitua que a ERS é uma pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente, com autonomia de gestão, financeira, além de independência patrimonial (art. 56º), funcional, orgânica e técnica, bem como com poderes regulação (art. 10º), regulamentação (art. 17º), supervisão (art. 19º), fiscalização (art. 21º) e sancionador (art. 22º), em todo território nacional<sup>196</sup>, sendo o conselho de administração<sup>197</sup> responsável pela definição da sua atuação (art. 34º), adstrita, organicamente, ao Ministério responsável pela saúde (art. 68º).

Registre-se que apesar da autonomia e independência, o Governo pode fixar<sup>198</sup> a política pública, como o fez editando a nova Lei de Bases da Saúde<sup>199</sup>. Outra situação peculiar diz respeito a validade das normas de eficácia externa (art. 18º), sendo obrigatório a ERS proporcionar a intervenção do Governo, das empresas, das associações específicas de utentes, associações de consumidores, outras entidades e do público em geral.

---

nagement. Estudos em Homenagem ao Professor Sousa Franco, vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2006 (p. 424-432). RAMOS, Vasco Moura. Da compatibilidade do New Public Management com os princípios constitucionais. Coimbra, 2002.

<sup>193</sup> RODRIGUES, Nuno Cunha. Regulação da Saúde. In FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo Gentil. Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?. Coimbra: Almedina, 2009, p. 621-626. E, também, em FERREIRA, Ana Sofia, op. cit., p.44

<sup>194</sup> NUNES, Rui (Coord). Política de saúde. Porto: Universidade Portucalense, 2003, p. 130. LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 690.

<sup>195</sup> Cf. Art. 1º do Decreto-Lei nº 126/2014.

<sup>196</sup> “sem prejuízo das atribuições e competências dos órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, estabelecidas nos respetivos Estatutos Político-Administrativos.” (art. 4º, nº 4, da Lei nº 126/2014).

<sup>197</sup> Consulte sobre sua composição (art. 35º), incompatibilidades de impedimentos (art. 36º), duração do mandato (37º), cassação (art. 38º), estatuto dos membros (art. 39º), competências (art. 40º) e funcionamento (art. 41º), todos a Lei nº 126/2014.

<sup>198</sup> Cf. Art. 6º, nº 4, da Lei nº 126/2014.

<sup>199</sup> Lei nº 95/2019, de 04 de setembro.

Os regulados pela ERS são, salvo as exceções legais<sup>200</sup>, todos os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, do setor público, privado, cooperativo e social, independentemente da sua natureza jurídica, nomeadamente hospitais, clínicas, centros de saúde, consultórios, laboratórios de análises clínicas, equipamentos ou unidades de telemedicina, unidades móveis de saúde e termas. Pontua-se que a empresa que oferta contrato de seguro de saúde não está subordinada à ERS, mas sim, a outra entidade reguladora, a ASF, que será tratada mais adiante.

Percebe-se uma preocupação com o acesso (art. 12º) e a qualidade (art. 14º) dos cuidados de saúde a serem prestados aos utentes<sup>201</sup> e consumidores, para esse último prevendo acordo cooperação (art. 9º) com a Direção-Geral do Consumidor e com as associações de consumidores, na divulgação dos seus direitos, além de apreciar as queixas e reclamações (art. 13º e 30º) e intervir na mediação<sup>202</sup> ou conciliação de conflitos (art. 28º). Para Vital Moreira<sup>203</sup> a existência de uma autoridade reguladora da saúde é justificada para assegurar a defesa dos direitos e interesses legítimos dos utentes, competindo a ela, entre outros, definir os seus direitos básicos e apreciar as queixas que lhe sejam dirigidas diretamente<sup>204</sup>.

Resta, ainda, previsto no artigo 71º a obrigatoriedade de transparência pela ERS, cabendo manter atualizado em página eletrônica, dentre outros dados, toda legislação que afeta sua regulação, estatutos, regulamentos, planos

---

<sup>200</sup> Cf. Art. 4º, nº 3, a) e b), da Lei nº 126/2014.

<sup>201</sup> De acordo com o artigo 61º, da Lei nº 126/2014, é passível de contraordenações a violação dos deveres que constam da «Carta dos direitos de acesso», com coima de (euro) 750 a (euro) 3740,98 ou de (euro) 1000 a (euro) 44 891,81, consoante o infrator seja pessoa singular ou coletiva.

<sup>202</sup> Regulamento nº 628/2015, de 17 de setembro, que dispõe sobre “Regulamento de Resolução de conflitos da Entidade Reguladora da Saúde: Estabelece as condições e requisitos de funcionamento do procedimento de resolução de conflitos da Entidade Reguladora da Saúde, incluindo a mediação ou conciliação de conflitos.”. De acordo com o Sistema de Gestão de Reclamações – Relatório 2020, no próprio ano de 2020, foram submetidos à ERS 59.539 reclamações. Para detalhamento, consulte: <https://www.ers.pt/media/ydmsmf44/relatorio-C3%B3rio-sgrec-2020.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2010.

<sup>203</sup> MOREIRA, Vital. A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal. *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 5 (jan-mar). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 129.

<sup>204</sup> Sobre o assunto: FERREIRA, Emília; VIANA, Liliana Matos; MELO, Sofia. A resolução alternativa de litígios na saúde: o sistema de mediação de conflitos da Entidade Reguladora da Saúde. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. vol. 84. ano. 19. p. 115-134. Coimbra: Associação Portuguesa de Direito do Consumo, 2015.



e relatórios de atividades, orçamento, balanços e informações referente à sua atividade sancionatória.

Em última palavra, consigna que a ERS não determina a delimitação positiva das prestações de cuidados de saúde a serem prestadas pelos setores público ou privado, mas fiscaliza o real acesso e a qualidade dos estabelecimentos de saúde do SNS e dos contratados para esse fim somente para o setor público. Os estabelecimentos privados que mantêm contrato com o segurador são fiscalizados para outros fins, *v.g.*, autorização de funcionamento.

#### *2.4.1.2. Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensão*

O mercado de seguros em geral tem presença marcante no território português, que remonta há várias décadas.<sup>205</sup> Como ocorreu para outras atividades empresariais, o Estado entendeu pela necessidade de acompanhá-lo mais de perto, inicialmente nacionalizou<sup>206</sup> as companhias de seguros e, em seguida, criou, por meio do Decreto-Lei nº 11-B/76, o Instituto Nacional de Seguros<sup>207</sup>, destacando no preâmbulo que as empresas seguradoras desenvolvem atividade social, devendo se ajustarem institucionalmente para garantir a segurança das relações econômicas e a vida dos trabalhadores. Posteriormente, foi criada<sup>208</sup> na dependência do Ministério das Finanças a “Inspeção-Geral de Seguros”, com a justificativa da extinção da “Inspeção-Geral de Crédito e Seguros”, sem prejuízo das atribuições do Instituto. No ano de 1982, extinguiu-se os dois órgãos e em substituição foi criado o Instituto de Seguros de Portugal (ISP)<sup>209</sup>, com previsão no seu Estatuto dos poderes, dentre outros, de regulamentação<sup>210</sup>, fiscalização e supervisão da atividade seguradora, ressegu-

---

<sup>205</sup> Não somente em Portugal, mas em outros tantos países, inclusive alerta João Espanha: “a criação de um verdadeiro mercado interno dos Seguros é um objetivo antigo da Comissão Europeia.” ESPANHA, João. Ramo vida em livre prestações de serviços. Velhas e novas questões fiscais. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier: Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal. Coimbra: Edições Almedina, 2013, p. 681.

<sup>206</sup> Decreto-Lei nº 135-A/75, 15 de março.

<sup>207</sup> O Estatuto do Instituto Nacional de Seguros foi publicado através do Decreto-Lei nº 400/76, de 26 de maio.

<sup>208</sup> Decreto-Lei nº 513-B1/79

<sup>209</sup> Decreto-Lei nº 302/82, de 30 de julho. Posteriormente, foi revogado pelo Decreto-Lei nº 251/97 e este, por sua vez, pelo Decreto-Lei nº 289/2001.

<sup>210</sup> Maria José Rangel de Mesquita esclarece que a “competência para a aprovação de atos legislativos em matéria da actividade seguradora incumbe, de acordo com a Constituição

radora<sup>211</sup>, mediação de seguros e de fundos de pensões.

Com a edição da lei-quadro das entidades reguladoras<sup>212</sup>, o Instituto de Seguros de Portugal se manteve por um breve período, sendo que as suas competências, por força do Decreto-Lei n.º 1/15, de 06 de janeiro, passaram a ser exercidas pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), com o devido amparo constitucional (art. 267.º)<sup>213</sup>. Pontua-se que no

---

vigente, ao Governo, na medida em que não se enquadre na reserva de competência, absoluta ou relativa, da Assembleia da República – sem prejuízo, neste último caso, de autorização legislativa nos termos constitucionalmente previstos”. MESQUISTA, Maria José Rangel de. *Regulação da Actividade Seguradora: Traços Fundamentais. Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. FERRERIA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo. Coimbra: Almedina, 2009, p. 187-188.

<sup>211</sup> O Decreto-Lei n.º 2/2009, de 05 de janeiro, transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2005/68/CE, de 16 de novembro. O referido diploma legal procedeu, ainda, à revisão pontual do regime jurídico do acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora, em particular quanto às matérias relativas ao sistema de governo e conduta de mercado, alterando o Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de abril, que ainda continua vigente. Após, sofreu pontuais alterações pelo Decreto-Lei n.º 52/2010, de 26 de maio. (artigos 3.º, 13.º, 14.º, 43.º, 44.º, 48.º, 49.º, 50.º e 159.º – para adequação da Diretiva n.º 2007/44/CE – no que se refere a normas processuais e critérios para a avaliação prudencial dos projetos de aquisição e de aumento de participações qualificadas em entidades do sector financeiro.).

<sup>212</sup> Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto. Ao consultar à referida lei e outras que envolvem o Instituto Nacional de Seguros (ISP) pode ocorrer de não constar a nova denominação ASF, isto em virtude do teor do artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 1/15 que diz: “As referências ao ISP em diplomas legais ou regulamentares, atos administrativos, documentos contratuais ou de outra natureza, consideram-se correspondentemente feitas para a ASF”. Nesse sentido, pode ocorrer com relação ao conselho diretivo do antigo ISP, devendo ser consideradas as respectivas correspondências, em diplomas legais ou regulamentares, atos administrativos, documentos contratuais ou de outra natureza, conforme consignado no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 1/15.

<sup>213</sup> “*A lei pode criar entidades administrativas independentes*”. Constituição da República portuguesa de 1976. Sobre a criação de entidades independentes, cite-se: “Este, poderá ser enunciado como o desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indirecta na actividade económica produtiva – indirecta, porque se exclui a participação pública directa na actividade empresarial – incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela actividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma actividade em função de determinados objectivos públicos”. FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). *Regulação em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2009. p.22. No mesmo sentido: FERRÃO, Marisa Caetano. As entidades administrativas independentes com funções de regulação económica e dualidade de jurisdições: Breves notas. Revista “O Direito III”, Almedina, p.601-637, 2007.p.607. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A responsabilidade civil das entidades reguladoras: separata de “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia”. Coimbra, Portugal:

preâmbulo do diploma legislativo assevera que as alterações mais relevantes dizem respeito ao regime jurídico base aplicável e exacerbar as características de independência<sup>214</sup> orgânica, inexistência de relações de superintendência ou tutela governamental, bem como operacional e financeira da ASF.

No Estatuto aprovado, como Anexo do Decreto-Lei nº 1/15, dispõe que a ASF é uma pessoa coletiva de direito público, com natureza de entidade administrativa independente (art. 1º), com atuação em todo território nacional (art. 5º), exercendo suas competências no Espaço Económico Europeu, podendo ainda, atuar no território do país que a seguradora, com sede em Portugal, possua uma sucursal (art. 5º, nº 2).

A descrição da sua missão se faz necessária, a saber: “assegurar o regular funcionamento do mercado segurador e dos fundos de pensões, através da promoção da estabilidade e solidez financeira das entidades sob a sua supervisão, bem como da garantia da manutenção de elevados padrões de conduta por parte das mesmas, com vista ao objetivo principal de proteção dos tomadores de seguros, segurados, subscritores, participantes, beneficiários e lesados.”. Com a tarefa de promover “estabilidade e solidez financeira” das seguradoras, ou seja, manter a perenidade e sustentabilidade do mercado de seguros, mediante a exigência de boa-fé nas diversas relações, tem-se como um dos seus objetivos a proteção do vulnerável.

Destaca-se que a ASF não é exclusiva para regular somente o setor de seguro de saúde, como acontece no Brasil por meio da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), sendo essa mais uma, dentre outras, atribuições que exerce diante da sua competência de regulação do macro mercado de seguros. A par disso, cumpre dizer que todos os seguros são privados, não havendo atuação do Estado empresário nesta atividade econômica, aproximando a ASF de uma verdadeira autoridade reguladora independente, como nominada no artigo 1º do seu Estatuto.

Diante da abrangência da atuação da ASF, necessário esclarecer que o objeto a discorrer diz respeito as empresas que ofertam seguros de saúde<sup>215</sup>, in-

---

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010. p.115.

<sup>214</sup> A consolidação de independência segue as mesmas regras ditas para a Entidade Reguladora de Saúde (ERS), tornando-se desnecessário sua repetição. Para detalhes, consulte o artigo 4º do Estatuto da ASF, anexo ao Decreto-Lei nº 1/15.

<sup>215</sup> Em pesquisa na página eletrônica da ASF, apurou-se existência de 37 empresas autorizadas a atuarem nesse segmento de seguro em Portugal, sendo 21 nacionais. Disponí-

dividual ou por grupo, enquadrado<sup>216</sup> no ramo <<Não vida>>, com a terminologia de <<Doença<sup>217</sup>>>, nas modalidades: a) prestações convencionadas (com contribuição mensal do tomador ou da pessoa segura com liberdade para optar pela rede conveniada constante de um guia de profissionais e estabelecimentos de saúde)<sup>218</sup>; b) prestações indenizatórias (reembolso – segurador indeniza a pessoa segura numa parte das despesas de saúde suportadas por ele, mediante apresentação de comprovantes) e c) combinações de ambas (misto)<sup>219</sup>.

Na pesquisa denominada “Evolução do Seguro de Saúde em Portugal”, realizada por Ana Rita Ramos e Cristina Silva, divulgada<sup>220</sup> em 2009, apontou que no ano de 1990 cerca de 500 mil pessoas estavam abrangidas no seguro de grupo, tendo quadruplicado o número de segurados em 2008, 2 milhões, com 48% inscritos em seguros individuais, a maioria destes na modalidade prestações convencionadas (55,2%)<sup>221</sup>. O total, à época, representava 18,3% de toda população residente em Portugal, sendo que as seguradoras despenderam 365 milhões de euros no ano de 2008 com cuidados de saúde.

De acordo com a estatística<sup>222</sup> apresentada pelo antigo ISP, no ano de 2012, estavam cobertos, no ramo de seguro de saúde, 2.122.025 consumidores, com custo de sinistro na ordem de 78,5%, com a média de prêmio no

---

vel em: <https://www.asf.com.pt/NR/exeres/F806F3FE-B908-409F-BD31-.4D602964046F.htm?prntvrsn=1&FRAMELESS>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>216</sup> A definição está prevista no Regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora, que consta como Anexo I, da Lei nº 147/2015.

<sup>217</sup> Torna-se curioso que a denominação legal seja “seguro doença” e não “seguro saúde”. Faz até certo sentido porque na maioria das vezes o consumidor utiliza seu seguro quando é acometido de uma doença ou acidente pessoal, e não em busca da prevenção, que deveria ser a causa primeira para usufruir deste serviço.

<sup>218</sup> Pedro Pitta Barros informa que o “termo “managed care” tem sido traduzido para Portugal como seguros de redes convencionadas, distinguindo-se assim do seguro tradicional, baseado no reembolso das despesas em cuidados de saúde” BARROS, Pedro Pitta. *Economia da saúde: conceitos e comportamentos*. 4ª ed. – (Olhares sobre a saúde). Coimbra: Almedina, 2021, p.195.

<sup>219</sup> Detalhamento sobre a espécie do seguro de saúde “não vida” está no capítulo 4.

<sup>220</sup> RAMOS, Ana Rita; SILVA, Cristina. *Evolução do Seguro de Saúde em Portugal*. Fórum – Revista Semestral do Instituto de Seguros de Portugal, Ano XIII, nº 27. p. 33-43. Lisboa: Instituto de Seguros de Portugal, 2009.

<sup>221</sup> Na modalidade sistema misto (34,2%) e nas prestações indenizatórias (10,2%). Nos seguros de saúde de grupo também a maioria está inscrita na modalidade prestações convencionadas (51,4%), seguido pelas prestações indenizatórias (30,4%) e misto (17,8%).

<sup>222</sup> Disponível em: [http://www.isp.pt/Estadisticas/seguros/estadisticas\\_anuais/historico/ES%202012/C6.pdf](http://www.isp.pt/Estadisticas/seguros/estadisticas_anuais/historico/ES%202012/C6.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

valor de €250 euros. O último balanço estatístico<sup>223</sup> disponibilizado pela ASF é do ano de 2019, constando 2.890.774<sup>224</sup> consumidores, sinistro em 73,4% e média de prêmio de €301 euros.

O Relatório de Evolução da Atividade Seguradora (REAS), quarto trimestre 2020, apontou que a produção<sup>225</sup> de seguro direto do ramo <<Doença>> apresentou um aumento de 8,5% em relação ao de 2019<sup>226</sup>, sendo que os custos com sinistros<sup>227</sup> e prémios pagos diminuiu 5%, situando-se em 67,1%, mantendo-se estável o mercado.

Identificou-se 37 (trinta e sete) autorizações para seguradoras<sup>228</sup> junto à ASF, sendo que somente 04 (quatro) possuem autorização específica para <<não vida>> – <<doença>>, sendo duas de Portugal (Multicare e Planicare), uma com país sede em Luxemburgo (AIG Europe) e a última sediada na Espanha (ASISA)<sup>229</sup>, porém, ambas com sucursais em Portugal.

Com o crescente aumento deste ramo, a ASF divulgou, na sua página eletrônica, o documento denominado “Desafios para a Supervisão e Regulação dos Seguros de Saúde em Portugal: documento para reflexão, discussão e consulta pública”<sup>230</sup>, afirmando que tem dedicado uma maior atenção a esse assunto, com

---

<sup>223</sup> Disponível em: [https://www.asf.com.pt/ISP/Estatisticas/seguros/estatisticas\\_anuais/historico/ES2019/EstatSeguros2019.pdf](https://www.asf.com.pt/ISP/Estatisticas/seguros/estatisticas_anuais/historico/ES2019/EstatSeguros2019.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>224</sup> Do total: 1.275.987 (apólice individual) e 1.614.787 (apólice em grupo). Dados oficiais de 2019 para a população de Portugal: 10,28 milhões.

<sup>225</sup> Em milhares de euros: 2019 – 876.466 e 951.080 (2020). Disponível em: [https://www.asf.com.pt/ISP/Estatisticas/seguros/estatisticas\\_trimestrais/historico/REAS\\_4T2020.pdf](https://www.asf.com.pt/ISP/Estatisticas/seguros/estatisticas_trimestrais/historico/REAS_4T2020.pdf), pág. 16. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>226</sup> José Martins Coelho, em 2010, já advertia que “crescimentos dos seguros de saúde são uma realidade mais recente mas já com uma dimensão significativa (a despesa privada representa cerca de 30% do <<mercado de saúde>>”. COELHO, José Martins. Auditoria e avaliação das atividades em saúde. In: CABRAL, Nazaré da Costa; AMADOR, Olívio Mota; MARTINS, Guilherme Waldemar D’Oliveira (Orgs.). A reforma do setor de saúde: uma realidade iminente. (Cadernos do IDEFF). Coimbra: Almedina, 2010, p. 343.

<sup>227</sup> Em milhares de euros: 637.906 (2020). Disponível em: [https://www.asf.com.pt/ISP/Estatisticas/seguros/estatisticas\\_trimestrais/historico/REAS\\_4T2020.pdf](https://www.asf.com.pt/ISP/Estatisticas/seguros/estatisticas_trimestrais/historico/REAS_4T2020.pdf), pág. 18. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>228</sup> Em 2008 existiam 20 (vinte) seguradoras com autorização, conforme estudo de Ana Rita Ramos e Cristina Silva. RAMOS, Ana Rita; SILVA, Cristina, op. cit, p. 36.

<sup>229</sup> Das 37 (trinta e sete) seguradoras, temos: Tipo de autorização – Não vida (27), Mista (10). Ramo: Doença (23), Acidentes e doença (15). Países sede da seguradora: Portugal (21). França (07), Espanha (04), Irlanda (03), Luxemburgo (02).

<sup>230</sup> Destaca-se o seguinte texto: “Merece também atenção a análise das estratégias de implementação e desenvolvimento no mercado dos seguros de saúde ao nível dos seguros

o “objetivo final de proteção dos consumidores e do equilíbrio do funcionamento do mercado”. Esclarece que lançou inquéritos aos profissionais de seguros, aos profissionais de saúde, aos consumidores, no intuito de lhe permitir identificar as suas necessidades e desempenhar um efetivo acompanhamento. Consignou que os seguros de saúde atuam na complementariedade das coberturas públicas, sendo que atribui o aumento no número de segurados a maior liberdade de escolha na rede de prestadores, com o menor tempo de atendimento.

Especificamente sobre as cláusulas delimitadoras negativas da prestação, o documento da ASF expõe que merece atenção para as estratégias e desenvolvimento deste mercado, entre outras questões, as relativas a coberturas e exclusões gerais, contudo, não deparamos com nenhum normativo ainda vigente sobre o tema, apenas, na página eletrônica<sup>231</sup>, na área Portal do consumidor, constam algumas perguntas e respostas<sup>232</sup>. De acordo com o artigo 39º do RJCS, somente para os seguros obrigatórios pode impor a utilização de cláusulas padrões, todavia, o artigo 40º permite a realização do controle abstrato<sup>233</sup>,

---

individuais e dos seguros de grupo, procurando enquadrar os aspetos essenciais relativos ao desenho dos produtos bem como implicações éticas, clínicas e legais. Em particular, merecem especial atenção as questões relativas aos períodos de carência e pré-existências, **coberturas e exclusões gerais**, copagamentos e franquias, risco moral e seleção adversa.” (g. n.).

Disponível em: <https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/3AC24F57-5AAC-4955-9F75-7F3D-4CB28E7D/0/NotadeEnquadramentoConsultaP%C3%BAblicaSegurosdeSa%C3%BAde.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>231</sup> Disponível em: <https://www.asf.com.pt/NR/exeres/1678BAB5-6479-4EC-0-9472-7F7D2DE6883B.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>232</sup> “O que está normalmente excluído de um seguro de saúde?” Normalmente, o seguro de saúde não cobre: *doenças profissionais e acidentes de trabalho; perturbações nervosas e doenças de foro psiquiátrico; check-up e exames gerais de saúde; perturbações originadas por abuso de álcool ou drogas; acidentes ou doenças resultantes da participação em competições desportivas; tratamento ou cirurgia para emagrecimento; fertilização ou qualquer método de fecundação artificial; transplante de órgãos ou medula; tratamento ou cirurgia estética, plástica ou reconstrutiva e suas consequências (salvo se for necessário devido a doença ou acidente cobertos pelo seguro); estadias em estabelecimentos psiquiátricos, termas, casas de repouso, lares de terceira idade, centros de desintoxicação de alcoólicos ou toxicodependentes;*”. Disponível em: <https://www.asf.com.pt/NR/exeres/2330073D-C1D0-499B-A848-87CBD0927F98.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>233</sup> O Decreto-Lei n.º 446/85, disciplina o ordenamento das cláusulas contratuais gerais. Quando da sua edição, em 1985, constava no artigo 3º, al. “c) A cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada”. Portanto, não era passível de discussão judicial se a cláusula constante do contrato por adesão havia sido determinada por entidade pública. Tal dispositivo vigorou por dez anos, eis que foi revogado com o advento do Decreto-Lei n.º 220/95, que transpôs para o ordenamento jurídico interno a Diretiva 93/13/CEE, de 05 de Abril.

haja vista que pode exigir das seguradoras as condições gerais contratuais que se proponha a utilizar nas suas relações com os tomadores de seguros.

Importante registrar o entendimento do ISP, que foi recepcionado pela ASF, sobre a utilização do conceito de serviços clinicamente necessários nos clausulados do contrato de “doença”<sup>234</sup>, que serve como orientação para definir se há ou não cobertura quando ocorrer divergência entre os profissionais médicos.

Registre-se, também, que em 2012, ainda sob os auspícios do Instituto de Seguro de Portugal, o seguro de saúde, foi responsável por 431 reclamações

---

#### <sup>234</sup> “UTILIZAÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇOS CLINICAMENTE NECESSÁRIOS NOS CLAUSULADOS DOS CONTRATOS DE SEGURO DE DOENÇA

Em algumas apólices do seguro de doença, é possível verificar a existência de uma exclusão dos actos clínicos que não sejam considerados pelo segurador ou pela entidade gestora do contrato como serviços clinicamente necessários, sem que tal signifique, necessariamente, que as mesmas conferem poderes interpretativos exclusivos ao segurador. De facto, aquelas cláusulas devem antes ser interpretadas como uma delimitação positiva do âmbito das coberturas do contrato, no sentido de se salvaguardar que os actos clínicos sejam necessários e adequados às circunstâncias verificadas em cada caso em concreto. Por outro lado, os clausulados devem dispor de uma cláusula de arbitragem que permita resolver eventuais diferendos decorrentes da aplicação do contrato, pelo que um segurado que não concorde com o enquadramento levado a cabo, a esse nível, face ao seu estado clínico, sempre terá a possibilidade de recorrer àquele sistema de resolução de conflitos. No entanto, cláusulas de tipo aberto, como as atrás mencionadas, poderão suscitar dúvidas interpretativas quanto à concretização das situações que estarão ou não abrangidas, inibindo eventualmente o segurado de avançar para um tratamento médico que lhe seja prescrito ou indicado pelo médico que o acompanha, mas que seja considerado “desaconselhado” pelo segurador ou pelo gestor de serviços de saúde a que este recorre, ou que o leve a propor o recurso à arbitragem, com a consequente demora na prestação de cuidados de saúde eventualmente inadiáveis.

Dever-se-ão, ainda, ter presentes as consequências decorrentes da aplicação do regime constante da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais relativamente a algumas das cláusulas utilizadas pelo mercado segurador com o objectivo referido. Dado o exposto, entende-se ser mais adequado que as cláusulas daquele tipo passem a mencionar que estão cobertos os actos clínicos considerados necessários, face ao quadro clínico do segurado e de acordo com os protocolos e padrões reconhecidos pela comunidade médica, como, aliás, já figura em algumas apólices de seguros de saúde. Este entendimento é válido, de igual modo, para quaisquer outras exclusões ou cláusulas limitativas do contrato que prevejam que cabe ao segurador ou aos seus administradores ou gestores de serviços de saúde a definição de conceitos ou o enquadramento de situações para que uma determinada cobertura possa ser accionada, sem que esteja prevista a exigência de um critério ou de fundamentação explicitamente sustentados em princípios médicos.” (Entendimento publicado no Relatório de Regulação e Supervisão da Condução de Mercado – 20/11/2009). Disponível em: <https://www.asf.com.pt/NR/exeres/840E7F9A-3BC6-4FC2-81B9-C7C5FF4BF6A9.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

(4,6%) do total de 8.106 de todos os ramos de seguros<sup>235</sup>. No ano de 2020, a ASF divulgou que foram tratadas 653 reclamações<sup>236</sup> contra 458 do ano de 2019, correspondendo a 7,1% do total geral, explicitando<sup>237</sup> que a maior parte estão relacionadas sobre: i) conteúdo do contrato (28,2%); ii) à regularização do sinistro ou à indenização (22,2%); iii) diversos aspectos relacionados com o prêmio (11,8%) e iv) aos deveres de informação, quer na celebração (4,1%) quer durante a sua vigência (7,5%). Destaca que a insatisfação dos consumidores está relacionada a “insuficiente fundamentação das exclusões ou da restrição de garantias decorrente das técnicas de avaliação, seleção e aceitação de riscos próprios do mercado segurador.”. Essa constatação pela ASF reforça a importância do tema central do estudo, eis que já desponta como o item mais reclamado junto ao órgão regulador<sup>238</sup>.

Impõe-se, para a devida reflexão, demonstrar que a regulamentação, por ser geral, implica em questões práticas que devem ser mais bem avaliadas pela ASF, direcionando regras específicas que esse tipo de contratação carece, eis que possui particularidades que envolvem à manutenção da vida, desta forma possa permitir alcançar de maneira mais justa os seus principais objetivos: proteção do consumidor e equilíbrio do funcionamento do mercado.

---

<sup>235</sup> O seguro de automóvel foi o mais reclamado, com 5.029 registros (53,6%), seguido do ramo <vida> que apresentou um total de 1.101 reclamações (11,7%).

<sup>236</sup> Disponível em: [https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/4846D5B0-3684-46D4-A6A-1-B3A5ECDD6371/0/RGR\\_anual2020.pdf](https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/4846D5B0-3684-46D4-A6A-1-B3A5ECDD6371/0/RGR_anual2020.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021. Para uma singela comparação, a ANS, no Brasil, divulgou que em 2020 recebeu 150.756 reclamações.

<sup>237</sup> Disponível em: <https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/3AC24F57-5AAC-4955-9F-75-7F3D4CB28E7D/0/NotadeEnquadramentoConsultaP%C3%BABlicaSegurosdeSa%C3%BAde.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021. A ASF explicou que: “A complexidade dos produtos delineados, no contexto de seguros de saúde, torna difícil a harmonização absoluta dos critérios de cobertura e de garantias.”.

<sup>238</sup> Em contato por e-mail com a Associação Portuguesa de Seguradores, gentilmente, obtivemos a informação que no ano de 2019 as empresas receberam 3.269 reclamações diretas dos segurados do ramo <<Doença>> e o provedor 79 reclamações. Revelam que 1.632 respostas foram favoráveis contra 1.614 desfavoráveis e 23 não respondidas. Com o provedor foram 64 desfavoráveis e 15 favoráveis. Nos processos em contencioso, no ano de 2018 teve-se início mais 16 (Julgado de Paz e Tribunal, ambos de Lisboa e Porto), sendo 49 processos em curso. A título de exemplo, veja a sentença no processo nº 1429/2017-JPLSB, que condenou a seguradora a arcar com as despesas de intervenção cirúrgica após o parto, por entender que a mesma não recaía sobre o “plafond” específico da cobertura “Gravidez, Parto e Int. Gravidez” e sim na “Assistência Médica Hospitalar”. Consulte, também, a sentença no processo nº 676/2009-JP (Vila Nova de Gaia), sobre materiais especiais utilizados em cirurgia ortopédica não reconhecido pela seguradora, porém, o pedido da consumidora foi julgado procedente.



## 2.4.2. Brasil

### 2.4.2.1. Agência Nacional de Saúde Suplementar

Da mesma forma que em Portugal, a prestação de serviços de assistência à saúde não é monopólio do Estado, a Constituição da República brasileira<sup>239</sup> sedimentou a presença da iniciativa privada<sup>240</sup> nesse ramo de atividade, de forma suplementar, não ficando sujeita ao ordenamento próprio do serviço público de saúde, mais conhecido como SUS.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)<sup>241</sup> é a entidade<sup>242</sup> reguladora no Brasil, porém, sua atribuição está restrita às empresas privadas que atuam como operadoras<sup>243</sup> de planos ou seguradoras de saúde, ficando o serviço público e os estabelecimentos de saúde privados<sup>244</sup> sob a supervisão e fiscalização do Estado, nas suas esferas independentes: federal, estadual e municipal. Portanto, não há muita similaridade na regulação entre a ANS e a ASF, eis que a competência da ASF é mais ampla, englobando entre outros ramos, o seguro de saúde, já a ANS atua somente para regular o mercado de saúde suplementar, divergindo ainda mais em relação a ERS, que tem como principal atuação o setor público.

---

<sup>239</sup> Artigo 199, da Constituição da República Brasileira.

<sup>240</sup> “Ao consentir com a execução indireta dos serviços de saúde, inclusive mediante atuação de terceiros voltada à obtenção de lucro, a CONSTITUIÇÃO FEDERAL certamente buscou se valer do dinamismo, da capacidade de investimento e de especialização característicos do empreendedorismo privado, cujo aproveitamento tanto tem a contribuir com o atendimento médico de alta complexidade. Todavia, a CONSTITUIÇÃO CIDADÃ não deixou de resguardar a possibilidade de que certos aspectos dessa atividade fossem submetidos a uma disciplina mais rigorosa do que aquela aplicável ao setor terciário em geral, tendo em vista a essencialidade dos serviços de proteção à saúde para a coesão social e a necessidade de proteção dos consumidores. Como afirmei na ADI 1931 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe DE 8/6/2018), não se cuida de um serviço a ser prestado tão somente visando ao lucro; não é um serviço simplesmente monetário, porque há exatamente esse comando constitucional do bem-estar da sociedade, há esse comando constitucional da saúde.” Trecho extraído do voto-vista proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes no Recurso Especial nº 948.634, publicado no Diário da Justiça eletrônico em: 18 nov. 2020.

<sup>241</sup> Criada pela Lei Federal n.º 9.961/2000.

<sup>242</sup> No Brasil não utiliza a nomenclatura “Entidade” ou “Autoridade” e sim “Agência”, todas elas estão elencadas na Lei Federal nº 13.848/2019.

<sup>243</sup> Conceito no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.656/98.

<sup>244</sup> Hospitais, clínicas, laboratórios, consultórios, todos que atuam como prestadores de saúde são obrigados a possuírem um registro perante o órgão público onde está sediada sua empresa.

Diante a proliferação da atividade econômica explorada por empresas privadas no segmento da saúde suplementar, entendeu o legislador a necessidade de estabelecer regras específicas para este mercado, surgindo-se assim, a Lei nº 9.656/98, com vigência a partir do dia 01 de janeiro de 1999 e, em seguida, a criação da ANS pela Lei nº 9.961/2000, sendo que ambas as legislações transferiram para o órgão regulador o poder normatizador. A regulação do setor provocou um aumento na qualidade da prestação, desfavorecendo que os piores ofertantes se mantivessem neste mercado.

A ANS, além da atribuição de regulamentação, atua, em todo território nacional, na regulação, no controle e fiscalização das atividades para a efetiva garantia da assistência à saúde suplementar. Possui, como a ASF e ERS, autonomia administrativa, financeira, patrimonial, gestão e nas suas decisões técnicas, porém, com pontuais limites, exemplos, solicitar ao Ministério da Economia autorização para realização de concursos públicos ou para alteração no quadro de pessoal ou planos de carreira de seus servidores.

Dentro da sua estrutura organizacional (art. 5º) está previsto a Câmara de Saúde Suplementar<sup>245</sup>, de caráter permanente e consultivo, integrada (art. 13) por representantes da ANS, do Executivo Federal, dos Conselhos dos profissionais da saúde, das Federações e Confederações do segmento empresarial, dos consumidores, das associações de portadores de deficiência e patologias especiais, enfim, um órgão de participação institucionalizada da sociedade, que auxilia a Diretoria Colegiada da ANS no aprimoramento do mercado de saúde suplementar, contribuindo para decisões mais assertivas que culminam na eficiência da sua função reguladora.

A Lei nº 9.961/2000, que criou a ANS, pormenorizou várias de suas competências<sup>246</sup>, entre elas, citem-se: i) estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras; ii) estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS; iii) normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes; iv) estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados aos empregados demitidos, exonerados ou aposentados; v) estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de

---

<sup>245</sup> Mais detalhes em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-da-sociedade/camara-de-saude-suplementar>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>246</sup> Todas as competências estão previstas no artigo 4º da Lei nº 9.961/2000.

planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados; vi) autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; vii) monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; viii) avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência e ix) proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Para além destas competências e outras descritas na lei, importante dar ênfase sobre o dever legal de estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais perante os consumidores. Antes da regulamentação deste dispositivo, a Lei de Planos de Saúde<sup>247</sup>, anterior a lei de criação da ANS, já determinava que as operadoras registrassem seus produtos (contratos) com dados específicos e que, a partir de 2 de janeiro de 1999, a todos os beneficiários estava garantido o direito de acesso e cobertura assistencial à saúde.

A regulamentação detalhada sobre o registro do produto que a operadora deseja colocar para adesão dos consumidores, veio com a edição da Instrução Normativa nº 23, de 1 de dezembro de 2009<sup>248</sup>, determinando que o contrato deve seguir as orientações do “Manual de Elaboração dos Contratos de Planos de Saúde, constante do Anexo I. Essa situação difere da ASF, que como já dito, somente pode impor cláusulas padrões para os seguros obrigatórios. A liberdade contratual de modelação das operadoras no Brasil é extremamente restrita pelo órgão regulador, sendo que as discussões judiciais envolvendo os conflitos de interesses estão relacionados ao conteúdo impositivo estatal e não pela autonomia privada da empresa. Neste contexto que se precisa aprimorar, avançar nas conversas para a justa convergência da proteção do consumidor e o equilíbrio financeiro do mercado de saúde suplementar.

Ponto marcante de divergência entre a ASF e ANS, diz respeito a possibilidade de aquisição por qualquer pessoa interessada no produto ofertado pela operadora de assistência à saúde, ou seja, não pode haver nenhuma restrição para a adesão ao plano de saúde individual, a operadora deve aceitá-lo independente-

---

<sup>247</sup> Lei nº 9.656/98, art. 19, § 3º e §5º.

<sup>248</sup> Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao>. Acesso em: 05 nov. 2021.

mente da sua idade, condição de saúde<sup>249</sup> e sem imposição de limites de valores (*plafond*). Para os planos coletivos existem algumas regras de elegibilidade com a pessoa jurídica contratante, mas também não pode impedir nas condições acima.

O modelo, diga-se “tradicional”, é consubstanciado na anuência ao contrato de adesão registrado na ANS, ficando à disposição um catálogo de prestadores de serviços para livre escolha, arcando com o pré-pagamento do preço determinado mensalmente<sup>250</sup>, o qual é reajustado anualmente, podendo ou não acumular com o reajuste por faixa etária<sup>251</sup>, com a cobertura assistencial determinada pela lei e atos normativos da ANS.

O âmago que envolve a denominada “judicialização da saúde” está concentrada na sua maioria na cobertura assistencial à saúde, a qual também, é de competência legal da ANS, ao ser consignado o seu dever de elaborar o “rol de procedimentos e eventos em saúde”, previsto no artigo 10 da Lei nº 9.656/98, bem como as suas excepcionalidades. Porém, antes da criação da ANS, o mercado era livre na modelação do clausulado, razão pela qual, passa-se a abordar os aspectos legais e contratuais sobre a cobertura assistencial que vem ocupando, a cada dia, mais espaço na mídia e assoberbando os órgãos públicos de demandas e ações judiciais.

#### 2.4.2.2. Cobertura obrigatória de assistência à saúde: legal e contratual

Com a edição da Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde – LPS), instalou-se um novo paradigma no ordenamento jurídico brasileiro para as

---

<sup>249</sup> Lei nº 9.656/98, art. 14: “Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.”

<sup>250</sup> Note-se que existem alguns contratos com as seguradoras de saúde que o pagamento é por reembolso, havendo apenas uma contribuição anual de manutenção.

<sup>251</sup> A formação do preço deve constar do contrato, conforme Resolução Normativa nº 144, de 2007: “São as formas de se estabelecer os valores a serem pagos pela cobertura assistencial contratada: 1 – pré–estabelecido: quando o valor da contraprestação pecuniária é calculado antes da utilização das coberturas contratadas; 2 – pós–estabelecido: quando o valor da contraprestação pecuniária é calculado após a realização das despesas com as coberturas contratadas, devendo ser limitado à contratação coletiva em caso de plano médico-hospitalar. O pós–estabelecido poderá ser utilizado nas seguintes opções: I – rateio – quando a operadora ou pessoa jurídica contratante divide o valor total das despesas assistenciais entre todos os beneficiários do plano, independentemente da utilização da cobertura; II – custo operacional – quando a operadora repassa à pessoa jurídica contratante o valor total das despesas assistenciais.”

relações de consumo de plano de assistência à saúde, eis que até aquele momento não havia uma legislação específica que abrangesse todo o mercado de saúde suplementar. Havia sim uma intervenção mínima da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP)<sup>252</sup> em relação somente aos seguros de saúde, não envolvendo os contratos de adesão de prestação de serviços de saúde que eram ofertados pelas cooperativas médicas, hospitais privados, autogestões, sendo que as reclamações dos consumidores eram tratadas no Procon, Ministério Público e no Poder Judiciário, com base, precipuamente, no Código de Defesa do Consumidor, pois os fornecedores agiam livre e de forma discricionária para modelar seus contratos, especialmente quanto as prestações de assistência à saúde que se obrigavam.

Em análise dos contratos ofertados antes da edição da LPS conseguiu-se identificar que a maioria baseava na “tabela de honorários médicos” publicada pela Associação Médica Brasileira, dos anos de 1990 ou 1992, a qual é composta de uma imensa lista de procedimentos médicos reconhecidos pela Conselho Federal de Medicina, sendo utilizada como referência pelos médicos para efetuarem cobranças da sua prestação de serviço. Atualmente, os médicos utilizam outra lista, denominada de CBHPM – Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos, para a mesma finalidade, editada pela própria Associação Médica Brasileira<sup>253</sup> em substituição a “tabela de honorários médicos”, com todos os procedimentos nela comprovados cientificamente e utilizada como referencial de melhor qualidade na prestação da assistência à saúde.

Para este tópico, destaca-se os artigos 10, 12 e 16 da referida legislação, que versam sobre a cobertura obrigatória a ser observada pela sociedade empresária que pretendesse continuar ofertando contratos de assistência à saúde ou aquela que iniciaria sua atividade econômica neste ramo, sob pena de processo sancionatório pelo órgão regulador ou medidas judiciais visando garantir a prestação ou custeio das despesas. Para tanto, foi instituído no artigo 10, o “plano referência”<sup>254</sup>, prevendo a cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar,

---

<sup>252</sup> Na redação original da Lei nº 9.656/98, a SUSEP seria o órgão público encarregado de regulamentar, também, os planos de saúde, porém, essa atribuição foi transferida para o CONSU e, em seguida, para a ANS.

<sup>253</sup> Para mais detalhes: [www.amb.org.br](http://www.amb.org.br). Desde 2000, a AMB elabora as Diretrizes Médicas baseadas em evidências científicas com o intuito de padronizar condutas e auxiliar o médico na decisão clínica de diagnóstico e tratamento.

<sup>254</sup> BOTTESINI, Maudy Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. Lei dos planos e seguros de saúde comentada: artigo por artigo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.63.

incluindo partos, tratamentos, internações em centro de terapia intensiva, ou similar, na acomodação enfermaria, de todas “as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde”. Neste mesmo dispositivo o legislador consignou algumas delimitações das prestações<sup>255</sup>, que serão tratadas mais adiante.

Com efeito, o artigo 12 estabelece a possibilidade, e não o dever<sup>256</sup>, da operadora ofertar e contratar outros planos ou seguros, além do “plano referência”, obedecendo as segmentações assistenciais ambulatorial, hospitalar, obstetrícia e odontológica, as quais poderão ser ofertadas conjugadas ou independentes. Assim, pode-se adquirir, por exemplo, um plano ou seguro somente ambulatorial (não cobrindo internações) ou, como a maioria faz, aquisição englobando ambulatorial, hospitalar com obstetrícia. Por meio de dados gerais divulgados pela ANS, referente ao mês de julho de 2021, existem mais de 27 milhões de consumidores inscritos na segmentação exclusivamente odontológica<sup>257</sup>, podendo também ser adquirido conjuntamente com as demais seg-

---

<sup>255</sup> De forma taxativa, o artigo 10 da Lei nº 9.656/98 estabeleceu os procedimentos não cobertos: “I – tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II – procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III – inseminação artificial; IV – tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V – fornecimento de medicamento importado não nacionalizado; VI – fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII – fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII – revogado; IX – tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X – casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente. § 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS”.

<sup>256</sup> Peço *vénia* para relatar, brevemente, situação real ocorrida em Minas Gerais, com relação essa forma opcional de comercialização pelas operadoras por segmentações assistenciais. Determinada operadora somente oferta seus planos conjugados com as segmentações, ambulatorial, hospitalar **com** obstétrica. O consumidor, do sexo masculino, narrou que ele por ser homem não pode engravidar, bem como não fará consulta de pré-natal, tampouco será submetido à realização do parto, solicitando-se assim, o desconto proporcional na mensalidade para não ter que arcar com o custo desses procedimentos previstos no Rol da ANS. Tal situação, se considerada pertinente, nos leva para diversos pensamentos, entre eles, que a operadora deveria disponibilizar plano de saúde mais caro para as mulheres, mais barato para aqueles que não possuem membros inferiores e outros exemplos infundáveis. A reclamação foi arquivada e o consumidor ficou insatisfeito. E a operadora? Não há dúvida que age sob o manto da lei, todavia, essa situação contribui para sua lucratividade, ou, amenizando, para auxiliar no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, haja vista que realmente os procedimentos referentes a segmentação obstétrica não serão utilizados pelos homens contratantes.

<sup>257</sup> Com regulamentação básica na Resolução Normativa nº 59/2003.

mentações. Neste contexto, ainda, em relação ao artigo 12, chama-se à atenção para a expressão inicial “São facultadas”, isto porque, *a priori*, indica que quis o legislador impor como obrigatório o registro junto ao órgão regulador do “plano referência”, podendo, caso queira, solicitar autorização para registrar outros planos ou seguros, como na prática vem ocorrendo. Continuando a leitura do referido dispositivo depara-se que mesmo a operadora ofertando exclusivamente plano ambulatorial, havendo qualquer ampliação de cobertura no “plano-referência”, automaticamente o contrato anterior firmado com o consumidor será modificado para inclusão das novas coberturas. Diante disso, pode-se concluir que o “plano-referência”, por se constituir com as segmentações ambulatorial, hospitalar com obstetria é o alicerce para determinar a cobertura obrigatória para os demais planos ou seguros de saúde.

Para o devido registro do plano junto ao órgão regulador, constata-se que há previsões pontuais de exigências de cobertura em cada segmentação, presume-se que o legislador explicitou regras que já eram objeto de discussão no âmbito do Poder Judiciário e dos órgãos de defesa do consumidor, no intuito de eliminar dúvidas interpretativas sobre a delimitação negativa da prestação, a título ilustrativo, cite-se a vedação de prazo, valor máximo e quantidade de internações hospitalares que o consumidor necessitar durante o seu vínculo contratual, eis que nos clausulados anteriores à edição da Lei nº 9.656/98 era comum inserir cláusula com limitação de tempo de internação<sup>258</sup> em unidade de terapia intensiva (ou similar), em média de 60 (sessenta) dias, transferindo-se o ônus da conta hospitalar, a partir do sexagésimo primeiro dia para o consumidor.

Com relação ao artigo 16 do diploma legal, versa sobre o conteúdo contratual, determinando que se indique com clareza, dentre outros, “os eventos cobertos e excluídos”. Passa-se a detalhar, com apoio a Lei nº 9.961/2000 e atos normativos da ANS, sobre qual deve ser a interpretação da cobertura obrigatória legal e contratual.

Reanalizando o conteúdo original da Lei nº 9.656/98, suas modificações e o atual texto vigente, torna-se necessário o diálogo como a Lei nº 9.961/2000, bem como com os atos normativos expedidos pela ANS, para conseguir evidenciar e afirmar que a cobertura obrigatória está, na sua quase totalidade, salvo exceções na própria lei, adstrita ao “Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde”, que até o desfecho deste item será denominado apenas de Rol da ANS.

---

<sup>258</sup> O detalhamento deste tema está no Capítulo 3 deste trabalho.

Do primeiro texto publicado até o que está em vigor dos acima citados artigos 10 e 12, não se identificou nenhuma menção ao Rol da ANS, nem mesmo em qualquer outro dispositivo da Lei nº 9.656/98, isto porque, constituiu, por um período, e somente no artigo 35-A, incluído pela Medida Provisória nº 1.665/98, no dia seguinte à publicação da lei, ao criar o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), órgão integrante do Ministério da Saúde, com competência, além de outras, para “elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto nesta Lei” e “fixar as diretrizes para a cobertura assistencial”.

Nesse sentido, foi editado, por meio da Resolução CONSU nº 10, de 04 de novembro de 1998, o primeiro Rol<sup>259</sup>, constando como Anexo, com vigência para a contratação dos planos a partir do dia 01 de janeiro de 1999, ou adaptados à nova legislação, restando estabelecido no artigo 1º que “deverá ser utilizado como referência de cobertura pelas operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde de que tratam os artigos 10 e 12 da Lei nº 9.656/98”<sup>260</sup>.

Com o advento da Lei nº 9.961/2000, a competência originária do CONSU passou, por força do inciso III, do artigo 4º, para a ANS, inclusive para tratar das excepcionalidades, bem como para sua ampliação, conforme inclusão do § 4º no artigo 10 da própria Lei nº 9.656/98, tendo procedido, pela primeira vez, a alteração do Anexo do Rol através da Resolução Diretoria Colegiada (RDC)<sup>261</sup> nº 41/2000, denominando-o de Anexo I, pois incluiu na cobertura o Anexo II, para classificar os índices dos procedimentos de alta complexidade. Em seguida, menos de cinco meses, ocorreu a segunda atualização e alteração do Anexo I, sedimentada na RDC nº 67/2001 e pela RDC nº 68/2001, que reformulou o Anexo II. A partir daí, ocorreram inúmeras atualizações<sup>262</sup> do Rol da ANS, sempre precedidas de consulta pública, porém, existe

---

<sup>259</sup> O primeiro Rol, também, teve como referência a tabela de honorários médicos da Associação Médica Brasileira, porém, foi mais detalhado.

<sup>260</sup> A Resolução CONSU nº 15/99, publicada no D.O.U nº 59 – segunda feira – 29/03/99, alterou o texto do artigo 1º da Resolução CONSU nº 10/98, porém, não modificou a essência anterior, senão veja-se: “Art. 1º – O rol de procedimentos médicos, anexo a essa resolução deverá ser utilizado pelas operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde como *referência da cobertura* de que tratam os artigos 10 e 12 da Lei nº 9.656/98.”.

<sup>261</sup> Veja competência da Diretoria Colegiada no artigo 9º do Decreto Federal nº 3.327/2000, publicado no D.O.U em 06 de janeiro de 2000.

<sup>262</sup> Com a reformulação do regimento interno da ANS, passou-se a emitir atos normativos com a denominação de Resolução Normativa, tendo a de número 82/2004 sucedido a RDC nº 67/2001, a qual trouxe uma nova sistemática introduzida pela Diretoria de Produtos



uma insatisfação dos órgãos e associações de defesa do consumidor e do Poder Judiciário sobre sua forma de atualização, alegando que haver vários procedimentos ou tratamentos que são de uso corrente pela medicina, mas não são incorporados<sup>263</sup>, trazendo prejuízos à saúde dos consumidores. Lado outro, as operadoras reclamam que a ampliação do Rol sem a devida contrapartida, dependendo somente do reajuste anual ou por faixa etária, causa desequilíbrio econômico-financeiro para os contratos.

---

da ANS, como explica Liliana Maria Planel Lugarinho: “Com o aprimoramento e evolução das práticas regulatórias da agência, foi percebida pela Diretoria de Produtos uma necessidade de aprimorar a metodologia na revisão do rol de procedimentos. Para efetuar as mudanças na cobertura obrigatória por critérios que tivessem respaldo científico, e subsidiar de maneira irrefutável junto ao amplo conjunto de entidades da comunidade científica, foram realizadas, a partir de abril de 2001, reuniões internas para viabilizar este projeto. Foi, então, elaborado um questionário a partir de bibliografia nacional e internacional. A versão final do questionário piloto ficou constituída por sete indagações que serviriam de arcabouço a ser trabalhado pelo meio acadêmico: 1. Procedimento proposto; 2. Justificativa; 3. Indicações e contra-indicações; 4. Procedimentos alternativos existentes, além de quais seriam os pré-requisitos para a utilização do novo procedimento e uma análise comparativa onde o procedimento se enquadra no protocolo da patologia para a qual está sendo proposto; 5. Relação custo-benefício do novo procedimento (impacto econômico, epidemiológico, segurança, efetividade); 6. Evidência clínica comprovada com experiência comprovada; 7. Análise de custos do novo procedimento propondo uma análise atuarial. Por fim, foram escolhidas duas grandes universidades, a Universidade Federal do Rio de Janeiro, através do Instituto Alberto Luís Coimbra – COPPE – e a Universidade Federal de São Paulo, Escola Paulista de Medicina, através do Centro Paulista de Economia da Saúde – CEPES, para avaliar a metodologia proposta e propor orientações nesta revisão. Após profícuos debates e explicações sobre o papel da ANS, as duas entidades supracitadas produziram trabalho científico de grande qualidade que foi encaminhado para apreciação da Diretoria Colegiada da ANS. Foi, então, produzido um Instrumento de Avaliação por parte da equipe da Gerência Geral Técnico Assistencial – GGTAP, o qual foi apresentado na primeira reunião da Câmara Técnica de Assuntos Médicos (CTAM), realizada em agosto de 2002.”. LUGARINHO, Liliana Maria Planel. *Bioética na incorporação de procedimentos, um olhar exploratório na saúde suplementar*. 2004. 95 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro. p. 50. Ressalte-se que o processo de atualização do Rol foi, recentemente, regulamentado pela Resolução Normativa nº 439, de 03 de dezembro de 2018.

<sup>263</sup> As novas tecnologias, geralmente importadas, são caras e chegam com preços elevados, o que é facilmente percebido quando se trata de produtos eletroeletrônicos usados no nosso dia a dia, tais como celulares, notebooks, televisores, que somente começam a ficar atrativo com preço mais acessível quando há novos modelos de outros concorrentes ou já estão há algum tempo inserido no mercado. Na medicina, também ocorre da mesma forma, porém, não é perceptível pelo consumidor e as entidades e órgãos que lhe representam. A cada tecnologia importada o custo agregado é elevadíssimo, poucos têm o poder de compra, fazendo com que a prestação do serviço seja escassa e muito cara; na maioria dos casos, inviável de ser prestada.

O papel do Estado-Regulador é profundo e extremamente técnico, *grosso modo*, deve aliar os estudos de viabilidade econômica para garantir sobrevivência do setor e a efetiva prestação da assistência, reconhecida cientificamente, para os tratamentos dos problemas de saúde dos consumidores. Em virtude disso, sofre com a ocorrência de ataques midiáticos e apelos sensacionalistas, até por setores políticos, que visam lardear a discussão com argumentos estritamente frágeis e para proveito próprio, e não para buscar alternativas de resolutividade para uma assistência compatível com os custos.

Tem-se, também, a discussão envolvendo a centralidade na dignidade da pessoa humana para o seu melhor bem-estar, eis que estando ciente a operadora da existência de uma solução diagnóstica mais eficaz no mercado, capaz de mitigar ou mesmo eliminar os futuros impactos da doença acometida no consumidor, não caberia examinar somente o custo financeiro daquele procedimento clínico, que não esteja previsto contratualmente, mas avaliar a possibilidade de se evitar gastos posteriores com medicação e internação, que fatalmente gerará para ela um ônus avultado<sup>264</sup>. Propõe-se à reflexão para buscar atingir o a justa convergência de interesses dessa, sem dúvida, *hipercomplexa*<sup>265</sup> relação jurídica de consumo, composta por vários atores, e se todos não souberem, com clareza, os limites das obrigações de cada um, o conflito sempre existirá e não se chegará a almejada harmonização, em respeito aos princípios da boa-fé e equidade.

Neste contexto, torna-se de suma importância registrar a alteração, pela RN nº 167/2008<sup>266</sup>, dada ao artigo 1º, no qual constou para o primeiro Rol da

---

<sup>264</sup> Nuno Manuel Pinto Oliveira, citando Günter Dürig, “Der Grundrechtssatzatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wrtsystems des Grundreche aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetz”: “a dignidade da pessoa humana enquanto tal [seria] atingida se a pessoa humana concreta [fosse] reduzida à condição de objeto, de simples meio, de elemento substituível”. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da biotética. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 15. ano. 8. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 29.

<sup>265</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. A saúde privada suplementar como sistema jurídico hipercomplexo e a proteção à confiança. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 12. ano 27. p.77-101. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2018.

<sup>266</sup> A RN nº 167/2008 revogou a RN nº 82/2004, e em sequência tem-se, a RNº 211/2010; RN nº 338/2013; RN nº 387/2015; RN nº 428/2017 e a vigente RN nº 465/2021. Além de ratificar as coberturas existentes na Lei nº 9.656/98, constam no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde mais de 3.000 procedimentos, tratamentos e terapias, bem como determina a incorporação das ações de promoção da saúde e prevenção de riscos e doenças, inclusive incentivando o parto normal, e lança várias definições e diretrizes para utilização e liberação desses procedimentos e tratamentos por parte das operadoras de planos e seguradoras de saúde.

ANS como sendo ele uma “referência básica”, depois passou a ser considerado como “referência da cobertura”, e a nova redação, da época, como “referência básica para cobertura mínima obrigatória”, que perdurou por mais de doze anos, até a publicação da Resolução Normativa nº 465/2021, em vigência, que “*estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida*”. Percebe-se a evolução pretendida pelo órgão regulador de realmente constituir o “Rol” como uma delimitação positiva obrigatória para todas as operadoras que ofertam plano de assistência à saúde, respeitadas as segmentações contratadas pelo consumidor.

A confirmação desse posicionamento veio com outra alteração relevante, diz respeito a nova redação constante no artigo 2º da RN nº 465/2021, a saber: “Art. 2º Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde.”. Informa-se que até a RN nº 338/2013 não havia essa previsão no ato normativo de atualização do Rol da ANS, sendo que na RN nº 387/2015 acrescentou com o seguinte texto: “Art. 2º As operadoras de planos privados de assistência à saúde poderão oferecer cobertura maior do que a mínima obrigatória prevista nesta Resolução Normativa e nos seus Anexos, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde.”.

Vinte anos após, a ANS expõe com mais clareza, passando a considerar, textualmente, o seu “Rol” como sendo “taxativo”, ou seja, a cobertura obrigatória resta delimitada de forma positiva, qualquer *plus* deve estar previsto contratualmente.

Não acreditando em coincidências, essas duas alterações pontuais acontecem quando o Superior Tribunal de Justiça está discutindo justamente esse tema, eis que a Quarta Turma no Recurso Especial nº 1.733.013-PR decidiu, favoravelmente para compreensão do Rol da ANS ser considerado taxativo, em contrapartida, a Terceira Turma no Recurso Especial nº 1.876.630-SP, entende ser meramente exemplificativo. Esse assunto sempre gerou conflito e divergência entre o Estado-Juiz e o Estado-Regulador, impactando na insegurança jurídica, eis que a operadora não sofre sanções administrativas<sup>267</sup> por não

---

<sup>267</sup> As operadoras que não autorizarem algum procedimento constante do Rol editado pela ANS e forem denunciadas pelo consumidor poderão sofrer multa mínima de R\$80.000,00

autorizar ou reembolsar procedimentos em virtude de não constar no Rol da ANS, em compensação vem sendo condenada a arcar com o custeio ou realização do procedimento, tratamento ou terapia, prescrito pelo médico, bem como à indenização por danos extrapatrimoniais.

Para melhor compreensão e alcance das teses em discussão, passa-se a contextualizar cada julgado, a começar pelo Recurso Especial nº 1.733.013-PR<sup>268</sup>, que inaugurou a divergência até então suportada pelo Superior Tribunal de Justiça de que o Rol da ANS era meramente exemplificativo. Da leitura do julgado, pode-se resumir que a consumidora, por indicação do seu médico, solicitou a liberação do procedimento denominado *Cifoplastia*, que não consta no Rol da ANS, sendo autorizado pela operadora o procedimento que consta, a *Vertebroplastia*. Realizou o procedimento pretendido por força de decisão judicial em caráter liminar e, posteriormente, o mérito foi julgado procedente. Todavia, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná reverteu a decisão de primeira instância, dando provimento<sup>269</sup> ao recurso da operadora. Indignada, a consumidora recorreu ao STJ, alegando, em síntese, que o Rol da ANS é exemplificativo, que o método proposto pela operadora é defasado e que o documento da ANS somente não atesta a efetividade da *Cifoplastia*, não diz sobre está ou não autorizado. Diante disso, o Ministro Relator oportunizou para as entidades representativas<sup>270</sup> e vários órgãos públicos<sup>271</sup> manifestarem no pro-

---

(oitenta mil reais), conforme previsto no artigo 77 da Resolução Normativa nº 124/06. Vale salientar que a multa é aplicada independentemente do valor do procedimento que foi negado, podendo ser um exame simples ou uma cirurgia de alta complexidade, possibilitando questionamentos com relação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

<sup>268</sup> Recurso Especial nº 1.733.013 – PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, por unanimidade, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 20 de fevereiro de 2020.

<sup>269</sup> “EMENTA: FRATURA NA PORÇÃO ANTERIOR DO PLATO SUPERIOR COM ACUNHAMENTO VERTEBRAL (NÍVEL T12). REALIZAÇÃO DE CIFOPLASTIA. ENUNCIADO N.º 23 DO FÓRUM DA SAÚDE DO CNJ. PROCEDIMENTO NÃO CONSTANTE NO ROL DA ANS. EFETIVIDADE E VANTAGENS NÃO ESTABELECIDAS. OPERADORA QUE LIBEROU VERTEBROPLASTIA. TRATAMENTO SIMILAR COM EFICÁCIA COMPROVADA.”

<sup>270</sup> **Pelos consumidores:** IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor e ADUSEPS – Associação Defesa dos Usuários Seguros, Planos e Sistemas de Saúde. **Pelas operadoras:** FENASAÚDE – Federação Nacional de Saúde Suplementar e ABRAMGE – Associação Brasileira de Planos de Saúde. **Independentes:** CFM – Conselho Federal de Medicina, CFF – Conselho Federal de Farmácia, IBA – Instituto Brasileiro dos Atuários e Comissão Especial de Saúde Suplementar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

<sup>271</sup> ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e CNS – Conselho Nacional de Saúde e o Ministério Público Federal.

cesso judicial como *amicus curiae*<sup>272</sup>. Colacionou-se no voto vários argumentos da ANS, que buscam justificar seu posicionamento para que o Rol seja considerado como taxativo, dentre eles, destacam-se os seguintes: (i) proporciona a segurança jurídica, pois não serão apresentadas infundáveis ações judiciais similares, diante da certeza sobre a cobertura obrigatória; (ii) equaciona o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar, que tem como base o mutualismo, eis que não haverá estimativa com frequência de sinistro, fortalecendo a análise dos cálculos atuariais, visando a redução dos preços dos planos; (iii) que o processo de incorporação de tecnologia é estruturado e consistente, sendo uma das principais medidas regulatórias, com trabalho permanente devido a sua complexidade; (iv) garante a convergência da informação para todos os *players*; (v) possui um ambiente plural de participação para a atualização do Rol, que conta, também, com etapa de consulta pública; (vi) fortalece a análise criteriosa do processo de atualização, revestido de consenso científico e apto a favorecer milhares de consumidores, não ficando adstrito somente ao prescritor médico, que assume a responsabilidade naquele caso concreto; e (vii) desautoriza o uso indiscriminado de novas tecnologias sem evidências científicas fortes que comprovem o benefício clínico. Pede-se *vênia*, para transcrever um trecho da manifestação da ANS que sintetiza de forma cirúrgica a situação, a saber: “37. Se é certa a necessidade de atualização periódica do rol de cobertura obrigatória a cargo das operadoras de plano de saúde, para que a referência básica em saúde suplementar corresponda efetivamente à evolução da ciência médica, nos moldes do que estabelece a Lei 9656/98, não menos relevante é que tal mister seja precedido de análise criteriosa, em sintonia com a segurança jurídica e a previsibilidade a fim de evitar o próprio comprometimento da sustentabilidade do setor.”.

Como entidades representativas dos consumidores opinaram o IDEC e a ADUSEPS, além do DPDC, órgão integrante da estrutura do Secretaria

---

<sup>272</sup> Permissão prevista no Código de Processo Civil, a saber: “art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”.

Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, este manifestando favorável a caracterização do Rol como taxativo. Já as duas entidades, foram veementemente contrárias, sendo que de maneira global, identificou-se no voto a exposição que objeto principal do plano é garantir o tratamento à saúde, sendo uma consequência do direito à vida e alicerçador da dignidade da pessoa humana, com a expectativa legítima de ser devidamente atendido para o restabelecimento da sua saúde, independentemente do método ou técnica a ser utilizado no procedimento ou tratamento que lhe foi prescrito, pois impossível prever o que realmente irá precisar para restabelecer sua saúde. A recusa, por não haver cláusula de “exclusão” expressa deve ser compreendida como abusiva e “arbitrária”, colidindo com o Código de Defesa do Consumidor e maculando a finalidade essencial do contrato. O custo do plano, principalmente para idosos e doentes, comprometem a renda familiar, pois não querem ser dependentes do SUS e buscam permanecer vivos com os tratamentos que lhes são prescritos pelos seus médicos, sendo que a limitação pelo Rol furtará a possibilidade de garanti-los soluções mais modernas da medicina, visto que não terão condições de arcar com a diferença do tratamento de forma particular. As operadoras se aproveitam do Rol para limitar a cobertura, todavia, inexistente afirmação da ANS que ela entende ser ele taxativo<sup>273</sup>, pois no ato normativo consta referência básica, mínima e obrigatória. As negativas de autorização para realização do procedimento ou tratamento não possuem embasamento técnico, mas sim questões de interesses econômicos para maior lucratividade das operadoras. Por fim, ambas, fizeram críticas ao processo de atualização do Rol, expondo ser incompatível com o avanço da medicina.

As operadoras foram representadas<sup>274</sup> pela ABRAMGE e FENASAÚDE, e, em síntese, são favoráveis ao Rol ser considerado taxativo, pois, desta forma, podem realizar com exatidão o cálculo atuarial dos custos, além de não

---

<sup>273</sup> Explique-se que essa manifestação foi anterior ao advento da Resolução Normativa nº 465/2021, que explicitou, como novidade, no artigo 2º: “*Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, (...)*”.

<sup>274</sup> A Unimed do Brasil, que concentra o maior sistema de cooperativa de saúde, não atuou neste processo, conforme justificado no despacho do Ministro Relator: “para preservar o equilíbrio no debate a respeito do tema controvertido, reputando inconveniente o ingresso de mais uma entidade representando as operadoras de planos e seguro de saúde, à luz do art. 138 do CPC, indeferi o ingresso da Unimed do Brasil, e convidei a Comissão Especial de Saúde Suplementar do Conselho Federal da OAB, acolhendo também a proposta do Idec para convidar o Conselho Nacional de Saúde – CNS.”

entenderem como violação aos princípios sociais e ofensa ao Código de Defesa do Consumidor, que desrespeitar essa lógica afeta os interesses coletivos e gera impacto financeiro incalculável. Compreendem que a expressão “cobertura mínima obrigatória” tem o alcance de que as operadoras não podem ofertar plano ou seguro de saúde com cobertura inferior definida pelo Rol da ANS, sendo essa a lição imposta pelo artigo 10 da Lei nº 9.656/98 que versa sobre o plano referência, apartando qualquer possibilidade de cobertura ilimitada, não haveria razão para o legislador constar “exigência mínima”. O Rol é o mínimo e obrigatório, menos do que isso não, contudo, mas do que isso deve constar de acordo entre as partes. Confiam na atual sistemática de atualização do Rol da ANS, por conferir segurança e eficácia aos procedimentos e tratamentos, acreditando que a saúde e a própria vida do beneficiário está mais bem resguardada, não podendo ser concedido fundamentado apenas e tão somente no médico que diretamente tem interesse em realizá-lo, desconsiderando todo o estudo técnico do órgão regulador, o qual vem se utilizando do processo de ATS (Avaliações de Tecnologias em Saúde), seguindo o mesmo modelo do resto do mundo.

Pelas entidades independentes, iniciando-se pelo CFM, por tudo que se indica no voto do Ministro não adentrou no mérito do Rol da ANS ser taxativo ou meramente exemplificativo, apresentando vários documentos, em destaque mencionado que a *Cifoplastia* não consta, também, da CBHPM, editada pelo próprio CFM e que tanto ela quanto a *Vertebroplastia* possuem resultados positivos de 90% dos casos. Já o Conselho Federal de Farmácia (CFF), afirmou que o prazo estabelecido pela ANS para atualização do Rol está harmônico com o exigido pelo Ministério da Saúde para, por exemplo, atualização da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais). O IBA – Instituto Brasileiro dos Atuários, explicou que somente são considerados pelo atuário, no momento de estabelecer o preço do plano de saúde para a oferta, os procedimentos e eventos listados no “Rol da ANS”, sendo essa condição imprescindível para aplicação de métodos confiáveis de estimativa atuarial. O CNS – Conselho Nacional de Saúde, integrante da estrutura organizacional do Ministério da Saúde, posicionou no sentido de que o Rol deve ser entendido como exemplificativo, sob o argumento que o SUS será acionado para realização dos atendimentos, eis que as operadoras negam procedimentos já oferecidos pelo sistema público, aumentando inclusive a judicialização. Ressalta que todo pedido médico tem que vir acompanhado de fundamentação técnica, bem como prestar cobertura de todos os procedimentos já incorporados pelo SUS. A Comissão Especial de Saúde Suplementar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, composta

por advogados que militam para as operadoras, baseou sua manifestação no Conselho Nacional de Justiça que mantém o Enunciado nº 21, dispondo ser a cobertura aquela do Rol da ANS, podendo o contrato prever prestações adicionais. Por derradeiro, o Ministério Público Federal cingiu-se ao exame do mérito do processo judicial, opinando pelo provimento do recurso interposto pela consumidora, citando entendimento do STJ de que o “plano não pode limitar o tipo de tratamento a que será submetido o paciente, matéria que se insere no âmbito da autonomia médica para decidir o melhor tratamento para a preservação da higidez física do consumidor”<sup>275</sup>.

Em seu voto, que foi acompanhado por unanimidade pelo não provimento do recurso especial impetrado pela consumidora, o Ministro Relator asseverou que a desarmonia na jurisprudência é “absolutamente indesejável”, ao contrário, os posicionamentos doutrinários divergentes são saudáveis para melhor compreensão da ciência jurídica, sendo seu intuito a concretização da segurança jurídica, eis que constatou dispersão sobre o tema. No mérito, em síntese, a Quarta Turma mudou o entendimento do colegiado (“overruling”) para não considerar o Rol da ANS como exemplificativo e de cobertura mínima, por negar vigência aos dispositivos da legislação específica, permitir ampliação, indiscriminada e completa, restringir a livre concorrência, transferir inadequadamente os riscos e o promover o desequilíbrio econômico, prejudicando a sustentabilidade do sistema<sup>276</sup>.

Passa-se à análise do Recurso Especial nº 1.876.630-SP, da Terceira Turma, publicado no dia 11 de março de 2021, que, por unanimidade, classificou

---

<sup>275</sup> Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.450.992/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/06/2019 e publicado no Diário da Justiça eletrônico no dia 28/06/2019.

<sup>276</sup> Registre-se que o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor peticionou Embargos de Declaração alegando: “está acometida pelas seguintes omissões, que devem ser suprimidas (i) omissão quanto à aplicação de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos contratos de planos de saúde, (ii) omissão quanto à violação do Código de Ética Médica frente ao Rol da ANS; (iii) omissão quanto aos procedimentos de atualização do Rol e os impactos sociais, jurídicos e econômicos ao consumidor e ao Sistema Único de Saúde que a mudança jurisprudencial pode ocasionar e (iv) omissão quanto à justificativa para alteração de entendimento no caso de responsabilização da operadora diante da negativa de cobertura. (...) Obtempera que não se pode diminuir a proteção do CDC, e que o consumidor tem a justa expectativa de ver coberta quaisquer prescrições feitas por seu médico assistente, que é o único que poderá avaliar todas as questões médicas, sendo uma mera faculdade do juiz dirimir questões técnicas.”. A Quarta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos, por ilegitimidade do *amicus curiae*, além de pontuar que o recurso *ostenta o caráter meramente infringente*.



o Rol da ANS de natureza exemplificativa, apontando sua discordância em face da decisão, acima evidenciada, da Quarta Turma, afirmando que a elucidação deste tema condiciona para a solução de outros assuntos pertinentes aos contratos de plano de saúde. Diferente do anterior, o recurso foi interposto pela operadora, após as instâncias de origem julgarem procedente o pedido de reembolso das despesas de cirurgia plástica<sup>277</sup> de redução de mamas para correção de hipertrofia mamária bilateral, sob alegação que foi negado por não constar como cobertura obrigatória pelo órgão regulador e que a permanência da decisão afronta a competência legal da ANS, impondo a ampliação do dever de prestação. Ressalte-se que não houve chamamento de *amicus curiae*.

A Ministra Relatora Nancy Andrighi, inaugurou, no mérito, expondo sobre a natureza do Rol e o poder normativo da ANS, citando entendimento do STF que às agências reguladoras não podem inovar na ordem jurídica, bem como atuar em “situações desarrazoadas de incerteza provocadas pelo advento de normas editadas fora do espaço legislativo próprio e com a garantia do devido processo legislativo que permite a transparência dos debates, das razões e das finalidades buscadas pelas normas, especialmente sobre direitos fundamentais”, traçando como primeira conclusão que os atos normativos editados pela ANS, devem atender todos os regramentos legais, e não ficando adstrito às Leis nº 9.656/98 e 9.961/2000. Entende que o ato normativo que estabelece o Rol da ANS tem que coadunar com a relevância pública atribuída aos serviços de saúde pela Constituição da República e garantir os ditames do Código de Defesa do Consumidor. Prossegue dizendo que o plano referência confere a obrigação de cobertura de todas as doenças da CID (Classificação Internacional das Doenças), não sendo admissível a delimitação positiva da prestação de qualquer “tratamento”<sup>278</sup>, exceção somente aquelas previstas na lei ou em virtude da segmentação assistencial, cabendo ao órgão regulador pormenorizar os procedimentos e eventos em saúde, porém, sem inovar, expandindo restrições em prejuízo ao consumidor, e quando da ampliação das coberturas, poder

---

<sup>277</sup> Consta do voto que a consumidora sofria “com fortes dores na região dorsal e nos ombros (escoliose dorso-lombar, acentuação da cifose torácica e da lordose lombar, processo degenerativo multidiscal da coluna cervical e degeneração discal em T7-T8, cervicalgia, dorsalgia e lombalgias frequentes) e dermatite de repetição em virtude da hipertrofia mamária bilateral que a acometia, já tendo passado por diversos tratamentos conservadores, sem sucesso”.

<sup>278</sup> Palavra utilizada pela Ministra Relatora, porém, deve ser entendida no sentido *lato sensu*, englobando procedimentos cirúrgicos, com métodos e técnicas, terapias, além de toda medicação e insumos, salvo à exceção legal.

concedido por força do art. 10, §4º, da Lei 9.656/98, não pode, do mesmo modo, criar limites que impeçam a utilização dos serviços, contrariando a própria finalidade do contrato. Quanto ao direito à informação<sup>279</sup>, faz crítica que a linguagem do Rol é “ininteligível”, tornando-se impossível o conhecimento da real cobertura, onde constam “3.000 procedimentos elencados”, em verdadeira transferência de risco e incerteza para o consumidor, além pontua que o contrato não pode estipular renúncia antecipada a futuro tratamento que possa ter direito para cura da doença contratualmente pactuada, eis que atinge à sua precípua natureza, reforçando que não cabe a operadora, mas sim, o profissional de saúde, determinar o mais adequado tratamento. Expôs que se prevalecer a natureza taxativa “nada adiantaria garantir a cobertura para todas as doenças listadas na CID, se não fosse assegurada a cobertura de todos os eventos e procedimentos necessários ao tratamento correspondente; seria, no jargão popular, dar com uma mão e tirar com a outra, circunstância que ainda se agravaria pelo fato de o consumidor saber – ou achar que sabe – o que lhe é dado, mas desconhecer o que lhe é tirado.” Com relação a tese de “impossibilidade de precificação”, compreende que os reajustes, anual, sinistralidade ou por faixa etária, são suficientes para manter o equilíbrio contratual, bem como que se a operadora não arcar com esse custo, o mesmo será transferido para o consumidor ou SUS, tornando *utópica* a manifestação de que ao considerar o “Rol da ANS” como taxativo os planos ou seguros de saúde tornariam acessíveis para os brasileiros, enfatizando que o alto custo da assistência à saúde cria barreira de acessibilidade para mais de 70%<sup>280</sup> da nossa população. Ao fim e ao cabo, adverte que o consumidor será impedido de acessar “às diversas modalidades

---

<sup>279</sup> Nas palavras da Ministra Relatora: “Na prática, o que se espera do fornecedor, para o atendimento ao dever de informação, é que o consumidor seja clara, suficiente e expressamente esclarecido sobre os eventos e procedimentos não cobertos em cada segmentação assistencial (ambulatorial, hospitalar – com ou sem obstetrícia – e odontológico), como também sobre as opções de rede credenciada de atendimento, segundo as diversas categorias de plano de saúde oferecidas pela operadora; sobre os diferentes tipos de contratação (individual/familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial), de área de abrangência (municipal, grupo de municípios, estadual, grupo de estados e nacional) e de acomodação (quarto particular ou enfermaria), bem como sobre as possibilidades de coparticipação ou franquia e de pré ou pós-pagamento, porque são essas as informações que o consumidor tem condições de avaliar para eleger o contrato a que pretende aderir. Por sinal, são essas as informações que a própria ANS leva em conta quando realiza a pesquisa de planos de saúde para auxiliar o consumidor a escolher a opção que melhor atenda às suas necessidades (disponível em: <https://www.ans.gov.br/gpw-beneficiario/pages/inicial.xhtml>; acessado em 03/11/2020).”

<sup>280</sup> Pesquisa Nacional de Saúde, IBGE. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101758.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.”

de tratamento” e à inovação tecnológica em relação as doenças cobertas pelo contrato, agravando sua condição de vulnerabilidade, cabendo sim à operadora, por sua posição de superioridade contratual, assumir os riscos da atividade econômica, no intuito de cumprir o objeto primordial do seu negócio, prestação de assistência à saúde, buscando o “equilíbrio econômico-financeiro”.

O Superior Tribunal de Justiça pautou para julgamento desta controvérsia, perante a Segunda Seção de Direito Privado, os Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP, tendo votado até a finalização deste texto, somente o Ministro Relator, Luis Felipe Salomão que mantém sua posição que o Rol da ANS deve ser considerado taxativo, tendo havido pedido de vista pela Ministra Nancy Andrighi. Com certeza, a decisão final impactará forte e diretamente na “judicialização da saúde”, seja para o lado de permitir a ampliação da cobertura através da prescrição médica, mantendo o cenário, até então, positivado pelo Poder Judiciário e que favorece a continuidade da “judicialização”, ou pelo outro de firmar o entendimento que a cobertura obrigatória é aquela delimitada pelo Rol da ANS, qualquer ampliação deve estar prevista contratualmente.

Certo é que, tendo o Brasil uma agência regulatória específica para o mercado de saúde suplementar, diversamente de Portugal, a intervenção estatal é imperiosa. A mudança de redação inserida pela Resolução Normativa nº 465/2021, que dispõe sobre o Rol da ANS vigente, direciona para um cenário regulatório delimitado positivamente de cobertura assistencial, imputando à operadora arcar com todas as despesas dele decorrentes e diz ao consumidor que não se pode exigir mais do que nele esteja previsto. Após mais de vinte anos de vigência da Lei nº 9.656/98 e da Lei nº 9.961/2000, esse importante tema, vem à baila e deve provocar alterações profundas nesta relação de consumo.

Prevalendo a natureza do Rol como taxativo, ao consumidor deve ser informado e disseminado, por todos, órgão de regulação, operadoras e até pelos órgãos e associações de proteção e defesa do consumidor, que todos os planos disponibilizados no mercado possuem cobertura igual, respeitada a segmentação, uma vez que está baseada no “Rol da ANS”. Na prática, o plano ambulatorial vendido pela empresa *A* certamente prevê a mesma cobertura do plano da empresa *B*, sendo que, para exercer melhor seu poder de escolha, deverá verificar a existência de coberturas adicionais, o número de prestadores disponíveis para cada procedimento coberto, se a localização desses prestadores atende ao seu deslocamento e se o preço é compatível com seu orçamento.

Além desta regulamentação, com certeza a mais importante para garantia do objeto principal deste tipo de contratação, foram editados vários outros atos normativos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, que visam per-

mitir a realização da prestação positiva ao consumidor, para citar alguns: (i) Resolução Normativa nº 259/11 – prazos de atendimento<sup>281</sup>; (ii) Resolução Normativa nº 368/15 – garantia de parto sem pagamento adicional<sup>282</sup>; (iii) Resolução Normativa nº 438/18 – portabilidade<sup>283</sup> de plano sem cumprimento de novas carências.

Dessemelhante de Portugal, não há muito espaço à autonomia privada, o órgão regulador estabelece em minúcias às regras para o setor de saúde suplementar, atuando fortemente para buscar o equilíbrio desta relação e preservar a sustentabilidade. Vivencia-se uma assimetria de entendimentos sobre a cobertura assistencial entre o Estado-Juiz e o Estado-Regulador, ocasionando muitas decisões judiciais que impõe sua ampliação, sendo que essa situação se potencializa mediante análise das cláusulas contratuais gerais inseridas nos contratos firmados anteriormente à Lei nº 9.656/98, não reconhecendo à limitação da

---

<sup>281</sup> Em conformidade com o artigo 3º, incisos e parágrafos da Resolução ANS 259, os prazos de atendimento para exames, consultas, terapias, cirurgias, são os seguintes: a) consulta básica – pediatria, clínica médica, cirurgia geral, ginecologia e obstetrícia: em até 7 (sete) dias úteis; b) consulta nas demais especialidades médicas: em até 14 (quatorze) dias úteis; c) consulta/sessão com fonoaudiólogo: em até 10 (dez) dias úteis; d) consulta/sessão com nutricionista: em até 10 (dez) dias úteis; e) consulta/sessão com psicólogo: em até 10 (dez) dias úteis; f) consulta/sessão com terapeuta ocupacional: em até 10 (dez) dias úteis; g) consulta/sessão com fisioterapeuta: em até 10 (dez) dias úteis; h) consulta e procedimentos realizados em consultório/clínica com cirurgião-dentista: em até 7 (sete) dias úteis; i) serviços de diagnóstico por laboratório de análises clínicas em regime ambulatorial: em até 3 (três) dias úteis; j) demais serviços de diagnóstico e terapia em regime ambulatorial: em até 10 (dez) dias úteis; k) procedimentos de alta complexidade – PAC: em até 21 (vinte e um) dias úteis; l) atendimento em regime de hospital-dia: em até 10 (dez) dias úteis; m) atendimento em regime de internação eletiva: em até 21 (vinte e um) dias úteis; e n) urgência e emergência: imediato. Importante destacar que os prazos não estão vinculados diretamente ao profissional de saúde pretendido especificamente pelo consumidor, mas sim, para atendimento por um dos profissionais ou estabelecimentos de saúde da rede conveniada ao contrato. É previsto na regulamentação o pagamento de transporte, para deslocamento, caso a operadora não consiga atender o consumidor, dentro do prazo, no seu município, bem como reembolso das despesas.

<sup>282</sup> A cobrança de honorários, também conhecida como “taxa de disponibilidade” para a realização de parto, é considerada indevida pela ANS e órgãos de defesa do consumidor. Ao se deparar com cobrança desse ou de qualquer tipo, a consumidora deverá relatar o fato à sua operadora de plano de saúde, que deverá tomar as devidas providências e indicar um profissional que não faça tal cobrança. Se a operadora não indicar um obstetra, a consumidora poderá fazer uma reclamação na ANS, que abrirá processo administrativo sancionatório contra a operadora.

<sup>283</sup> É a possibilidade de contratar um novo plano ou seguro de saúde, com a mesma operadora ou de uma operadora diferente, sem necessidade de cumprir novos períodos de carência, eis que já cumpridos no contrato de origem.

prestação e declarando-as, na sua maioria, como abusivas, gerando a obrigação de pagamento das despesas pela operadora, mesmo sem previsão atuarial.

Com efeito, serão traçadas adiante algumas linhas para explicar a cobertura assistencial à saúde dos “contratos antigos”, onde permanecem 3,2 milhões de consumidores<sup>284</sup> do total de mais de 48 milhões de beneficiários inscritos na saúde suplementar.

Ao analisar as cláusulas contratuais gerais de alguns “contratos antigos” identificou-se que a estrutura do clausulado no que tange a cobertura assistencial era muito semelhante entre as empresas que exploravam essa forma de prestação de serviço, prevendo, a princípio, as obrigações que se propunha a realizar, geralmente transcrevendo determinadas doenças e reportando, como já dito, para a “tabela de honorários médicos” da AMB – Associação Médica Brasileira. Curiosidade sobre a referida tabela é que ela jamais se prestou a oportunizar o conhecimento<sup>285</sup> do seu conteúdo ao contratante, eis que a previsão contratual indica estar registrada no cartório de ofício de notas, para tanto, o beneficiário teria que se deslocar até o cartório, pagar emolumentos e obter uma cópia. Tal situação é impensável no nosso cotidiano. Em seguida, depara-se com a cláusula de “exclusão”, aqui denominada de delimitadora negativa da prestação, podendo, por livre escolha do consumidor aderir a módulos especiais que contemplavam o acréscimo na cobertura assistencial à saúde. Entretanto, a redação se mostra de forma genérica, o que permite discussões se há ou não cobertura do procedimento ou tratamento pretendido pelo consumidor. Ressalte-se que a maneira de concessão para autorização do pedido médico, guardada as devidas proporções com o avanço da tecnologia da informação, se mantém a mesma estrutura, realizando pesquisa na tabela para os “contratos antigos” e hoje se faz consultando o “Rol da ANS” para os “contratos novos”.

---

<sup>284</sup> De acordo com os dados obtidos na página eletrônica da ANS, referente a junho de 2021, são ao todo 3.232.149, sendo 2.242.004 inscritos nos planos coletivos e 927.601 nos planos individuais. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/aceso-a-informacao/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>285</sup> Importante a advertência de Inês Oliveira Martins que diz: “Fala-se aqui de uma superioridade organizativa e “intelectual” – hoc sensu, informacional – do utilizador. Celebrando massivamente dado tipo de contratos, este tem o treino prático e, rodeando-se dos especialistas necessários, os meios para antecipar no clausulado os problemas que a execução contratual poderá colocar e dar-lhes a resposta mais satisfatória. MARTINS, Maria Inês de Oliveira. O controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais no contrato de seguro. Estudos de Direito do Consumidor. vol. 10. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2016, p. 226.

Afirma-se que a quase totalidade dos consumidores, seja dos “contratos antigos” ou dos “contratos novos”, entendem como legítima expectativa que ao adquirir um plano ou seguro de saúde, e na hipótese de ser acometido por uma doença, todas as despesas serão custeadas pela operadora, desconhecendo as verdadeiras delimitações que podem lhe surpreender no momento de alteração involuntária do seu estado de saúde. É perceptível essa situação quando se depara nos “contratos antigos” com a delimitação negativa para as doenças “crônicas, congênicas ou infecciosas de longa duração”, não esclarecendo quais são essas doenças. Desse modo, quando o consumidor solicitava autorização para ato cirúrgico ou tratamento, era comum ele ser surpreendido com a negativa do fornecedor baseada na referida cláusula por se tratar, *v.g.*, de “doença congênita”, frustrando a sua legítima expectativa.<sup>286</sup> Para os “contratos novos”, de acordo com o artigo 10 da Lei nº 9.656/98, tornou-se obrigatória a cobertura de

---

<sup>286</sup> Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça concedeu provimento ao recurso interposto pela consumidora que havia perdido em primeira e segunda instâncias, a qual teve que pagar despesas com a cirurgia do filho, de dois meses de vida, diagnosticado com estenose hipertrófica do piloro, sendo o reembolso negado pela operadora por se tratar de doença congênita, inclusive cancelando unilateralmente o contrato firmado. Da decisão, extrai-se a ementa e o principal fundamento, que ora se colaciona “DIREITO DO CONSUMIDOR – SEGURO-SAÚDE – CONTRATO ANTERIOR À LEI N.º 9.656/98 – EXCLUSÃO DE DOENÇA ‘CONGÊNITA’ – PAGAMENTO DO PRÊMIO – AUSÊNCIA DE EXAMES PRÉVIOS – CLÁUSULA ABUSIVA – DANO MORAL EXCLUÍDO – RECURSO PROVIDO. [...] Os contratos de seguro-saúde, hoje denominados planos de saúde ou de assistência médica, possuem como finalidade primordial o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde do consumidor, sua família ou dependentes. É inegável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, dada a sua massificação e a pouca ou nenhuma interferência de um dos contratantes – no caso, o consumidor – sobre os termos da avença, que são redigidas prévia e unilateralmente pelo fornecedor. [...] O eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, por ocasião do julgamento do REsp. n.º 86.095/SP (DJ de 22.4.1996), alertou para o fato de o consumidor, na maioria das vezes, não ter condições sequer de compreender que não terá direito à cobertura de determinadas doenças ou procedimentos, por não entender o significado de certas palavras, como ‘doenças infecto-contagiosas’, ‘doença congênita’ ou ‘doença crônica’, para citar o exemplo desses autos. Na oportunidade, afirmou, *in verbis*: ‘O segurado é um leigo, que quase sempre desconhece o real significado dos termos, cláusulas e condições constantes dos formulários que lhe são apresentados. Para reconhecer a sua malícia, seria indispensável a prova de que: 1) realmente, fora ele informado e esclarecido de todo o conteúdo do contrato de adesão, e, ainda, 2) estivesse ciente das características de sua eventual doença, classificação e efeitos’. Assim, seguindo essa linha de raciocínio, não se pode deixar de considerar abusiva a cláusula que exclui doenças pré-existentes/congênicas nos contratos de plano de saúde (Grifo do autor). Recurso Especial STJ nº 538279/São Paulo. Relator Ministro Massami Ueyda, publicado no Diário da Justiça em 22/09/2008.

todas as doenças constante da CID, editada pela Organização Mundial de Saúde.

Outra restrição marcante nos “contratos antigos” diz respeito ao tempo máximo de dias de internação em centro terapia intensiva (CTI) ou unidade de tratamento intensiva (UTI), geralmente, garantindo-se de 30 ao máximo de 90 dias, dentro de cada ano de contrato, não acumulativo, a partir deste tempo, o consumidor ou seus familiares eram cobrados de todas as despesas provenientes dos dias excedidos ao contratualmente estipulado, sendo que o não-pagamento da suposta dívida acarretava a rescisão do contrato. Há casos em que o consumidor recebia a cobrança quando da alta hospitalar, em outros lhe era informando ou aos seus familiares, ainda quando estava acamado, pelo funcionário do hospital, que a operadora não mais arcaria com as despesas por extrapolar o limite temporal de internação. Essa distorção, também, foi corrigida e se encontra disciplina no artigo 12 da Lei nº 9.656/98. O Estado Juiz, em reiteradas decisões, manifestou por entender que se trata de uma maneira maliciosa de expulsar o consumidor, que certamente utilizaria mais os serviços contratualizados devido a necessidade de acompanhamento da sua saúde. Não podendo deixar de dizer que para esse consumidor, ao ser expulso do plano, seria quase impossível realizar nova contratação, já que, na outra operadora seria alegada a famosa restrição por “doença e lesão preexistente”<sup>287</sup>, passando ele a depender somente do SUS. Esses, e outros casos com surgem em virtude da previsão contratual da cláusula delimitadora negativa da prestação da assistência à saúde vem culminando em várias lides forenses, exigindo estudos jurídicos que permitam a conformação de regras de equidade.

As cláusulas delimitadoras negativas da prestação de assistência à saúde previstas nos “contratos antigos” foram ao longo dos anos sendo rechaçadas pelo Poder Judiciário, diante do princípio do convencimento do juiz<sup>288</sup>, mas

---

<sup>287</sup> Esse tema está previsto no artigo 11 e 35-E, inciso II, ambos da Lei nº 9.656/98, bem como sua regulamentação por meio da Resolução Normativa nº 162/2007. Em Portugal, consta do artigo 216º do Decreto-Lei nº 72/2008. No Brasil, o prazo máximo de restrição é de vinte e quatro meses, enquanto o ordenamento jurídico português permite um período não superior a um ano.

<sup>288</sup> Da análise da jurisprudência é perceptível verificar várias decisões díspares sobre o mesmo tema. A título ilustrativo, dois clientes Y e Z, possuem contratos antigos, nos quais constam cláusula prevendo “Estão excluídos da cobertura: (...) “marca-passo”. Ao solicitarem autorização, a operadora informou que somente a órtese denominada “marca-passo” não tinha cobertura, haja vista previsão expressa na cláusula de exclusão. Enfatizou com os clientes que todas as demais despesas, como as diárias do hospital, procedimento cirúrgico, honorários médicos, do cirurgião e do anestesista, entre outras, seriam por ela custeadas perante o

não pelo Estado Regulador, calcificando numa jurisprudência de proteção ao vulnerável, haja vista, à época, a liberdade contratual de modelação por parte das empresas que atuavam neste mercado, eis que não existia um órgão ou Agência Reguladora de supervisão. Contudo, frise-se, que sempre existiu uma base sólida para garantir a assistência à saúde para os beneficiários, esta alicerçada na “tabela de honorários médicos” da AMB, que serviu de referência para a criação do primeiro Rol da ANS.

Entretanto, a realidade atual é demasiadamente oposta, pois a maioria dos consumidores já estão inseridos nos “contratos novos”, que seguem as características impostas no manual de elaboração dos contratos, do Rol da ANS e da própria LPS. A operadora não é a “vilã” por não autorizar o procedimento prescrito pelo médico, pois atende às normas do órgão regulador, mas também não pode a ANS ser considerada essa “vilã” perante os consumidores, eis que atua para garantir que as operadoras tenham estabilidade econômico-financeira para suportar os custos da assistência à saúde.

O estreitamento no diálogo entre todos os envolvidos se faz prudente e salutar para que se possa podar as arestas que culminam por desestabilizar a relação jurídica de consumo de planos privados de assistência à saúde.

---

prestador credenciado. Insatisfeitos com a resposta da operadora, os clientes ingressaram com ação judicial, sendo deferidas as tutelas antecipadas para realização da cirurgia de implante do marca-passo. No mérito, o magistrado do cliente Y confirmou em sentença o ônus para a operadora, já o magistrado do cliente Z entendeu que a cláusula de exclusão era válida, por ser redigida em destaque e com clareza, determinando que o consumidor reembolsasse a operadora o valor pago pelo marca-passo, devidamente corrigido. Não há dúvida que devem ser consideradas como pessoas iguais, porém, receberam, por força de provimento jurisdicional, tratamento desigual, violando o princípio da isonomia. Essa situação já não acontece com os planos novos, pois a Lei nº 9.656/98 proibiu a limitação de prótese e órtese quando ligada ao ato cirúrgico. Veja que no caso, a operadora não se furtou a custear com as despesas do ato cirúrgico, somente em relação a órtese (marca-passo). Indaga-se: qual a finalidade da operadora cobrir o procedimento cirúrgico destinado, exclusivamente, para implantar uma órtese e não arcar com o custo desta órtese? Diferente, se o ato cirúrgico pudesse ser realizado, independentemente, para implantação de prótese ou órtese. Por exemplo, é sabido da possibilidade de realizar procedimento cardíaco para desobstrução das artérias, podendo ou não implantar a prótese conhecida como “stent”, que inclusive surgiu na medicina brasileira anos depois do contrato já firmado entre as partes. Daí, a limitação da prótese tem justificativa, inclusive porque não constou do cálculo atuarial, entretanto, a negativa para o implante de marca-passo não tem respaldo, contrariando a boa-fé e colocando o consumidor em desvantagem exagerada. Propõe-se à reflexão, com esse exemplo, para evidenciar a insegurança jurídica que permeia nas relações de consumo de assistência à saúde privada e alertar para a necessidade de efetivar a justiça contratual.



2.4.2.3. *Diálogo infraconstitucional: Código de Defesa do Consumidor brasileiro e a Lei Federal nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde)*

Indiscutível o avanço proporcionado pelo Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no direito material como processual, em destaque, neste último, as ações coletivas de consumo. Trata-se de uma legislação originária do comando da Constituição<sup>289</sup> que se apresentou como *microsistema jurídico*<sup>290</sup> regulamentando de forma geral as relações de consumo, visando a proteção dos consumidores<sup>291</sup>, não se atendo a negócios jurídicos ou contratos particularizados.

Como devidamente evidenciado nos itens antecedentes, a contratualização de plano de assistência à saúde é caracterizada como uma relação jurídica de consumo, incidindo-se assim, o Código de Defesa do Consumidor. Mas, com o advento, *a posteriori*, da Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde – LPS), que dispõe especificamente sobre “os planos e seguros privados de assistência à saúde”<sup>292</sup>, surge a dúvida qual legislação deve ser aplicada no caso concreto.

De antemão, importante reforçar que esse estudo propõe-se analisar a interface das duas legislações no aspecto do direito material envolvendo a cláusula delimitadora negativa da prestação de assistência à saúde nas condições gerais contratuais.<sup>293</sup>

---

<sup>289</sup> Assim dispõe o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

<sup>290</sup> GARCIA, Leonardo Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*: artigo por artigo. 13 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2016, p. 21.

<sup>291</sup> BENJAMIM, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 8 ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 44.

<sup>292</sup> “essa lei trouxe importantes modificações ao sistema legal normativo e fiscalizador, da assistência privada à saúde. Em primeiro lugar, deu-lhe organicidade, definindo a natureza dos operadores e as modalidades de sua atuação. Em segundo lugar, reconheceu a especificidade do setor.” PASQUALOTTO, Alberto. “A Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde: uma Interpretação Construtiva. In MARQUES, Cláudia Lima *et al. Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.XX.

<sup>293</sup> Vários outros aspectos trazidos pela LPS contribuíram para a proteção do consumidor, entre eles, a imposição de limite dos prazos de carências, sem recontagem, bem como a inclusão de recém-nascido ou filho adotivo sem carência, proibição da seleção de risco em virtude da idade ou condição de saúde, a rescisão contratual imotivada para planos individuais e o controle de reajustes.

Maria Stella Gregori afirma que antes da LPS era comum<sup>294</sup> deparar nas condições gerais do contrato com cláusulas que limitavam a prestação de tratamentos com alto impacto financeiro, de prazo para internações em centros intensivos e exames por cada ano civil. Alguns assuntos que desaguavam no Poder Judiciário foram mitigados com a legislação especial, mas infelizmente, o que se constata é o crescimento da judicialização neste mercado de consumo, principalmente sobre a cobertura assistencial.

De maneira resumida, tem-se que a cobertura assistencial obrigatória imposta pela LPS está centrada no atendimento médico-ambulatorial e hospitalar, das doenças contidas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a saúde (CID), mediante os procedimentos e eventos relacionados no Rol da ANS. Restou determinado também constar nos instrumentos jurídicos os “eventos cobertos e excluídos”, os quais, por força de dirigismo contratual imposto pelo órgão regulador<sup>295</sup>, são pré-determinados, podendo cada operadora ofertar mais cobertura, todavia, não há no texto legal nenhuma referência sobre o controle de cláusulas abusivas.

A dúvida sobre a legislação aplicável perpassa pelo contido no artigo 35-G da LPS que determina aplicação subsidiária do CDC aos “contratos entre usuários e operadoras”. Cláudia Lima Marques explica que o referido artigo, de natureza infraconstitucional, está *dogmaticamente* incorreto, haja vista que o CDC é uma norma de procedência constitucional, sendo que o mais adequado deve ser uma *aplicação cumulativa de ambas as leis*<sup>296 297</sup>. Maria

---

<sup>294</sup> GREGORI, Maria Stella. O Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9.656/98: antinomia ou complementariedade? *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 55. ano 14. p. 199-210. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2005.

<sup>295</sup> ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. BRASIL. Instrução Normativa nº 23 DIPRO, de 02 de dezembro de 2009.

<sup>296</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 550.

<sup>297</sup> Cumprido o devido registro que a Autora é a percussora no Brasil da expressão “diálogo das fontes”, após ser aluna do Professor Erik Jayme, no Curso Geral ministrado na Academia de Haia em 1995, propondo método de coordenação das fontes coexistentes para solucionar conflitos. Expôs, três tipos de diálogos possíveis, ao se referir sobre o CDC e o CC/2002, a saber: “1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (*diálogo sistemático de coerência*), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microsistema específico, não completo materialmente, apenas com completude e subjetiva de tutela de um grupo da sociedade; 2) na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra a de-

Stella Gregori enfatiza que *mens legis*<sup>298</sup> foi não deixar dúvida sobre a aplicação do CDC na relação jurídica contratual de assistência à saúde. Thierry Bourgoignie ensina que existindo legislação especial sobre determinado produto ou serviço essa deve seguir uma *lógica de complementariedade*<sup>299</sup> ao CDC, quando não existir *disposições específicas similares*. Nesse sentido, José Reinaldo Lima Lopes destaca que “entendido que a Lei 9.656/98 encontra-se dentro do direito do consumidor, seus dispositivos devem ser interpretados dentre os princípios gerais ou contratuais da Lei 8.078/90”<sup>300</sup>.

Diante do exposto, conclui-se que o CDC, quando caracterizada a relação de consumo, é a legislação que deve balizar de maneira geral eventual abusividade de cláusula contratual limitativa de prestação, contudo, à análise do caso concreto é crucial, eis que pode constar na LPS regra específica para o desfecho do conflito, como no caso do seu artigo 10 que elenca exceções à cobertura assistencial obrigatória, não cabendo ao intérprete discutir sua validade ao deparar de forma *ipsis litteris* no clausulado.

Em Portugal, o legislador do regime jurídico do contrato de seguro, que abarca o objeto desta pesquisa – seguro de saúde-, de maneira enfática deter-

---

pende de seu campo de aplicação no caso concreto (*diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais*), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber no que for necessário ou subsidiariamente; 3) ainda há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei [...] É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens* (*diálogo de coordenação e adaptação sistemática*)”. BENJAMIM, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8 ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 91.

<sup>298</sup> GREGORI, Maria Stella, op. cit., 207.

<sup>299</sup> BOURGOIGNIE, Thierry. A proteção do consumidor e a proteção do paciente: complementariedade dos sistemas de proteção. Tradução: Simone Regina Backes. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.114. ano 26. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2017, p. 56. O Autor indica a regra da seguinte forma: “Cada uma das disposições da lei será aplicável na medida em que não existam, no quadro de disposições legislativas e regulamentares específicas a determinados produtos e serviços, disposições específicas similares.”

<sup>300</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. Consumidores de Seguros e Planos de Saúde (ou, doente também tem direitos). In MARQUES, Cláudia Lima *et al.* *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29. Rizzatto Nunes leciona: “na eventual dúvida sobre saber qual diploma legal incide na relação jurídica, no fato ou na prática civil ou comercial, deve o intérprete, preliminarmente, identificar a própria relação: se for jurídica de consumo, incide na mesma a Lei 8.078/90”. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O Código de Defesa do Consumidor e os Planos de Saúde: o que importa saber. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 48. ano. 11. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2003, p. 86.

minou a remissão para a legislação sobre cláusulas contratuais gerais, sobre defesa do consumidor e sobre contratos celebrados à distância, adotando-se a complementariedade entre as duas legislações.

# 3.

## Identificação do Problema e Consequências Práticas

A regra geral impede o juiz *agir de ofício*, cabendo ser provocado em sua jurisdição para dizer o direito. Há críticas<sup>1</sup> sobre seu “ativismo judicial”<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> Afirmação do Ministro Villas Bôas Cueva: “A judicialização da saúde pública remete a uma quase incontrolável escalada de custos que ameaça inviabilizar o Sistema Único de Saúde e tem sujeitado o Poder Judiciário a várias críticas, como: falta de legitimidade para substituir o Poder Executivo na definição de políticas públicas, falta de competência técnica para adjudicar complexas questões que envolvem a adequação de meios fins, violação do princípio da separação de poderes, ameaça à segurança jurídica, ineficiência e injustiça na alocação de recursos escassos em prejuízo daqueles a quem se pretendia originalmente proteger e ameaça à coerência e integridade do sistema jurídico. De modo semelhante, a judicialização da saúde suplementar tem suscitado preocupações quanto ao aumento incontrolável de custos, o que pode pôr em xeque a viabilidade econômico-financeira do setor. Ao mesmo tempo, tem gerado críticas à atuação do Judiciário, que não respeitaria a força vinculante dos contratos e as normas editadas pela agência reguladora.” CUEVA, Marco Villas Bôas. A relevância do poder regulatório da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) nos litígios entre operadoras e beneficiários de planos de saúde, especialmente na jurisprudência do STJ. p. 241-270. In: VILLAS BOAS, Marco; CECHIN, José. *Judicialização da saúde*. Palmas: Editora Esmat, 2020.

<sup>2</sup> Ver crítica sobre essa expressão em: LEWANDOWSKI, E. R. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 251, p. 77–85, 2009. DOI: 10.12660/rda.v251.2009.7529. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529>. Acesso em: 05 nov. 2021. O Autor prefere a expressão “protagonismo do Poder Judiciário”.

que alguns casos se constatarem, contudo, atua na maioria das vezes pela inércia, negligência ou abuso por parte do agente político<sup>3</sup>. Pode-se dizer que as ações judiciais envolvendo o tema assistência à saúde pública estão neste contexto, sendo propostas pelo Ministério Público, Defensoria Pública Estadual ou Federal, para dar efetividade e garantir às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação aos cidadãos brasileiros. Outra corrente doutrinária entende que o Poder Judiciário atua de forma cooperativa, garantido a realização dos direitos sociais.

Com o advento da Constituição da República brasileira de 1988, prevendo que a “saúde é direito de todos e dever do Estado”, aliado as novas interpretações pelos juristas, principalmente sobre a *constitucionalização do direito civil*, ocorreu, a partir da metade dos anos 90, uma proliferação de ações judiciais contra o Estado *lato sensu* pleiteando na sua quase totalidade medicamentos, além de alguns outros cuidados de saúde, que culminaram com o fenômeno denominado de “judicialização da saúde”<sup>4</sup>, que persiste até os dias atuais conforme constatado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Atribui-se a essa crescente demanda pela imposição constitucional de “dever do Estado”, aliada a falta de regras mais claras e práticas que afetam diretamente a nossa sociedade, bem como a evolução dos meios comunicação com produção alargada de informações sobre o tema, ocasionando assim os conflitos que são levados ao Estado-juiz emitir sua decisão.

Com efeito, alavancaram-se também as ações judiciais contra as operadoras que atuam na iniciativa privada, especialmente, nos casos envolvendo a cobertura assistencial de órtese ou prótese, exames diversos, cirurgias variadas, após, em rela-

---

<sup>3</sup> “Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico. [...] Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito.” BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 360-361.

<sup>4</sup> Afirma Milton Nobre que é um “Desdobramento da *judicialização das políticas públicas e das relações sociais*”. NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 358.

ção aos medicamentos<sup>5</sup>, além dos reajustes anuais ou por faixas etárias<sup>6</sup>.

Amanda Flávio de Oliveira reconhece como ponto positivo que os consumidores estão recorrendo ao Poder Judiciário para exigir seus direitos, lado outro, traz para reflexão investigar os motivos que ensejam a “judicialização da saúde”, provocando que possa ser em virtude da desobediência dos fornecedores perante as normas, bem como a ineficiência do Estado Regulador<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Em 2015, foram aprovadas Diretrizes das Nações Unidas sobre a proteção do consumidor, dentre elas, consta a denominada *Produtos farmacêuticos*, na qual diz: “Os Estados Membros devem desenvolver ou manter padrões adequados, disposições e sistemas regulatórios apropriados para garantindo a qualidade e o uso adequado de produtos farmacêuticos por meio de políticas nacionais integradas de drogas que poderiam abordar, inter alia, aquisição, distribuição, produção, acordos de licenciamento, sistemas de registro e a disponibilidade de informações confiáveis sobre produtos farmacêuticos. Ao fazê-lo, os Estados-Membros devem ter especial conta do trabalho e recomendações do World Health Organização em produtos farmacêuticos. Para produtos relevantes, o uso desse Esquema de certificação da organização sobre a qualidade de produtos farmacêuticos Movimentação de produtos no comércio internacional e outros internacionais 24 sistemas de informação sobre produtos farmacêuticos devem ser encorajados. Medidas também devem ser tomadas, conforme apropriado, para promover o uso de nomes não patenteados internacionais para drogas, com base no trabalho feito pela Organização Mundial da Saúde.” Para ver todas as Diretrizes, disponível em: [https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_en.pdf). Acesso em: 10 out. 2021. Sobre o tema: ACIOLI, Carlos André Carvalho. Comentários acerca da atualização das diretrizes das Nações Unidas sobre a proteção dos consumidores 2015: um caminho construtivo para o futuro da proteção dos vulneráveis. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.117. ano 27. p. 363-396. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2018. Veja, também: CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. A defesa do consumidor ganha importância em âmbito internacional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-31/garantias-consumo-defesa-consumidor-ganha-importancia-ambito-internacional>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>6</sup> Rodolpho Barreto propõe indagações para reflexão, a saber: “É desejável que a saúde suplementar tenha a mesma extensão que a Constituição da República atribuiu à saúde pública? E, em caso afirmativo, estariam os consumidores dispostos a arcar com os custos desse sistema?” SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. Prefácio. In: SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Judicialização da saúde suplementar*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2010. p. 10.

<sup>7</sup> “Reconhece-se, por um lado, que essa crescente demanda no Judiciário por razões que envolvam a prestação de saúde privada pode ser decorrência de fatores considerados positivos, tais como uma maior conscientização por parte dos destinatários das normas ou mesmo resultar de um efetivo acesso à justiça propiciado pelo sistema e pelas instituições. Entretanto, esse expressivo aumento das demandas judiciais também pode ser motivado por razões consideradas negativas, entre elas, a resistência dos agentes privados em submeterem-se à lei ou a falência do órgão regulador, que, com a sua atuação, deveria conduzir a um estado de prevenção de litígios. Está-se diante de ponto a merecer reflexão e investigação.” OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Leis de Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 67. ano. 16. São Paulo: Ed., RT jul./set. 2008, p. 57.

Propõe-se explicitar as conclusões do Superior Tribunal de Justiça brasileiro sobre cláusulas abusivas no contrato de plano ou seguro de saúde, através da análise pontual de cada acórdão ou decisão monocrática que serviu de fundamento para a formação da “jurisprudência em teses”, buscando demonstrar quais os pressupostos de validade e os critérios que foram considerados pelos julgadores no caso concreto.

A investigação neste particular, prioriza conhecer e entender a norma principal aplicada em cada julgado, evidenciar eventuais critérios utilizados pelo julgador para declarar a abusividade, no intuito de mitigar a avalanche de ações que assola a Justiça brasileira e compreender os motivos ensejadores da avalanche de ações que assola a Justiça brasileira.

Certo é que as operadoras, não concordam em arcar com os custos de tratamentos que estão fora do “Rol da ANS” ou dos cuidados de saúde que estão delimitados no clausulado, porém, na grande maioria o Poder Judiciário acata o pedido do consumidor, fundado no paternalismo<sup>8</sup> do relatório médico.

Neste ponto, merece ressaltar outra advertência de Amanda Oliveira no sentido de que deve o magistrado observar os reflexos da sua decisão e não “se ater apenas ao que postulam as partes em litígio, mas verificar qual das soluções conduz à maximização da riqueza social”<sup>9</sup>. Lembre-se sempre da existên-

---

<sup>8</sup> “A relação de assistência – compreendendo-se como tal: diagnóstico, exames, tratamento, enfim toda forma de cuidado com as pessoas que têm algum problema de saúde, de natureza paternalista – defendida até o presente, manteve-se durante milênios tendo como alicerce a perpetuação de três crenças: a obrigação de reverência aos médicos, seres dotados de um poder sobrenatural de curar; a fé nos doutores; a obediência ao médico, já que quem sabe mais, pode mais”. BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 2. ano 1. Coimbra: Coimbra Editora, jul./dez. 2004, p. 7. Nesse mesmo sentido, Guilherme de Oliveira diz: “a medicina preventiva está também a libertar o fantasma do *Paternalismo* que a medicina curativa tinha acabado de fechar no armário.” *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 10. ano 5. Coimbra: Coimbra Editora, jul./dez. 2008, p. 8.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O juiz e o novo contrato. In: PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 341. Nesse sentido: “[...] cabe ao Poder Judiciário um papel fundamental, o de promover uma interpretação justa e equilibrada da legislação pertinente à matéria”, sopesando “os interesses envolvidos sem sentimentalismos e ideias preconcebidas”, “contando com o apoio técnico de profissionais qualificados”. FERREIRA, Cláudia Galiberne; PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (coords). *Curso de direito médico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 214-215). Ainda sobre o tema, leia-se, trecho do voto do Mi-



cia do apelo emocional e social que cada ação judicial produz no cotidiano, haja vista que a delimitação da prestação de cobertura assistencial por parte da operadora, mesmo constando expressamente do clausulado, gera aborrecimento, aflição e angústia, sob alegação que *no momento que mais precisava* foi impedido de utilizar-se do plano ou seguro de saúde, comovendo os juízes, que por sua vez, dizem estar alicerçados pelos relatórios emitidos pelos profissionais habilitados.

A ética do profissional habilitado, especialmente do médico, pois é ele quem produz o pedido de cirurgia, tratamento, medicamento, internação, deve ser avaliada para não caracterizar a assistência à saúde como uma mercadoria. A análise da medicina baseada em evidências, mediante o árduo trabalho da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC), bem como das várias instituições nacionais e internacionais, além da própria ANS, visam contribuir para elucidação do pedido médico.

No cenário de incertezas está o consumidor, parte extremamente vulnerável<sup>10</sup>, pois não tem conhecimento técnico do que precisa para sua recuperação e se entrega pela confiança ao seu médico.

Não se pode olvidar a presença da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) como entidade reguladora deste mercado complexo e específico, que acaba por desconhecer nos processos administrativos infração cometida pela operadora, porém, em entendimento contrário, o Estado Juiz decide<sup>11</sup> sobre

---

nistro Luis Felipe Salomão no Recurso Especial nº Recurso Especial nº 1.769.557-CE: “Desarte, eventuais decisões administrativas ou judiciais à margem da lei “escapam das previsões pretéritas” e têm o condão de agravar “a delicada situação financeira de inúmeras operadoras de planos de saúde, que, seguida de intervenções, liquidações ou aquisições de carteiras de clientes, ferem em última análise a própria confiança e expectativa dos consumidores, razão maior da contratação” do plano ou seguro de saúde. “O problema deixa de ser da operadora e passa a atingir toda a sociedade”. LOUREIRO, Francisco Eduardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 338.

<sup>10</sup> Com explica Heloisa Helena Barboza: “a relação médico-paciente sempre foi assimétrica, visto que o paciente, em consequência da sua enfermidade, está em situação de inferioridade ou de vulnerabilidade, e, por sua formação, não possui os mesmos conhecimentos técnicos do médico.” Sobre o consumidor com incapacidade jurídica, ou seja, hipervulnerável, ressalta a Autora que “a orientação legal deve ser seguida enquanto o representante do incapaz escolher o que é o melhor para o paciente e não o melhor para ele mesmo.” BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol 2. ano 1. Coimbra: Coimbra Editora, jul./dez. 2004, p. 9-12.

<sup>11</sup> Claudia Lima Marques se posicionou no seguinte sentido: “Imagine-se, em exemplo

a obrigatoriedade de cobertura assistencial, sob pena de multa diária e danos extrapatrimoniais<sup>12</sup>.

Diante desse desentendimento conflituoso dos órgãos estatais, do panorama de incertezas que afligem o consumidor, da comoção gerada por qualquer doença, do absolutismo praticado em relação ao pedido médico, da realidade que a assistência à saúde privada não pode ser equiparada ao serviço público, com vistas a querer *tudo* para todos os beneficiários dos planos e seguros de saúde, imperioso que se alcance uma harmonização<sup>13</sup> nessa relação jurídica de consumo, no intuito de estabelecer um *ponto arquimediano* que realize a justiça e preserve a equidade<sup>14</sup>.

---

semelhante, um contrato registrado na ANS e controlado por esta agência, que considera que preenche todos os requisitos da Lei 9.656/98, mas que um consumidor ou Ministério Público de um dos Estados da Federação considera incluir uma cláusula abusiva, segundo o princípio de boa-fé do CDC. Assim, baseado na aplicação cumulativa do art. 51, IV, do CDC, discutirá judicialmente a abusividade ou não da cláusula. Como pode o consumidor ou MP discutir algo que já foi regulado pela Lei nº 9.656/98? Pode, pois o CDC também se aplica cumulativamente e não “subsidiariamente” ao referido contrato.” MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor: Item 2.2: Análise da relação da legislação de defesa do consumidor e da legislação especial sobre planos privados de assistência à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 142.

<sup>12</sup> “A importância do tema *regulação dos serviços de saúde no Brasil* – que é tanto uma questão social, pois representa um problema de saúde pública, quanto um problema corretivo de contrato de adesão [...] Levando em consideração o crescimento do número de consumidores, é natural também que seja um dos setores que mais suscitam reclamações e dúvidas dos consumidores. Muitas dessas reclamações são solucionadas no âmbito administrativo, muitas outras, contudo, chegam ao Judiciário. Aliás, registre-se que alguns avanços trazidos pela Lei de Planos de Saúde foram conquistas da jurisprudência, posteriormente incorporados na lei.” ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os planos de saúde privados e o Código do Consumidor: principais questões geradoras de conflito entre planos de saúde e consumidores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 1. ed 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 66.

<sup>13</sup> Lei nº 8.078/90 “Art. 4º [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;”.

<sup>14</sup> GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*.

Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. Inês Oliveira Martins entende que se deve buscar um adequado equilíbrio num contexto de ponderação de interesses, especialmente, sobre os seguros diz: “Do lado do segurado, interfere com grande

### 3.1. Conselho Nacional de Justiça: “Fórum da Saúde”

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passou a fazer parte como órgão do Poder Judiciário mediante a edição da Emenda Constitucional nº 45, 30 de dezembro de 2004, que acrescentou o inciso I-A no artigo 92 na Constituição da República brasileira, com sede na Capital Federal, sendo composto por quinze membros<sup>15</sup> nos termos do art. 103-B da Carta Magna. O Conselho é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e os demais membros são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação no Senado Federal, cabendo ao Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) desempenhar a função de Ministro-Corregedor.

---

acuidade o interesse na obtenção da maior cobertura possível face ao risco em causa. O facto de a obter ao menor preço não é contudo, em si, objeto de tutela em sede de aplicação do diploma das cláusula contratuais gerais, sendo antes deixado ao mercado. Mas deve valorar-se já o facto de a manutenção de tal cobertura postular limitações relevantes da liberdade patrimonial e pessoal – em atenção aos direitos de personalidade – do segurado. Entram neste lado da ponderação também os interesses dos outros sujeitos ligados ao risco, como o segurado, quando diferente do tomador, ou os beneficiários, quando os houver. Do lado do segurador, têm especial incidência os referidos interesses na racionalização e uniformização da oferta do produto jurídico “seguro” – já que, aqui, surgem ligados à própria técnica da mutualização dos riscos, que pressupõe a possibilidade de cálculo antecipado.”

<sup>15</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)

- I — o Presidente do Supremo Tribunal Federal;
- II – um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
- III – um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
- IV – um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- V – um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- VI – um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VII – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VIII – um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- IX – um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- X – um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;
- XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;
- XII – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- XIII – dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.”

A criação do CNJ foi concebida para garantir a melhoria da prestação jurisdicional, estabelecendo controles administrativos e financeiros, bem como apresentando dados processuais dos deveres funcionais dos juízes para toda população<sup>16</sup>. No seu sítio eletrônico<sup>17</sup>, indica as principais atividades em cinco eixos, política judiciária (autonomia do Poder Judiciário), gestão (planejamento estratégico), prestação de serviços ao cidadão (tratar as reclamações), moralidade (julgar processos disciplinares) e eficiência dos serviços judiciais (modernização e celeridade).

Após a salutar iniciativa, porém acanhada, do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009, ao realizar a Audiência Pública nº 4, devido à constatação do elevado número de ações judiciais relacionadas à assistência à saúde<sup>18</sup> e a necessidade de conhecer melhor as políticas públicas, baseada em questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas, constituiu-se

---

<sup>16</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 103-B [...] § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.”

<sup>17</sup> Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>18</sup> DRESCH, Renato Luís e BICALHO, Fábila Madureira de Castro. Manual de direito à saúde: normatização e judicialização. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 133.

um grupo de trabalho<sup>19</sup> para elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. O assunto tornou-se relevante, tendo o Plenário do CNJ aprovado instituir o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde – Fórum da Saúde<sup>20</sup>, com atribuições<sup>21</sup> para continuar a desenvolver os estudos iniciados pelo grupo de trabalho, com vistas à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos na área da saúde pública e suplementar. Milton Nobre<sup>22</sup> esclarece sobre as carências e disfunções geradas por esse tipo de demanda, com limitação de informações clínicas, gerando provimentos judiciais de urgência, não interação com gestores públicos, fatos que motivaram atuação do Poder Judiciário, na busca de eficiência e qualidade da prestação jurisdicional.

Cumpra registrar que antes de instituir o Fórum Saúde, o CNJ editou a Recomendação nº 31, março de 2010<sup>23</sup>, no intuito dos Tribunais adotarem

---

<sup>19</sup> Portaria Nº 650 de 20/11/2009, publicada no DOU, Seção 2, de 24/11/09, p. 35-36, e no DJE/CNJ nº 201/2009, de 24/11/09, p. 3.

<sup>20</sup> Resolução Nº 107 de 06/04/2010, publicada DJE/CNJ nº 61/2010, de 07/04/2010, p. 9-10. Alterada pela Resolução nº 326, de 26 de junho de 2020 e Resolução nº 388, de 13 de abril de 2021.

<sup>21</sup> Resolução Nº 107/2010: “Art. 2º [...] I – monitorar as ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; II – monitorar as ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde; III – propor medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e à estruturação de unidades judiciárias especializadas; IV – propor medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; V – estudar e propor outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.”

<sup>22</sup> NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 354.

<sup>23</sup> Recomendação Nº 31 de 30/03/2010: “I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

medidas que permitam subsidiar os magistrados na solução das ações judiciais contra o Estado *lato sensu* sobre assistência à saúde, haja vista o crescente número de demandas, destacando-se dentre elas, a celebração de convênio para apoio técnico de médicos e farmacêuticos, evitar determinação de entrega de medicamento e procedimento sem autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou de cunho experimental e promover seminários sobre direito sanitário. Passados pouco mais de um ano, na 130ª Sessão Ordinária do CNJ, realizada no dia 05 de julho de 2011, contemplou-se a saúde suplementar, por meio da autorização para publicação da Recomendação nº 36/2011<sup>24</sup>, também devido ao número expressivo de ações judiciais<sup>25</sup>.

---

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON;

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;”. Publicada no DJE/CNJ nº 61/2010, de 07/04/2010, p. 4-6.

<sup>24</sup> Publicada no DJE/CNJ nº 129/2011, de 14/07/2011, p. 3-4.

<sup>25</sup> Recomendação nº 36/2011: “I – Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais que:

a) celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico, sem ônus para os Tribunais, composto por médicos e farmacêuticos, indicados pelos Comitês Executivos Estaduais, para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes, observadas as peculiaridades regionais;

b) facultem às operadoras interessadas o cadastramento de endereços para correspondência eletrônica junto às Comarcas, Seções e Subseções Judiciárias, com vistas a facilitar a

Em 2014, realizou-se a “I Jornada de Direito à Saúde”, na cidade de São Paulo, com objetivo principal de divulgar os enunciados aprovados, visando compilar as interpretações mais sólidas e auxiliar a comunidade jurídica nas discussões doutrinária e jurisprudencial. Na época, aprovou-se 45 enunciados<sup>26</sup>, sendo 17 destinados exclusivamente para as ações judiciais envolvendo a saúde suplementar. Para nosso estudo, sobressai-se os seguintes enunciados: (i) Nº 21 – considerar o Rol da ANS como a cobertura obrigatória, ressalvada as coberturas adicionais; (ii) Nº 23 – oficiar à ANS para confirmar a cobertura obrigatória; (iii) Nº – cabe ao médico assistente, a prescrição terapêutica; (iv) Nº 26 – legítima a limitação de prestação de prótese, órtese, material especial, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, além dos tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (v) Nº 29 – os juízes devem considerar se os profissionais habilitados observaram, nos seus relatórios, a eficácia, efetividade e evidências científicas; (vi) Nº 36 – as complicações advindas de procedimentos tem cobertura obrigatória, nos limites do Rol da ANS e da segmentação contratada. Percebe-se, principalmente, em relação aos números 21 e 36, que não há uma cobertura assistencial ilimitada, direcionando à limitação da prestação para o Rol da ANS. Esse assunto, conforme apresentado no Capítulo 2, está para ser decidido no âmbito da Segunda Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça, haja vista a recente mudança da Quarta Turma sobre a qualificação do Rol da ANS, passando seu entendimento para qualificá-lo como

---

comunicação imediata com os magistrados, e, assim, fortalecer a mediação e possibilitar a autorização do procedimento pretendido ou a solução amigável da lide, independentemente do curso legal e regular do processo;

c) orientem os magistrados vinculados, por meio de suas corregedorias, a fim de que oficiem, quando cabível e possível, à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ao Conselho Federal de Medicina (CFM), ao Conselho Federal de Odontologia (CFO), para se manifestarem acerca da matéria debatida dentro das atribuições de cada órgão, específica e respectivamente sobre obrigações regulamentares das operadoras, medicamentos, materiais, órteses, próteses e tratamentos experimentais.

II – Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) e às Escolas de Magistratura Estaduais e Federais que promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do Ministério Público e operadoras, a fim de propiciar maior entrosamento sobre a matéria.

III – Recomendar aos Comitês Executivos Estaduais que incluam, dentre os seus membros, um representante de planos de saúde suplementar, no intuito de fomentar o debate com as operadoras, diante dos dados constantes em seus arquivos.”

<sup>26</sup> Ver todos em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENARIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

“taxativo”<sup>27</sup> ao invés de “exemplificativo” combatido pela Terceira Turma, e será, sem dúvida, o grande divisor de águas sobre a cobertura assistencial.

Mais duas edições da “Jornada de Direito à Saúde” foram realizadas, nos anos de 2015 e 2019, também com aprovações de enunciados<sup>28</sup>. Registre-se a determinação, em 2016, para criação dos Comitês Estaduais de Saúde<sup>29</sup>, que passaram a ser integrantes do Fórum da Saúde, com atribuições de monitorar as ações judiciais no seu respectivo Estado, propondo alternativas para mitigação dos litígios; implantação do Núcleo de Apoio Técnico dos Tribunais de Justiça (NAT-Jus) que subsidiará tecnicamente os juízes; conduzir diálogos interinstitucionais e apresentar recomendações para melhor desenvolvimento das políticas públicas de saúde. Em que pese essas louváveis iniciativas do CNJ, a curva das ações judiciais continua crescente, apontando que o debate deve continuar em busca da segurança jurídica.

### *3.1.1. Dados estatísticos da judicialização da assistência à saúde no Brasil*

Durante a III Jornada da Saúde, realizada em 18 de março de 2019, na cidade de São Paulo, o Conselho Nacional de Justiça divulgou e disponibilizou o “Relatório Analítico Propositivo Justiça – Pesquisa Judicialização da Saúde

---

<sup>27</sup> Até a entrega deste texto somente foi consignado o voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, com a novidade sobre a possibilidade de relativização da regra de ser “taxativo” em situações excepcionais, denominada pela “taxatividade mitigada”. Para maiores detalhes, acompanhar o julgamento da Segunda Seção de Direito Privado, os Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP, disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

<sup>28</sup> Para esse estudo, importa transcrever os seguintes: (i) Nº 97 “As solicitações de terapias alternativas não previstas no rol de procedimentos da ANS, tais como equoterapia, hidroterapia e métodos de tratamento não são de cobertura e/ou custeio obrigatório às operadoras de saúde se não estiverem respaldadas em Medicina Baseada em Evidência e Plano Terapêutico com Prognóstico de Evolução.”; (ii) Nº 99 “O tratamento multiprofissional do Transtorno do Espectro Autista é de cobertura obrigatória por parte das operadoras de saúde, as quais devem viabilizar ao beneficiário ou equipe multiprofissional credenciada pela operadora de saúde, desde que o método seja reconhecido pelos respectivos conselhos de classe dos profissionais integrantes da referida equipe multiprofissional, ou que esteja expressamente previsto no rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS.”.

<sup>29</sup> Inicialmente, os Comitês Estaduais de Saúde foram criados pela Resolução nº 238, de 06 de setembro de 2016, atualmente, são regidos pela Resolução nº 388, de 12 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/forum-da-saude-3/>. Acesso em: 05 nov. 2021.



no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução”<sup>30</sup>. A pesquisa foi realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), que manifestou, na introdução, ser o sistema de assistência à saúde, tanto público quanto privado, amplo e complexo, atuando diretamente com direitos sociais previstos constitucionalmente e economicamente expressivo dentro do cenário nacional, sendo o Poder Judiciário utilizado para resolver os conflitos de interesses. Para reflexão extrai-se a frase dos organizadores da pesquisa “quais devem ser os parâmetros de justiça e de quem é a competência para decidir”.

Os resultados globais<sup>31</sup> indicam que foram distribuídas no período de 2008 a 2017, em dezessete Tribunais Estaduais, 498.715 ações judiciais e 277.411 tramitaram perante a segunda instância. Constatou-se, crescimento de 130% no número de demandas anuais na primeira instância. Analisando os dados, percebe-se uma decrescente de 2008 (41.453) até 2011 (26.502), todavia, a curva acelerou atingindo em 2017 a marca de 97.752 novas ações. Já na segunda instância ocorreu somente crescimento, sendo 22.011 em 2009 passando para 40.658 em 2017, perfazendo 85% de aumento<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup><https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/eae0a55729098701a9f49a22a9f3ce43.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021. Consta no Relatório (página 14) que foram analisadas outras pesquisas anteriores, porém, concluíram que nenhuma delas detinha uma representatividade nacional. “Tamanho relevância do tema tem despertado o interesse de diversos pesquisadores, muitos dos quais se dedicaram à investigação empírica desse fenômeno (para citar apenas alguns trabalhos: Gauri e Brinks, 2008; Glopen & Yamin, 2011; Ferraz, 2009; Asensi e Pinheiro, 2016; Dias e Silva Jr, 2016; Ramalho, 2016; Wang, 2015; Pepe, 2010; Vieira e Zucchi, 2007). Via de regra, contudo, esses estudos não possuem representatividade nacional e não permitem explorar a variabilidade regional dessas demandas judiciais.”

<sup>31</sup> O Insuper enviou para todos os Tribunais Estaduais e para três Tribunais Regionais Federais solicitando o seguinte: “Especificações do Pedido de Informação. 1. Solicita-se lista com a numeração padronizada pelo CNJ de todos os processos em tramitação e já concluídos/arquivados junto ao Poder Judiciário deste Estado (incluindo 1ª e 2ª instâncias), desde 1º de janeiro de 2008, cujo assunto ou tema da ação tenha sido indexado, de acordo com o Sistema de Gestão de Tabelas Processuais Unificadas, do Conselho Nacional de Justiça, como: a. direito administrativo e outras matérias (9985) > serviços (10028) > saúde (10064), ou b. direito do consumidor (1156) > contratos de consumo (7771) > planos de saúde (6233), ou c. direito do consumidor (1156) > contratos de consumo (7771) > seguro (7621), ou d. direito do consumidor (1156) > contratos de consumo (7771) > serviços hospitalares (7775). 2. Solicita-se, somada a lista acima, se possível e disponível, a indicação, para cada processo: a. das partes envolvidas; b. do tipo de ação judicial (se processo ordinário, mandado de segurança, etc.); c. da data de distribuição; d. da data e conteúdo do último andamento; e. da localização atual do processo; e f. da comarca/vara em que o processo original foi distribuído (origem)”.

<sup>32</sup> Registre-se que não há um único sistema de informação para o Judiciário, sendo

O assunto “plano de saúde”<sup>33</sup> apareceu na pesquisa como principal tema entre os Tribunais da região Sudeste, Minas Gerais com 16%, Rio de Janeiro 33% e São Paulo 82%<sup>34</sup>, sendo responsável, na primeira instância, por 51,4% das novas ações judiciais. Apenas 4,48% das ações judiciais foram consideradas improcedentes na primeira instância, e em 75% dos casos os juízes deram ganho de causa aos pacientes, sobre diversos assuntos, dentre eles, exames, medicamentos, órteses e próteses e procedimentos, sendo 50% em sede de tutela antecipada.

A grande maioria das ações judiciais foram propostas mediante representação de advogado particular, como exemplo, tem-se na região Sudeste que somente 7,7% ingressam por meio da Defensoria Pública. Trata-se de demandas individuais, constando 2,23% de ações coletivas, porém, demonstrou que 13% apresentaram conteúdo compatível de uma ação coletiva<sup>35</sup>. O direito de ação e o acesso ao Poder Judiciário são previstos constitucionalmente, mas observa-se que são pessoas com alguma condição econômica que buscam tratamentos não previstos nas políticas públicas ou nos contratos de planos ou seguros de saúde, implicando em custo da operação e insegurança jurídica.

Apuração importante diz respeito ao raríssimo uso pelos magistrados dos documentos produzidos pelos NAT-Jus, do CONITEC (Comissão Nacional

---

apontado pelos pesquisadores como sugestão de melhoria para a gestão da judicialização, como também salutar um sistema comum para o Poder Executivo, que gere o sistema público de saúde.

<sup>33</sup> “Os principais assuntos discutidos nos processos em primeira instância são: “Plano de Saúde”, “Seguro” e “Saúde”, seguidos de “Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos”. Nota-se, em particular, uma participação muito elevada dos assuntos “Plano de Saúde” e “Seguro”, revelando a relevância da litigância judicial na esfera da saúde suplementar, assunto ainda pouco investigado na literatura sobre o tema.” (pág. 15). Apontou-se, também, que: “A Justiça Estadual de São Paulo é uma das principais responsáveis por esse grande número de processos no Brasil cujo assunto é indexado como “planos de saúde”, tendo distribuído 116.518 casos nessa categoria durante o período em análise”. Os Estados do Ceará e Pernambuco completam a lista dos três maiores com demandas em saúde suplementar. Destaca-se Rondônia com poucos consumidores inscritos nos planos, porém, com alto índice de ações judiciais contra as operadoras. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>).

<sup>34</sup> A pesquisa evidenciou que no Estado de São Paulo é frequente pedidos de procedimentos ou medicamentos não previstos no SUS ou no Rol da ANS. (p. 20)

<sup>35</sup> O Código de Processo Civil brasileiro permite ao magistrado: “Art. 139 [...] X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.”

de Incorporação de Tecnologia do SUS)<sup>36</sup> e dos próprios Enunciados<sup>37</sup> do CNJ, atendo-se na maioria ao relatório prescrito pelo profissional habilitado que acompanha o paciente. Essa questão é delicada e será tratada adiante, pois preza-se pela medicina baseada em evidências e não que a medicina se torne uma mercadoria, além de gerar distanciamento das políticas públicas. O caso da “fosfoetanolamina” é um exemplo marcante, também conhecida como “pílula do câncer”, em desenvolvimento pela Universidade de São Paulo (USP), tendo gerado uma corrida ao Poder Judiciário, que concedeu no período de oito meses, 13 mil tutelas antecipadas obrigando a USP a entregar o produto, pois não era reconhecido como medicamento porque não autorizado pela ANVISA e sem comprovação de eficácia nos estudos científicos. Constatou-se que a maior demanda, em saúde suplementar, está associada ao pedido de órteses e próteses mencionado em mais de 108 mil decisões de tutela antecipada em uma amostra de 188 mil processos judiciais<sup>38</sup>, na saúde pública predominância dos medicamentos<sup>39</sup>. Não há, também, citação pelos magistrados da farta

---

<sup>36</sup> A título exemplificativo, das 80 mil ações judiciais decididas no Estado de São Paulo, somente em 72 se fez referência à Comissão. (pág. 21) Importa dizer que não existia o Comitê Estadual da Saúde neste Estado até a publicação da pesquisa, sendo instalado no ano de 2020. Registre-se que a Organização Pan-Americana da Saúde instituiu, em 2011, a Rede de Avaliação de Tecnologias em Saúde das Américas (RedETSA) e na 28ª Conferência Sanitária Pan-Americana, após examinar o relatório “Avaliação e Incorporação de Tecnologias em Saúde nos Sistemas de Saúde (Documento CSP28/11)” resolveu instar os Estados Membros a: “incentivar o estabelecimento de processos decisórios para a incorporação de tecnologias em saúde com base na avaliação de tecnologias em saúde (ATS), que podem incluir critérios de segurança, eficácia, custo e outros critérios relevantes” (1.a);”. Veja entre os considerandos: “a prática em alguns países de utilizar o sistema jurídico para solicitar que as autoridades sanitárias assegurem o acesso a tecnologias em saúde, sem ser comprovada sua efetividade ou sem uma avaliação comparativa prévia com as tecnologias em saúde já oferecidas pelo sistema de saúde”. Disponível em:

[http://www.paho.org/bra/images/stories/documentos/csp28\\_r9\\_at.pdf](http://www.paho.org/bra/images/stories/documentos/csp28_r9_at.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>37</sup> “Finalmente, foi feita uma análise de frequência de menções aos enunciados interpretativos do CNJ relacionados à saúde, que ocorreram no âmbito de duas Jornadas de Direito da Saúde, realizadas nos anos de 2014 e de 2015. Os resultados indicam que, em primeira instância, foram mencionados 19 vezes em 107.497 decisões e, em segunda instância, 2 vezes em 82.233 decisões. Os achados são estatisticamente irrelevantes e sugerem que há pouca utilização dos enunciados interpretativos do CNJ.” (p. 21/22)

<sup>38</sup> Outros pedidos expressivos são: dietas, insumos ou materiais, leitos e procedimentos.

<sup>39</sup> “Os remédios são, a um só tempo, santos e demônios, heróis e vilões, benfeitores e malfeitores; tudo depende de como são produzidos, comercializados e utilizados. Se, por um lado, devemos aos remédios a melhoria da saúde e o expressivo aumento da sobrevida da população – dificilmente vamos encontrar uma pessoa idosa que não faça uso diário de pelo

legislação que existe sobre as garantias das políticas públicas para os sistemas público (direito sanitário) ou privado (direito à saúde suplementar)

Outro ponto que merece destaque na pesquisa está relacionado aos gastos públicos, que teve incremento de treze vezes nos últimos sete anos, atingindo 1,6 bilhão no ano de 2016. Para corroborar com essa assertiva, o Comitê Executivo do CNJ do Rio de Janeiro publicou<sup>40</sup> que o Ministério da Saúde despendeu, em 2016, o montante de R\$ 1.157.375.425,35 para atender apenas 1.262 pacientes. Na saúde suplementar o cenário é semelhante com gastos vultosos, superando mais de um bilhão<sup>41</sup> por ano.

Em resumo, a conclusão trazida pelos pesquisadores é de que não há um único fenômeno para a denominada “judicialização da saúde”, haja vista uma multiplicidade de pedidos formulados nas ações judiciais, cabendo maiores investigações sobre as causas e os efeitos dos serviços de assistência à saúde, na busca da transparência, equidade e segurança jurídica.

### *3.1.2. Medicina Baseada em Evidências e o Poder Judiciário*

Propõe-se a um breve contexto sobre o clamor dos gestores públicos e privados da área de saúde para observância pelos magistrados da medicina baseada em evidências (MBE) nos processos judiciais que se contrapõe em relação ao relatório prescrito pelo médico assistente que acompanha o paciente,

---

menos um remédio -, por outro lado, devemos também a eles algumas lamentáveis tragédias.” CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. Revista de Direito do Consumidor. vol. 29. ano. 8. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 55.

<sup>40</sup> Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/judicializacao-da-saude-valor-economico-12619/>. Acesso: 05 nov. 2021. Veja também pesquisa realizada pelo Tribunal de Contas da União no ano de 2015: “Estudo que abrangeu União, Estados e municípios detectou que os gastos da União com processos judiciais referentes à saúde, em 2015, foram de R\$ 1 bilhão, um aumento de mais de 1.300% em sete anos. O fornecimento de medicamentos, alguns sem registro no Sistema Único de Saúde, corresponde a 80 % das ações. Foram detectadas, ainda fraudes para obtenção de benefícios indevidos. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>41</sup>Notícia divulgada pelas operadoras: <https://blog.abramge.com.br/saude-em-geral/gasto-de-planos-de-saude-com-disputas-judiciais-dobra-em-2anos-e-vai-a-r-12-bi/> Acesso em: 05 nov. 2021.

elevado, na sua maioria, ao *status* de documento absoluto e único necessário para dirimir a lide<sup>42</sup>. Para Lopes<sup>43</sup> a MBE pode ser entendida como análise crítica do médico quando no seu exercício profissional consegue “aplicar de forma racional” as informações científicas geradas, após estudos clínicos consistentes surgidos através de dúvidas para melhor resolução na recuperação dos pacientes, permitindo, também, atualização dos seus conhecimentos.

O que realmente se pretende com a MBE é efetivar o mais adequado tratamento da enfermidade acometida pelo paciente, no intuito de evitar o uso indiscriminado de tratamentos experimentais<sup>44</sup>, que por vezes, culmina na mercantilização da saúde, eis que sem as melhores evidências são prescritos medicamentos, próteses, órteses, insumos e técnicas cirúrgicas não devidamente

---

<sup>42</sup> “A mera apresentação de uma requisição médica atestando determinada doença e indicando determinado tratamento não se encontra, por cento, imune à contestação, seja para o efeito de demonstrar a desnecessidade daquele tratamento ou mesmo a existência de alternativa, seja de opção que, embora igualmente eficiente, seja mais econômica, viabilizando o atendimento para outras pessoas com o mesmo comprometimento orçamentário.” SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. vol. 24. Porte Alegre: Escola da Magistratura do TRF 4ª Região, 2008, p. 46-47.

<sup>43</sup> LOPES, A.A. Medicina Baseada em Evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. O Autor entende que o médico tem capacidade de realizar a prática da MBE quando: “1. identificar os problemas relevantes do paciente; 2. converter os problemas em questões que conduzam às respostas necessárias; 3. pesquisar eficientemente as fontes de informação; 4. avaliar a qualidade da informação e a força da evidência, favorecendo ou negando o valor de uma determinada conduta; 5. chegar a uma conclusão correta quanto ao significado da informação; 6. Aplicar as conclusões dessa avaliação na melhoria dos cuidados prestados aos pacientes.” Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/26367534\\_Medicina\\_Baseada\\_em\\_Evidencias\\_a\\_arte\\_de\\_aplicar\\_o\\_conhecimento\\_cientifico\\_na\\_pratica\\_clinica](https://www.researchgate.net/publication/26367534_Medicina_Baseada_em_Evidencias_a_arte_de_aplicar_o_conhecimento_cientifico_na_pratica_clinica). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>44</sup> Do julgamento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, BVertG, decisão do Primeiro Senado de 6 de dezembro de 2005 – 1 BvR 347/98 -, Rn. 1-69, contra o seguro de saúde legal (não privado) extrai-se o seguinte contexto: “A exposição de motivos (BTDru-cks 11/2237, p. 157) explica os motivos da Seção 2, Parágrafo 1, Cláusula 3 do SGB V O “estado de conhecimento médico geralmente reconhecido” exclui serviços que são fornecidos usando métodos que não são cientificamente reconhecidos. Novos procedimentos que não foram testados adequadamente, ou métodos externos (procedimentos paramédicos) que são conhecidos, mas não foram comprovados, não geram qualquer obrigação por parte da seguradora de saúde de fornecer benefícios. Não é função dos seguros de saúde financiar pesquisas médicas. Isso também se aplica se novos métodos levarem à cura da doença ou ao alívio dos sintomas da doença em casos individuais.” (tradução em: [http://bverfg.de/e/rs20051206\\_1b-vr034798.html](http://bverfg.de/e/rs20051206_1b-vr034798.html). Acesso em: 05 nov. 2021.

comprovadas cientificamente<sup>45</sup>, colocando nas mãos do Poder Judiciário uma questão bastante sensível por envolver a recuperação da saúde e, em determinados casos, a própria vida do demandante da ação judicial<sup>46</sup>.

Certo é que o magistrado não tem a capacidade técnica para avaliar se o relatório médico emitido para o paciente atende ou não os estudos da medicina baseada em evidências. Diante disso, o Conselho Nacional de Justiça, vem criando alternativas para suprir essa lacuna técnica, dentre elas, a determinação para instalação nos Tribunais de NAT-Jus e que disponibilizem no seu sítio eletrônico acesso aos magistrados e operadores do direito dos pareceres, notas técnicas e julgados que envolvem o direito à saúde.<sup>47</sup> Outra alternativa de auxílio foi, em 2016 e aprimorada em 2018, a celebração do Termo de Cooperação entre o CNJ e o Ministério da Saúde, que possibilita o magistrado, por meio de consul-

---

<sup>45</sup> No âmbito no sistema público, o CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias aos SUS-, regido pela Lei nº12.401/2011 (regulamentado pelo Decreto nº 7.646/2011) é responsável por “assessorar o Ministério da Saúde na incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de novas tecnologias em saúde, como medicamentos, produtos e procedimentos, tais como vacinas, produtos para diagnóstico de uso “in vitro”, equipamentos, procedimentos técnicos, sistemas organizacionais, informacionais, educacionais e de suporte, programas e protocolos assistenciais, por meio dos quais a atenção e os cuidados com a saúde são prestados à população. Cabe aqui também falar sobre a atuação da Conitec na constituição e alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, podendo requisitar a sua elaboração ou revisão, conforme o interesse para o SUS, lembrando que um protocolo clínico e diretriz terapêutica estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.” Disponível em: <http://conitec.gov.br/historico-institucional>. Acesso: 02 out. 2021. Na saúde suplementar, as regras para incorporação no “Rol da ANS” estão descritas na Resolução Normativa nº 439, de 03 de dezembro de 2018 e no artigo 10-D, da Lei nº 9.656/98.

<sup>46</sup> A Lei 12.401/2011 alterou a Lei nº 8.080/90, que regulamenta o SUS, incluindo vários artigos, dentre eles, destaca-se o artigo 19-Q, §2º, inciso I, que obriga na incorporação de novas tecnologias pelo serviço público as evidências científicas, senão veja: “Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. (...) § 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente: I – as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;”.

<sup>47</sup> Inicialmente constando na Resolução Normativa nº 238, de 06 de setembro de 2016, atualmente, regida pela Resolução nº 388, de 13 de abril de 2021.

ta à distância, nos processos com pedido de tutela antecipada com indicação de “urgência médica”, obter suporte técnico do Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde, 24 horas por dia e nos sete dias da semana, para qualificar se realmente o pedido é urgente e tomar sua decisão não somente com a narrativa da peça processual de ingresso e do relatório unilateral produzido pelo médico que assiste ao seu paciente.

Nesse sentido, foi publicado o Provimento nº 84/2019<sup>48</sup>, da Corregedoria Nacional de Justiça, no dia 19/08/2019, regulamentando o funcionamento do denominado “Sistema Nacional de Pareceres<sup>49</sup> e Notas Técnicas<sup>50</sup> (e-NAT-Jus), no intuito de prevenir conflitos judiciais, bem como auxiliar os magistrados na tomada de decisão, principalmente em sede de cognição sumária, e, ainda, definir melhores estratégias sobre o direito sanitário e de saúde suplementar.

Nas Jornadas de Direito à Saúde promovidas pelo CNJ para discussão em torno da “judicialização da saúde”, foram aprovados enunciados que corroboram a preocupação do Poder Judiciário em seguir as melhores evidências científicas, *v.g.*, o “Enunciado nº 59 – As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas da Medicina Baseada em Evidências – MBE”<sup>51</sup>. Em que pese esse esforço do

---

<sup>48</sup> <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2987>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>49</sup> “**Parecer Técnico-Científico:** também é um documento de caráter científico, elaborado pela equipe técnica dos Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NATS), por força do Termo de Cooperação n. 21/2016, que se propõe a responder, de modo sumarizado e com base nas melhores evidências científicas disponíveis, a uma questão clínica sobre os potenciais efeitos (benefícios e riscos) de uma tecnologia para uma condição de saúde. O PTC pode resultar em: (a) conclusões suficientes para indicar e embasar cientificamente o uso de uma tecnologia; (b) conclusões suficientes para contraindicar seu uso; (c) apenas identificar que as evidências disponíveis são insuficientes (em termos de quantidade e/ou qualidade) e sugerir que recomendações, para seu uso ou não, não podem ser levantadas considerando o conhecimento atual.” <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude-3/e-natjus/> Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>50</sup> “**Nota Técnica:** é um documento de caráter científico, elaborado pela equipe técnica dos Núcleos de Apoio ao Judiciário (NATJus), que se propõe a responder, de modo preliminar, a uma questão clínica sobre os potenciais efeitos de uma tecnologia para uma condição de saúde vivenciada por um indivíduo. A NT é produzida sob demanda, ou seja, após a solicitação de um juiz como instrumento científico para auxílio da tomada de decisão judicial em um caso específico.” <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude-3/e-natjus/> Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>51</sup> Além deste veja: “Enunciado nº 29 – Na análise de pedido para concessão de tratamentos, medicamento, prótese, órtese e materiais especiais, os juízes deverão considerar se os médicos ou os odontólogos assistentes observaram a eficácia, a efetividade, a segurança e

CNJ para capacitar e auxiliar os magistrados, a última pesquisa apontou *baixo uso* nas decisões judiciais dos documentos técnicos e dos enunciados. A título exemplificativo, cite-se à análise da pesquisa tratada no item anterior, com recorte no Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo que sua escolha é em virtude de conter o maior número de ações em saúde, totalizado em 107.497, em primeira instância, no período de 2008 a 2018, com índice de procedência para o consumidor de 74,68% e parcialmente procedente 10,39%. De acordo com o estudo divulgado realizou-se o cruzamento das ações com os siglas “ANVISA, NAT, CONITEC, CNJ”, os resultados indicam os seguintes percentuais: (i) ANVISA – 1,2% para as julgadas procedentes, 7,52% para as parcialmente procedentes, 3,02% para as improcedentes; (ii) CONITEC – 0,13% para as julgadas procedentes e 1,38% para as improcedentes; (iii) NAT – 0,01% para todos os julgamentos e (iv) CNJ – 0,42% para as julgadas procedentes e 1,7% para as improcedentes. A conclusão dos pesquisadores é enfática ao afirmar que “as políticas de gestão da judicialização do CNJ”, em geral, “recebem pouca atenção dos juízes ao decidir”. Importante ressaltar que a pesquisa abordou conhecer da existência de estruturas institucionais para a gestão da judicialização, na qual consta que, até a sua divulgação em 2019, no Estado de São Paulo, não tem vara especial de saúde no Tribunal de Justiça, não tem Comitê Estadual de Saúde instituído e atuante e não tem NAT-Jus instituído e em operação, podendo ser o efeito da não citação pelos magistrados dos documentos técnicos elaborados a partir da Medicina Baseada em Evidências e dos enunciados dos CNJ. Entretanto, constatou-se perante todos os Tribunais Estaduais que das 164.587 decisões analisadas de segunda instância, somente 0,31% fizeram referência ao NAT e 0,68% ao CONITEC, já em relação ao CNJ (enunciados) estatisticamente foram considerados irrelevantes, ou seja, raríssima citação.

Enfatize-se que o aumento das demandas judiciais, atrelado ao valor despendido em cada uma, a alta sensibilidade social e emocional envolvendo esse tipo de demanda, a complexidade técnica do tema, alicerçada em normativos de vários órgãos e entidades representativas, os interesses individuais que bus-

---

os melhores níveis de evidências científicas existentes. Havendo indício de ilícito civil, criminal ou ético, deverá o juiz oficiar o Ministério Público e a respectiva entidade de classe profissional.” “Enunciado nº 83 – Poderá a autoridade judicial determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a juntada ao processo de documentos de evidência científica (nota técnica ou parecer) disponíveis no e-Nat-Jus (CNJ) ou em bancos de dados dos Núcleos de Assessoramento Técnico em Saúde (NATS) de cada estado, desde que relacionados ao mesmo medicamento, terapia ou produto requerido pela parte.”



cam uma resposta imediata do Poder Judiciário, vários deles se sobrepondo aos interesses coletivos, são, entre outros, fatores que permeiam nesta complexa relação jurídica. É preciso buscar a racionalização, com exigência que o agente público (magistrado, gestor público) justifique suas escolhas em prol de uma tutela coletiva e não individualista.

A Medicina Baseada em Evidências, sem dúvida, pode ser a responsável pelo equilíbrio entre o médico prescritor e o gestor público ou privado, aliando o reconhecimento do direito humano fundamental à saúde, ao respeito às políticas públicas<sup>52</sup> de ações e serviços, desenvolvidas SUS e pela ANS, caracterizadoras do máximo possível no viés de manter, recuperar e reabilitar todos os usuários e beneficiários. A morte é inerente a todos nós, não se pode ser hipócrita ou viver na utopia pretendendo que todos terão todas as garantias no atendimento de suas necessidades assistenciais à saúde<sup>53</sup>, há que, de forma transparente e de boa-fé, respeitar o limite da cobertura assistencial, aclarando em definitivo o que deve e pode esperar o indivíduo racionalmente, razoavelmente e na sua legítima expectativa do Estado e das operadoras, essas baseadas nas políticas da ANS, e para isso deve-se creditar na Medicina Baseada em Evidências, eis que é contraintuitivo conceber que a prescrição única do médico assistente possa servir para alijar toda discussão formada por uma comunidade científica.

---

<sup>52</sup> “Com efeito, cumpre o Judiciário em relação ao direito fundamental à saúde perseguir a garantia de sua efetividade mediante o controle das políticas públicas.” SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O Fórum Nacional do Judiciário como instrumento na efetivação do direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 415.

<sup>53</sup> “dicotomismo entre *saúde direito de todos* como a significar que se está em sede de políticas públicas puras, sem que haja direitos individuais, e *saúde direito de cada um*, como se possível fosse resolver a questão num silogismo simplista em que a premissa maior é que saúde é direito de todos e dever do Estado, a premissa menor é que fulano ou fulana necessita de cuidados médicos e a síntese é que logo, o Estado está obrigado a entregar seja-lá-o-que-for, custe-o-que-custar.” AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 82.

### 3.2. Surgimento do conflito de interesses

Ninguém deseja adoecer<sup>54</sup> ou sofrer um acidente que atinge sua integridade física ou psíquica, querer ser acometido de uma enfermidade é algo impensável. Diante de uma doença, imprevista e indesejada, o habitual é buscar auxílio de um profissional habilitado, para este estudo interessa, em particular, o profissional médico<sup>55 56</sup> que atua na saúde suplementar<sup>57</sup>, seja por indicação de familiares, amigos, colega de trabalho, por outro médico ou através do próprio catálogo disponibilizado pelo segurador, iniciando-se a relação<sup>58</sup> médico-paciente<sup>59</sup>. A pandemia da COVID-19 alterou, uma pequena parte deste cená-

---

<sup>54</sup> Como ressalta Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza: “O médico precisa avaliar bem esse quadro psicológico que, tal como um envoltório, cerca a relação médico/paciente, afinal ninguém fica doente porque deseja.” COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica. Teoria da eleição procedimental; iatrogênica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 34.

<sup>55</sup> “Honra o médico por causa das necessidades, pois, foi o Altíssimo quem o criou. (Toda a medicina provém de Deus), e ele recebe presentes do rei: a ciência do médico o eleva em honra; ele é admirado na presença dos grandes.” Eclesiástico 38 – Bíblia Sagrada Católica.

<sup>56</sup> “O acto médico caracteriza-se pelos seguintes vectores cumulativos: – *relação pessoal*: é um acto (que deve ser) executado por um médico em favor de uma pessoa humana; – *objecto*: tratamento ou prestação de cuidados de saúde; – *fim*: promover ou restituir a saúde, suavizar os sofrimentos e salvar ou prolongar a vida.” ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os contratos de prestação de serviço médico no Direito Civil Português. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 16. ano 03. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 1995, p. 7.

<sup>57</sup> No sistema público, geralmente, o cidadão procura a unidade de atendimento mais próxima da sua residência. Tem-se, ainda, os programas de saúde familiar, destacando-se um médico para atender determinadas famílias.

<sup>58</sup> MICHELS, Ana Maria. Fatores que influenciam o relacionamento médico-paciente. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (Org.). *Psiquiatria para estudantes de medicina*. p. 116-120. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

<sup>59</sup> Gustavo Borges explica que a permanência da relação médico-paciente está centrada no “atendimento humanizado” recebido, gerando, a partir de então uma relação de confiança e confidencialidade. BORGES, Gustavo Silveira. A mediação da relação médico-paciente: possibilidades e desafios. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 116. ano 27. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2018, p. 270. Nesse sentido: “O humanismo que é capaz de fazer do médico não um técnico especializado na máquina humana, mas um ser que compreende a integração perfeita entre a matéria e o espírito.” PEREIRA, Gerlany de Fátima dos Santos. O ensino médico do Brasil. *Revista Brasileira de Educação Médica*. vol. 9. p. 182-186. Rio de Janeiro: ABEM, set./dez.1985.

rio, eis que a telemedicina<sup>60</sup> se tornou uma realidade. Em pesquisa divulgada<sup>61</sup> constatou-se que a mulher, com idade entre 25 a 34 anos tem o principal perfil que procura esse tipo de atendimento, estando atenta as opiniões divulgadas de outros pacientes pela internet e redes sociais, consultando as especialidades de ginecologia, psicologia, dermatologia, endocrinologia ou psiquiatria.

É sabido que a obrigação do médico é de meio<sup>62</sup> e não de resultado<sup>63 64</sup>. Espera-se que o médico atue com o máximo de zelo, no intuito de eliminar e controlar os riscos à saúde, prestando todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com os meios “cientificamente reconhecidos”<sup>65</sup>. Portanto,

---

<sup>60</sup> Cf. Ofício CFM N° 1.756/2020 – COJUR, de 19 de março de 2020, enviado ao senhor Ministro da Saúde. Inteiro teor, disponível em: [https://portal.cfm.org.br/images/PDF/2020\\_oficio\\_telemedicina.pdf](https://portal.cfm.org.br/images/PDF/2020_oficio_telemedicina.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>61</sup> Disponível em: <https://press.doctoralia.com.br/68162-perfil-do-paciente-digital-mulheres-urbanas-e-conectadas>. Acesso: 03 out. 2021. Segundo Carlos Eduardo Spezin Lopes, CEO da Doctoralia no Brasil: “a representatividade feminina no Brasil se deve ao fato de as mulheres, em geral, serem responsáveis pela saúde do lar. Elas buscam médicos e especialistas com mais frequência do que os homens, agendando consultas médicas não apenas para si mesmas, como também para outros membros da família, especialmente os filhos. Além disso, também usam serviços médicos com muito mais frequência”.

<sup>62</sup> “as obrigações médicas de tratamento são obrigações de meios e não obrigações de resultado, como se julga ser jurisprudência pacífica.”. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – Processo n.º 171647/14.9yprt-2, de 22/06/2016.

<sup>63</sup> VAZ, Aline Regina Carrasco. Responsabilidade civil do cirurgião plástico: o impacto dismórfico corporal nos processos por erro médico e a (im)possibilidade de produção de prova pericial. *Revista de Direito Civil*. vol. 2. ano. V. p. 355-378. Coimbra: Almedina, 2020. BEAMONTE, José Ramón de Verda y. Responsabilidad civil: obligación de medios y obligación de resultado (la experiencia jurídica española respecto a la cirugía estética). In: *Responsabilidade civil em saúde – diálogo como o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coordenação André Gonçalo Dias Pereira ... [et al.]. p. 141-192. Coimbra: Instituto Jurídico, 2021.

<sup>64</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n° 765/16.8T8AVR.P1.S1, de 15/12/2020: “No âmbito de um contrato de prestação de serviço médico, assente em procedimento cirúrgico de extracção, o profissional médico assume uma obrigação de resultado quanto à referida extracção com anestesia local, e um obrigação de meios, quanto à aplicação da técnica adequada e conveniente a esse resultado, assim como no que respeita à actuação envolvente a essa técnica, de acordo com as regras da medicina aceites e seguidas no universo da especialidade (*leges artis*) à data da intervenção e a conjugação dessas regras com os específicos conhecimentos científicos exigidos ao médico e à sua experiência acumulada.”

<sup>65</sup> O Código de Ética da Médica impõe, na relação médico-paciente, que ele use todos os meios disponíveis *cientificamente reconhecidos*, além de nos casos de doença incurável e terminal não deve *empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas*. Dentre os princípios, destacam-se o “XVI – Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios científica-

não é prometida a cura, mas a prestação de serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo cuidados e conselhos.

Na prática, após a primeira consulta ou na consulta realizada dentro do período do tratamento já iniciado, com o médico escolhido livremente pelo consumidor, dá azo a probabilidade de nova demanda judicial, isto porque ao se retirar do consultório leva consigo uma guia de serviços do plano ou seguro de saúde com solicitação<sup>66</sup>, por exemplo, de exames, terapias, medicamentos ou hospitalização para uma intervenção cirúrgica, nela podendo constar a colocação de prótese, órtese ou materiais especiais, além da técnica a ser utilizada no ato cirúrgico.

A operadora, diante das regras legais ou contratuais, autoriza ou não o contido na guia de serviços para o consumidor, balizada pela opinião do médico regulador que consigo mantém um vínculo empregatício. A maioria dos pedidos são autorizados, fato comprovado pelos índices de sinistralidade divulgados pelo órgão regulador, porém, os não autorizados, ou na expressão utilizada pela ANS “havendo negativa de autorização”<sup>67</sup> o consumidor deverá ser informado detalhadamente, inclusive com a indicação da cláusula contratual ou do dispositivo legal.

---

mente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.” e “XXIII – Quando envolvido na produção de conhecimento científico, o médico agirá com isenção, independência, veracidade e honestidade, com vista ao maior benefício para os pacientes e para a sociedade.”. Resolução CFM nº 2.217/2018, com vigência a partir de 30 de abril de 2019, publicada no Diário Oficial da União, de 1º de novembro de 2018, Seção I, p. 179. Revogou a Resolução CFM nº 1.931/2009. Disponível em: <http://www.flip3d.com.br/pub/cfm/index8/?numero=9&edicao=4648#page/9>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>66</sup> “O acto médico seria sempre um acto praticado dentro do contexto de uma relação obrigacional, seja de uma relação obrigacional em sentido estrito ou em sentido amplo.” OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Ilicitude e culpa na responsabilidade médica*. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Instituto Jurídico, 2019, p. 31.

<sup>67</sup> Resolução Normativa ANS nº 395/2016. “Art. 10. Havendo negativa de autorização para realização do procedimento e/ou serviço solicitado por profissional de saúde devidamente habilitado, seja ele credenciado ou não, a operadora deverá informar ao beneficiário detalhadamente, em linguagem clara e adequada, o motivo da negativa de autorização do procedimento, indicando a cláusula contratual ou o dispositivo legal que a justifique. § 1º O beneficiário, sem qualquer ônus, poderá requerer que as informações prestadas na forma do caput sejam reduzidas a termo e lhe encaminhadas por correspondência ou meio eletrônico, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas. § 2º No caso das operadoras de pequeno e médio porte, o prazo de 24 (vinte e quatro) horas previsto no § 1º deverá considerar o horário de funcionamento de suas unidades de atendimento.”.

Fragilizado, fisicamente e psicologicamente, retorna ao seu médico<sup>68</sup>, que insiste em realizar a prestação de serviço nas condições impostas na guia de serviços<sup>69</sup>. Nesse momento, cria-se um vínculo de dependência com o médico, lado outro, de repulsa e indignação com a operadora.

Frustradas as tentativas de composição amigável<sup>70</sup> entre consumidor e operadora, a pretensão é dirigida ao Estado Juiz, acompanhada do pedido do seu médico, e nem sempre pela “negativa de autorização” expedida pela operadora. Sem dúvida, o principal documento que instrui a narrativa do consumidor sobre a não autorização da operadora é o pedido ou relatório médico, pois nenhum magistrado conseguirá decidir se merece tutela a pretensão resistida se não contiver nos autos um documento técnico hábil assinado pelo médico.

Faz *jus* declinar sobre a possibilidade de o surgimento do conflito de interesses ser gerado pelo médico, pertencente a rede de prestadores da operadora, que necessitando investigar melhor o estado clínico do consumidor para um adequado diagnóstico prescreve uma solicitação de exame, sem conhecer, na imensa maioria das vezes, se possui ou não cobertura assistencial para sua realização no contrato firmado entre o consumidor e a operadora. Exemplificando, na consulta com o médico especialista em ortopedia, conhecido na cidade pelo êxito de sucessivas cirurgias de joelho, tem por cautela solicitar o

---

<sup>68</sup> “a prestação de serviços médicos acha-se regida, conforme bem destacado pela doutrina, não apenas por um dever de diligência – de resto existente para toda e qualquer profissão –, mas, sobretudo, por um dever de diligência qualificada, tendo em conta os valores superiores da vida, a saúde e da dignidade da pessoa humana, com os quais lida o médico no exercício de seu nobilíssimo mister.” DE LUCCA, Newton. Ética na saúde – conflito de interesses – dupla militância (Leis Stark). In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 1. ed 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 400.

<sup>69</sup> “Porém, é óbvio que a enfermidade transforma totalmente o estado emocional das pessoas e, em última análise, é o médico que primeiro enfrenta essa situação e tem a incumbência de fazer o possível para eliminá-la. O importante é que o médico esteja certo do seu dever, agindo não somente em harmonia com os ditames da ciência médica, mas também com a moral e a ética.” COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira, op. cit., p. 34. Clenio Schulze, baseado em Marco Bobbio, explica sobre a *Slow Medicine* “um movimento que propõe mudança na forma de exercício da medicina. É a medicina sem pressa, em que se busca mais contato com o paciente. É a medicina centrada na pessoa, e não a medicina centrada na doença.” SCHULZE, Clenio Jair. O juiz e a pandemia: em busca da nova judicialização da saúde. In: *Judicialização da saúde / organizadores Marco Villas Boas, José Cechin*. Palmas: Editora Esmat, 2020, p. 317

<sup>70</sup> No item 3.2.1 aborda-se a mediação administrativa de conflito por meio da “junta médica”.

exame conhecido como “ressonância magnética”, haja vista permitir um diagnóstico mais apropriado e ser atualmente mais moderno do que o exame de “raio-x”. Ocorre que esse exame mais moderno não está previsto na grande maioria dos contratos firmados antes da Lei nº 9.656/98, portanto, não autorizado pela operadora, ocasionando-se assim um conflito, alheio a sua vontade, entre a operadora e o consumidor. Constata-se no exemplo que o médico agiu integralmente dentro da sua rotina médica e da ética, mas na época que o plano foi pactuado, década de 1980 e início dos anos 1990, não havia a disseminação, como tem hoje, de clínicas que realizavam esse exame, tornando-o muito oneroso para as operadoras, conseqüentemente, aliado a outros procedimentos e eventos em saúde, era fator de encarecimento do prêmio a ser pago pelo consumidor, razão pela qual foi inserida cláusula delimitadora da prestação, de forma genérica, afastando da cobertura assistencial qualquer exame de “ressonância magnética”.

Para extinção do conflito, o médico terá que ser informado pela operadora das alternativas de exames que fazem parte da cobertura assistencial para que possa avaliar se há algum deles que lhe permite fazer um diagnóstico com qualidade ou somente se alcançará através da “ressonância magnética”. Ocorrendo a decisão do médico pela segunda opção, caberá ao consumidor arcar com os custos do exame de forma particular, reclamar junto ao órgão regulador ou dirigir sua pretensão ao Poder Judiciário.

Diversamente, quando se está diante de condutas de médicos que devem repelidas, como se verifica com a instalação, em 2015, da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), no âmbito do Congresso Nacional brasileiro, para investigar a cartelização na fixação de preços e distribuição de órteses e próteses, inclusive, com a criação de artificial direcionamento da demanda e captura dos serviços médicos por interesses privados, ficando conhecida como a “máfia das órteses e próteses”<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Em 2008, o assunto já era discutido, veja a declaração, na época, do então presidente da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia – Regional Minas Gerais, na reportagem do Jornal da Associação Médica: “É abominável o médico receber percentual pela utilização de material ou ficar preso a determinado fornecedor em função de algum benefício concedido, mas infelizmente isso acontece”. Arremata afirmando que “Alguns materiais reprovados em países do primeiro mundo são despejados aqui. Verdadeiras sucatas”. FABRICANTES de órteses premiam médicos. Jornal da Associação Médica de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 110, ano 35, p. 12, abr./maio 2008.

Extraiu-se do Relatório da CPI publicado<sup>72</sup>, síntese, das constatações e conclusões, a começar pela “cooptação de profissionais por fabricantes e distribuidores”, tendo como prática usual o chamamento de médicos para realização de treinamentos utilizando somente as próteses, órteses e materiais especiais da marca específica do patrocinador do curso, no intuito de promover a fidelização<sup>73</sup>, propondo-se questionar a qualidade técnica de médico que se exime de buscar alternativas para os enfermos.

Outra constatação foi a “concessão de vantagens como presentes, convites para simpósios, viagens pagas, congressos pagos”, que ensejam conduta ética duvidosa, pressupondo contrapartida pretérita ou futura por parte do médico. Além dessa, tem-se o “pagamento de gratificações em dinheiro (propinas) por dispositivos empregados”, configurando falta ética grave por parte dos profissionais que aceitam participar deste esquema.

De forma mais direta para esse estudo, avaliou-se na CPI o tópico “judicialização da saúde/concessão de liminares”, através de audiência pública, com a participação de desembargadores do Estado do Rio Grande do Sul, no intuito de verificar possíveis fraudes entre o médico e o fabricante utilizando-se do Poder Judiciário. Afirmaram que os pedidos sempre chegam dizendo que são urgentes, sendo que a tendência dos magistrados é conceder a tutela antecipada com vistas a evitar agravamento na saúde do demandante, fato esse frequentemente alegados caso não seja concedida a decisão, podendo ocorrer, em certas ocasiões, a determinação de obrigação de dar a órtese ou prótese para tratamento específico, com preço superior ao de produtos similares<sup>74</sup>. So-

---

<sup>72</sup> BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. *Máfia das Órteses e Próteses no Brasil (CPIORTES)*. Relatório Final nº 3, de 15 de Julho de 2015. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node08ldiinvm6pqso05gy3ukmo4h13011672.node0?codteor=1362241&filename=Tramitacao-REL+2/2015+CPIORTES](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node08ldiinvm6pqso05gy3ukmo4h13011672.node0?codteor=1362241&filename=Tramitacao-REL+2/2015+CPIORTES). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>73</sup> Situação que contraria a Resolução CFM nº 1.956/2010, art. 3º: “É vedado ao médico assistente requisitante exigir fornecedor ou marca comercial exclusivos”. Publicada no D.O.U., de 25 de outubro de 2010, Seção I, p. 126.

<sup>74</sup> Para a CPI, o *modus operandi* ocorria da seguinte maneira: “orientado por médico, o paciente demanda ao juiz a concessão de tutela de urgência para a realização de determinado procedimento, que exige material específico de elevado valor. Diante da negativa da operadora do plano de saúde suplementar ou do Poder Público, não lhe restaria outra opção senão recorrer aos tribunais. Diante de uma situação de alegada urgência, da escassez de tempo para melhor decidir e da ausência de informações precisas acerca dos preços de OPME praticados no mercado, bem como sobre as alternativas viáveis de tratamento, a regra é que se decida pela concessão.” (p. 166 – do Relatório final)

bre essa situação, expôs a obtenção de vantagens pelos profissionais de má-fé, a começar pelo médico que faz acordo espúrio com o fabricante (ou distribuidor), com recebimento direto ou indireto, e dos advogados, que quanto maior o valor da causa (referência do produto) maior será os honorários de sucumbência e possível ganho com o fabricante.

Destacam-se, do relatório, duas narrativas do Desembargador do TJRS, a primeira informa que há comprovação de existir ações judiciais com pedidos de tratamentos e materiais desnecessários para a enfermidade do paciente, a segunda confirmou que, “após solicitar parecer de médicos integrantes do corpo de servidores do Tribunal, revogou algumas liminares, diante da inadequação técnica dos procedimentos solicitados à situação do paciente.”. Importante a descrição dessa afirmação, pois solidifica o trabalho que o CNJ vem buscando perante todos os Tribunais com a efetivação dos NAT-Jus e do Sistema e-NAT-Jus, além de reforçar a importância da Medicina Baseada em Evidências<sup>75</sup>.

Reportando mais uma vez a pesquisa encomendada pelo CNJ, o pesquisador foi enfático ao dizer que a alta demanda contra a saúde suplementar está associada ao pedido de órteses, próteses e materiais especiais, presente em mais de “108 mil decisões de tutela antecipada”, no universo pesquisado de 188 mil ações específicas sobre esse tema. Indicou-se, também, que esse pedido representa 63% na média das cinco regiões brasileiras.

O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradas manifestações sobre o que ele denomina de “princípio da liberdade de prescrição do médico”<sup>76</sup>, que con-

---

<sup>75</sup> Consta, infelizmente, do Relatório da CPI o seguinte: “Note-se que, além de todos os prejuízos patrimoniais causados, houve consideráveis danos à integridade física de pacientes, como Marcelo Paiva Paes de Oliveira, que sofre as sequelas decorrentes de procedimento médico que se utilizava de prótese de elevado valor, não sendo a opção médica mais indicada à sua situação.”.

<sup>76</sup> Veja no voto-vista do Ministro Marco Buzzi: “Nesse contexto, é necessário observar também o princípio da liberdade de prescrição do médico, que tem sido prestigiado por este Tribunal, segundo o qual os profissionais da área médica são livres para prescrever o medicamento e a forma de utilização que entendam ser mais eficazes para o tratamento de seu paciente, independentemente de registros administrativos e previsões contratuais, segundo sua própria avaliação do quadro clínico apresentado. Neste ponto, é forçoso reconhecer que a liberdade de prescrição médica constitui importante mecanismo de proteção do consumidor vulnerável em face da atuação das operadoras de planos de saúde, da indústria farmacêutica e mesmo das agências reguladoras. Ou seja, o médico posiciona-se de forma técnica com o objetivo de assegurar o melhor tratamento possível ao paciente, funcionando como contraponto relevante em mercado no qual o consumidor desempenha papel marcadamente vulnerável. Em síntese, na relação estabelecida entre plano de saúde e beneficiário, regulada



siste na livre prescrição que entenda mais eficaz para o tratamento do seu paciente. No entender do STJ o médico não pode figurar como “mero coadjuvante” na relação jurídica de consumo celebrada entre a operadora e o consumidor, sendo ele quem acompanha de perto o paciente, não podendo a operadora negar seu pedido. Ressalta, ainda, que “uma vez coberto o tratamento de saúde, a opção da técnica a ser utilizada para sua realização cabe ao médico especialista. A cobertura do método escolhido é consectário lógico, não havendo que se restringir o meio adequado à realização do procedimento”<sup>77</sup>.

Nessa linha, a jurisprudência do STJ, em diversas oportunidades<sup>78</sup>, par-

---

pela Lei nº 9656/1998 à luz dos princípios antes referidos, não se pode ignorar a importância da conclusão do médico quanto ao diagnóstico e tratamento prescrito. Isto é, nos contratos desta natureza, a figura do profissional da saúde que acompanha o paciente – embora não integre a relação jurídica contratual – não pode ser tida como de “mero coadjuvante”, mas sim de elemento fulcral para o restabelecimento da saúde do usuário.” Recurso Especial nº 1.729.566-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, publicado no Diário da Justiça eletrônico em: 30/10/2018.

<sup>77</sup> Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.696.149-SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, publicado no Diário da Justiça eletrônico: 01/06/2018. Peço vênica para transcrever trecho do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes no julgamento do Recurso Extraordinário nº 657.718, sobre medicamentos experimentais: “por maior que seja a *expertise* do médico que acompanha o paciente e que requereu judicialmente aquele medicamento, não pode ser aceita essa prescrição médica de forma absoluta, afastando todo o elenco de dispensação ordinária, afastando a necessidade de protocolos terapêuticos, afastando a necessidade de registro sanitário da Anvisa, exclusivamente baseado numa posição individual de determinado médico.”. Sobre o tema: FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. Revista Direito Getúlio Vargas (versão On-line). vol. 15. nº 3. p. 1-23 São Paulo: FGV Direito SP, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>. Acesso em: 05 nov. 2021. O Autor manifesta que “É compreensível que pacientes e médicos desejem usufruir o mais rápido e amplamente possível das últimas novidades em medicamentos e tratamentos que aparecem no mundo da medicina, no Brasil e no exterior. Entretanto, nenhum sistema de saúde do mundo pode funcionar assim. Grande parte das novidades em saúde, depois de devidamente avaliadas pela comunidade científica, acabam se mostrando ineficazes, inseguras, demasiadamente caras em relação aos benefícios trazidos (custo-inefetivas) ou simplesmente impossíveis de serem financiadas com os recursos limitados da saúde (alto impacto orçamentário). A *segurança*, a *sustentabilidade* e a *equidade* de qualquer sistema de saúde têm por premissa básica a limitação das ações e serviços que serão ofertados ao público.”. Idem, p. 7.

<sup>78</sup> “PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ABUSIVIDADE CONTRATUAL. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. PROCEDIMENTO TERAPÊUTICO. CLÁUSULA LIMITATIVA. RECUSA INDEVIDA. AUSÊNCIA NO ROL DA ANS. COBERTURA DEVIDA. [...] 2. Não é cabível a negativa de tratamento indicado pelo profissional de saúde como necessário à

tindo da premissa de respeito à liberdade de prescrição do médico, relativiza as normas expedidas pela ANS, como ocorre nas hipóteses em que o tratamento médico prescrito não consta do “Rol da ANS”.

Iniciativa louvável foi a do Comitê Estadual da Saúde de Minas Gerais, aprovando, em 2016, modelo de relatório<sup>79</sup> a ser preenchido pelo médico prescritor, a fim de prestar informações consideradas relevantes para uma decisão judicial mais assertiva.

O Conselho Federal de Medicina atua para que o médico indique o procedimento mais adequado ao seu paciente, sempre observados os meios disponíveis cientificamente reconhecidos e as normas legais, bem como repudia que no exercício da medicina obtenha vantagem pelo “encaminhamento de procedimentos, pela prescrição e/ou comercialização de medicamentos, órteses, próteses ou implantes de qualquer natureza”, decorrente de sua autoridade e atividade profissional.

É de ressaltar a inclusão de “medicamentos” por parte do CFM, sendo que os laboratórios fornecem amostras grátis nos consultórios para entrega pelo médico aos seus pacientes, na intenção de que o consumidor não compre pelo princípio ativo e sim da marca que lhe foi repassada anteriormente de forma gratuita. Há relatos<sup>80</sup> que um percentual financeiro é repassado ao médico

---

saúde e à cura de doença efetivamente coberta pelo contrato de plano de saúde. 3. São abusivas as cláusulas contratuais que limitam o direito do consumidor ao tratamento contratado. 4. O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor.” (Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 708.082/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 16/02/2016, publicado no DJe: 26/02/2016)

<sup>79</sup> Dentre as 19 perguntas, cite-se a de nº 14: “Qual a razão para prescrever produto/serviço diferenciado daquele oferecido pelo SUS ou Plano de Saúde? Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/8237>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>80</sup> “Neste sentido, a problemática central trazida para o Direito e a Saúde – que se expressa no fenômeno da judicialização da saúde – é a de como o Estado, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, deve proteger as pessoas dos riscos das novidades oferecidas pelo “mercado de saúde”, que, não raramente, cria “necessidades” para “vender” soluções. E, ao mesmo tempo, fazer cumprir com seu dever de assistência, promovendo o acesso aos avanços biotecnocientíficos que de fato podem ser benéficos ao processo terapêutico e ao bem-estar das pessoas, de forma igualitária e sem discriminação de qualquer espécie.” VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*. v. 20, nº. 1. Rio de Janeiro: IMS-UERJ, 2010, p. 95..

que prescreve aos seus pacientes o produto de um desses laboratórios. Sobre o assunto, a Agência de Vigilância Sanitária editou a Resolução de Diretoria Colegiada nº 96/2008 dispondo no artigo 5º que: “As empresas não podem outorgar, oferecer, prometer ou distribuir brindes, benefícios e vantagens aos profissionais prescritores ou dispensadores, aos que exerçam atividade de venda direta ao consumidor, bem como ao público em geral.”

Por fim, mas de extrema importância, é o consumidor, duplamente vulnerável<sup>81</sup>, seja por desconhecer tecnicamente tudo que se passa ao seu redor, seja por estar fragilizado<sup>82</sup> física e mentalmente. Com efeito, atrelado a confiança ou dependência, acredita que seu médico está querendo o que há de melhor para aliviar a sua dor, seu mal-estar, a celeridade da sua recuperação, desconhecendo a existência de vantagens concedidas pelos fabricantes de órtese, prótese, materiais especiais e medicamentos.

Ao contratar o plano ou seguro saúde pensa que está a salvo de qualquer intercorrência que lhe acontecer, o que não é uma verdade absoluta. Muitos consumidores têm ou terão ao longo da sua relação contratual com a operadora todos os tratamentos contemplados, pois suas doenças, procedimentos, terapias, produtos e insumos estão e estarão previstos no contrato, todavia, outros tantos não gozam ou gozarão da mesma sorte.

É preciso uma decisão político-legislativa sobre a delimitação da prestação na cobertura assistencial à saúde dos planos e seguros de saúde que possa trazer segurança jurídica<sup>83</sup> para o mercado de saúde suplementar, pois somente

---

<sup>81</sup> “No caso dos consumidores-pacientes, verifica-se, em primeiro lugar, que o déficit de informações do enfermo é maior no campo da Medicina pela própria complexidade do tema, além de ser intensificado pela grande quantidade de informações inadequadas ou equivocadas compartilhadas no meio social. Mais que isso, o enfermo vive um momento de preocupações e angústia que oscilam a depender da gravidade do quadro clínico.”. DOTTI, René Ariel; BERGSTEIN, Laís. O direito de o paciente ser ouvido: a responsabilidade civil e criminal do médico. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 111. ano 26. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2017, p. 80.

<sup>82</sup> “Sucede que o utente se encontra, em regra, fragilizado e até diminuído nas suas capacidades de discernimento e/ou comunicação, o que reforça, a nosso ver, o dever de o prestador, conhecedor por excelência do seu estado de saúde, lhe transmitir informação, de forma acessível, objetiva, completa e inteligível.” Acórdão do STJ, processo nº 1250/13.5TVLSB. L1.S, de 05/06/2018.

<sup>83</sup> Na conclusão do seu texto, Leonardo Zanini adverte que “apesar das inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil de 2002, a legislação disponível no Brasil ainda demanda reformas. É necessária uma melhor regulação das condições gerais de contratação no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do que ocorreu em muitos países europeus, como a Alemanha, que contam com disposições

com regras legais mais transparentes e equânimes se poderá mitigar a judicialização da saúde.

### 3.2.1. A junta médica: mediação de conflito

*Data vênia*, necessário começar reproduzindo o artigo 39 do Código de Ética Médica que diz: “Art. 39. Opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal.”.

Não há nenhum dispositivo na Lei nº 9.656/98 que faça referência sobre *junta médica*, entretanto, à ANS, baseada, principalmente, nos incisos VII, XXIII, XXIV, XXXI e XXXVII do art. 4º<sup>84</sup>, publicou a Resolução Normativa nº 424, de 26 de junho de 2017, sobre critérios para a realização de junta médica ou odontológica formada para dirimir divergência técnico-assistencial sobre procedimento ou evento em saúde a ser coberto pelas operadoras de planos de assistência à saúde. Cumpre informar que anteriormente à sua edição, esse tipo de mecanismo de regulação já era contemplado pela Resolução CONSU nº 08/1998<sup>85</sup>, porém, esse normativo veio para clarificar o detalhamento procedimental.

---

legislativas muito mais sólidas e avançadas para o tratamento da matéria. Por conseguinte, tal reforma, nos moldes das legislações europeias, além de garantir maior previsibilidade na solução de problemas atinentes aos contratos de adesão e condições gerais de contratação, também facilitaria o trabalho dos magistrados, trazendo mais regras para a solução dos litígios, o que aumentaria a segurança jurídica.”. ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. vol. 14. p. 75-98. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 97.

<sup>84</sup> “Art. 4º Compete à ANS: VII – estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde; XXIII – fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; XXIV – exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; XXXI – requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas; XXXVII – zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;”.

<sup>85</sup> “Art. 4º As operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde, quando da utilização de mecanismos de regulação, deverão atender às seguintes exigências: (...) V – garantir, no caso de situações de divergências médica ou odontológica a respeito de autorização prévia, a definição do impasse através de **junta constituída pelo profissional** solicitante ou nomeado pelo usuário, por médico da operadora e por um terceiro, escolhido de comum acordo pelos dois profissionais acima nomeados, cuja remuneração ficará a cargo da operadora;”.

O órgão regulador consignou as hipóteses em que não é admissível realizar a junta médica, mesmo que esteja caracterizada a divergência técnico-assistencial, são elas: (i) urgência ou emergência; (ii) sem previsão no Rol da ANS ou no clausulado; (iii) órteses, próteses e materiais especiais ou medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, exceto quando a CONITEC tenha demonstrado as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento ou do produto para o uso pretendido e (iv) para os contratos celebrados anteriormente à Lei nº 9.656/98. Outro ponto importante, é que a junta médica deve respeitar os prazos de garantia de atendimento previsto na Resolução Normativa nº 259/11, podendo ocorrer, uma única vez, a suspensão do prazo por três dias úteis somente na hipótese de o médico “desempatador”<sup>86</sup> solicitar exames complementares.

A junta médica, formada pelo médico prescritor, pelo médico da operadora que não autorizou a realização do procedimento para o consumidor e pelo médico “desempatador”, escolhido de comum acordo entre os outros dois. O parecer emitido pelo médico “desempatador” é inquestionável, devendo ser acatado pela operadora. Ressalte-se que no caso do parecer for contrário ao prescrito pelo médico do consumidor, a operadora terá que garantir outro profissional para realizar o procedimento, todavia, se o consumidor não aceitar, pela relação de confiança ou dependência com seu médico, fatalmente ingressará com ação judicial.

Especificamente sobre solicitação órteses e próteses, itens mais demandados judicialmente, o médico prescritor deve informar as características (tipo, matéria-prima e dimensões), justificando clinicamente, bem como indicar, pelo menos, “três marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, dentre aquelas regularizadas junto à ANVISA, que atendam às características especificadas”, evitando-se assim, o direcionamento e favorecimento para determinado fabricante.

O médico “desempatador” é o responsável pela definição se a junta médica será presencial, com a presença do consumidor, ou à distância, videoconferência ou análise dos documentos. Importante, havendo necessidade de deslocamento

---

<sup>86</sup> O médico “desempatador” terá que se manifestar, em até 02 (dois) dias úteis, se precisará de mais exames para avaliação do caso. RN nº 424/17: “Art. 15. O desempatador deverá se manifestar, preliminarmente, em até 2 (dois) dias úteis, a partir da ciência de sua indicação, sobre a suficiência dos exames apresentados e a necessidade de presença do beneficiário na junta.”. Todos os exames solicitados serão arcados pela operadora, sem direito a cobrança de coparticipação.

do consumidor, com ou sem acompanhante, ou de qualquer médico, todas as despesas serão arcadas pela operadora. Optando-se pela modalidade presencial, a operadora deverá comunicar o consumidor e lhe dar três opções de datas para comparecimento. Caso não queira participar a “negativa de procedimento” será mantida e a junta médica desfeita. Essa situação também prevalecerá se o consumidor não quiser realizar os exames complementares solicitados pelo médico “desempataador”.

Na prática, a junta médica poderá mitigar os conflitos gerados pela prescrição de órteses, próteses, materiais especiais importados, pois vários médicos não aceitam realizar cirurgia e colocar produtos nacionais, alegando baixa qualidade e durabilidade, das técnicas cirúrgicas que não constam das Diretrizes de Utilização ou do próprio Rol da ANS, além dos medicamentos, que são prescritos para doenças que não constam da bula, denominados *off label*<sup>87</sup>.

Entende-se como prudente, que as operadoras criem e disponibilizem sistema de informação que possibilite o médico da rede conveniada, dentro do seu local de atendimento, conhecer a cobertura assistencial de cada beneficiário, com alternativas terapêuticas contratadas, no intuito de evitar os conflitos e impedir o agravamento da fragilidade do consumidor.

### 3.3. “Jurisprudência em teses” do Superior Tribunal de Justiça brasileiro: controle incidental

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro, no segundo semestre do ano de 2013, criou e começou a disponibilizar na sua *home page* a publicação periódica denominada “Jurisprudência em tese”<sup>88</sup> que se trata de um conjunto de teses sobre determinado ramo do Direito, constando julgados mais recentes da Corte, selecionados até determinada data. Em que pese não serem vinculantes, são fortes influências para as decisões de primeiro e segundo grau de jurisdição. É de fácil percepção essa afirmativa quando da leitura dos inúmeros julgados que

---

<sup>87</sup> A pandemia da COVID 19 possibilitou ao leigo entender melhor o significado da prescrição *off label*, isso em virtude da utilização ou não da “cloroquina” no tratamento desta nova doença. Veja o artigo jurídico: PEREIRA, André Gonçalo Dias. Prescrição médica “off-label” e Covid-19: uma reflexão ético-jurídica. Instituto de Derecho Iberoamericano, 2020. Disponível em: <https://idibe.org/tribuna/prescricao-medica-off-label-e-covid-19-uma-reflexao-etico-juridica/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>88</sup> Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

servem como precedentes para firmar determinada tese eis que os Ministros invocam a Súmula 83, da Corte Especial, publicada em 02 de julho de 1993, que diz “Não se conhece do recurso especial pela divergência<sup>89</sup>, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”. Depara-se com a falta de análise pormenorizada do casco concreto, pois se o Tribunal de Justiça do Estado (em Portugal denomina-se Tribunal de Relação) fundamenta sua decisão nos precedentes da jurisprudência em tese, o Ministro aplica no seu voto a Súmula 83 e encerra o julgamento naquela Corte<sup>90 91</sup>.

---

<sup>89</sup> Código de Processo Civil brasileiro: “Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial [...] § 1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

<sup>90</sup> Veja no detalhe no Recurso Especial 604.643-RS e no Agravo de Instrumento 1.193.948-SP.

<sup>91</sup> Com relação ao precedente judicial, importante as observações trazidas por Fabiano Menke sobre o “método de grupos de casos” alemão, denominado *Fallgruppenmethode*. O Autor contextualiza a metodologia, porém, registra-se somente que “Por meio dele, compara-se o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados sobre determinada norma.” Interessa mais a discussão sobre as publicações de Ralph Weber (“Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen. Archiv für die Civilistische Praxis 192/516-567, 6º caderno, Tübingen: Mohr, 1992”) e Axel Beater (“Generalklauseln und Fallgruppen”. Archiv für die Civilistische Praxis 194/82-89, 1º caderno, Tübingen: Mohr, 1994). Para não delongar, a proposta de Weber, em seu texto de 1992, citada por Menke “é que se utilize o *Einzelfallmethode*, ou seja, o método focado única e exclusivamente no caso em questão, e sem preocupação excessiva com os precedentes formados sobre a matéria, pois, como apontado, para ele as cláusulas gerais são figuras auxiliares, chamadas a atuar apenas quando normas de tipicidade fechada não puderem ser empregadas em virtude da injustiça ou teratologia que resultaria de sua aplicação.”. Em 1994, Beater, inaugurando uma discussão entre os dois autores, “reafirma que o trabalho das cláusulas gerais por meio de grupos de casos possibilitou uma cooperação entre os juízes e o legislador, proporcionando uma efetiva divisão de funções que leva à melhoria das leis. Isso porque, sobre determinadas matérias, não é necessário que o legislador, de antemão, edite leis com regras exaustivas. Deve, isso sim, restringir-se ao estabelecimento de padrões mínimos e aguardar pelo desenvolvimento posterior a ser procedido pelos magistrados, que enfrentam e percebem as variações valorativas do meio social no seu dia-a-dia.”. No mesmo ano, Weber publicou a réplica (“Erwiderung. Archiv für die Civilistische Praxis 194/90-92, 1º caderno, Tübingen: Mohr, 1994) afirmando seu entendimento anterior, alertando o retorno da subsunção, nos casos de cláusulas gerais, por meio do método de grupo de casos. Menke expõe que “Por mais radicais que possam parecer as críticas de Ralph Weber, não há que se afastá-las de todo, porquanto é bastante razoável o seu alerta no sentido de que o super-desenvolvimento juris-

Para o deslinde deste tópico, serão expostas algumas das teses publicadas pela Corte Especial denominada como “PLANO DE SAÚDE”, que inclui os seguros de saúde. Foram disponibilizadas, até o presente, três edições, as duas primeiras no ano de 2013 e a terceira no ano de 2020. Na edição “PLANO DE SAÚDE – I” serão abordadas cinco teses e três teses da edição “PLANO DE SAÚDE – III”, eis que versam sobre cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde fixada no clausulado pelo fornecedor, deixando de apreciar as demais teses lançadas porque não fazem parte do escopo central deste texto.

### 3.3.1. Plano de Saúde I – Edição nº 2, ano 2013

#### 3.3.1.1. Tempo de internação hospitalar

A tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça foi a seguinte: “*É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.*”<sup>92</sup>. Na publicação, para fundamentar seu posicionamento, constam dois acórdãos (Agravo Regimental no Agravo 1.321.321/PR e Recurso Especial 735.750/SP) e sete decisões monocráticas<sup>93</sup> (Recurso Especial 604.643, Agravo 1.193.948, Agravo 1.281.072, Agravo no Recurso Especial 95.946,

---

prudencial pode fazer com que a espiral do grupo de casos acabe por sufocar a cláusula geral original e a sua característica de abertura, dando lugar a uma nova espécie de subsunção, onde a premissa maior passe a ser integrada não pelo tipo legal, mas sim pelo tipo judicial, o conjunto de precedentes.” MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 50. ano. 13. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2004, p. 22 *et seq.*

<sup>92</sup> Cumpre registrar que esse entendimento, *ipsis litteris*, já havia sido objeto da Súmula 302 do próprio STJ, publicado em 22 de novembro de 2004. Como explica Cláudia Lima Marques: “Os contratos de seguro foram responsáveis por uma grande evolução jurisprudencial no sentido de conscientização da necessidade de um direito dos contratos mais social, mais comprometido com a equidade, com a boa-fé, e menos influenciado pelo dogma da autonomia da vontade, até chegarmos à Súmula 302: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.470.

<sup>93</sup> “Súmula 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.” (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, publicado no DJe: 17/03/2016).



Agravo no Recurso Especial 70.140, Agravo no Recurso Especial 226.929 e Recurso Especial 1.388.058)<sup>94</sup>. Ao analisar cada julgado acima constatou-se que os Ministros citavam outros julgados<sup>95</sup>, instigando uma busca para encontrar o julgado que inaugurou ou pacificou o entendimento que posteriormente tornou-se uma jurisprudência em tese. Após a leitura de mais vinte e quatro julgados citados, entendeu-se que o acórdão Recurso Especial nº 251.024/SP<sup>96</sup>, publicado

---

<sup>94</sup> Todos disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>95</sup> 1) Agravo de Instrumento 1.281.072-SP, citou: a) Recurso Especial nº 1.055.199-SP, b) Recurso Especial nº 466.667-SP, c) Recurso Especial nº 657.717-RJ e d) Recurso Especial nº 222.339-PB.

2) Recurso Especial 95.946-RS, citou: a) Recurso Especial nº 735.168/RJ, b) Recurso Especial nº 668.216-SP (que citou: Recurso Especial nº 158.728/RJ e Recurso Especial nº 251.024/SP) e c) Agravo Regimental no Agravo nº 1.137.474-SP (que citou Recurso Especial nº 668.216-RJ).

3) Agravo em Recurso Especial 70.140-SP, citou: a) Agravo Instrumento nº 1.021.576 e b) Agravo de Instrumento nº 1.099.052.

4) Agravo em Recurso Especial nº 226.929, citou: a) Recurso Especial nº 875.533-SP (que citou Agravo Regimental no Recurso Especial nº 515.706/RS, Recurso Especial nº 469.911/SP, Recurso Especial nº 332.691/SP, Recurso Especial nº 668.216-RJ e Recurso Especial nº 251.024/SP, b) Agravo Regimental no Agravo nº 1.029.216-RJ e c) Agravo no Recurso Especial nº 13.346/RS (que citou Agravo de Instrumento nº 1.021.576 e Agravo de Instrumento nº 1.099.052)

5) Recurso Especial nº 1.388.058-SP, citou somente o Recurso Especial nº 158.728-RJ.

6) Recurso Especial nº 735.750-SP, citou: a) Recurso Especial nº 326.147-SP e b) Conflito de Competência nº 1.339/RS.

7) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.321.321, citou: a) Agravo Regimental no Agravo nº 1.322.204/PA (que citou Recurso Especial nº 466.667/SP e Recurso Especial nº 657.717/RJ, b) Recurso Especial nº 466.667/SP, c) Recurso Especial nº 657.717/RJ e d) Recurso Especial nº 402.727/SP (que citou Embargos no Recurso Especial nº 242.550/SP, Recurso Especial nº 158.728/RJ e Recurso Especial nº 434.699/SP (que citou Recurso Especial nº 158.728/RJ, Recurso Especial nº 251.024/SP e Recurso Especial nº 249.423/SP e Recurso Especial nº 214237/RJ).

<sup>96</sup> “DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 51-IV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I – É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado. II – Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. III – Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conheci-

em 04 de fevereiro de 2002, é o principal julgado que pacificou o entendimento da Segunda Seção do STJ, eis que em face da divergência nas Turmas de Direito Privado (Terceira Turma – contra a cláusula e a Quarta Turma – a favor da cláusula), entenderam submeter o tema para fins de uniformização.

Antes de prosseguir é relevante dizer que do exame dos julgados deparou-se que os contratos firmados com os consumidores eram anteriores à Lei dos Planos de Saúde (LPS) sendo certo que com a entrada em vigor da nova legislação, para os planos ou seguros “novos”, há previsão legal<sup>97</sup> para cobertura restando vedada a limitação hospitalar pelo prazo, valor máximo ou quantidade, ficando a critério do médico assistente. Todavia, ainda advém discussão sobre a limitação no tempo em plano ou seguro “novos” nos casos de internação hospitalar psiquiátrica as custas da operadora, eis que o regramento não está previsto diretamente na lei e sim através de atos normativos do órgão regulador, conforme será evidenciado mais adiante.

Da análise dos julgados ficou perceptível também que havia muita divergência de entendimento nas instâncias inferiores, ora o juiz declarava abusiva e o Tribunal reformava, ora juiz não declarava abusiva e o Tribunal mantinha a sentença primeva, contudo, o STJ, desde os primeiros julgados se inclinou pelo afastamento da cláusula limitativa no tempo da internação hospitalar em unidade de terapia intensiva (UTI) ou centro de terapia intensiva (CTI), que previam, geralmente, o máximo de 30 (trinta), 60 (sessenta) e no máximo 90 (noventa) dias de permanência às custas da operadora, estendendo, *a posteriori*, o mesmo entendimento para internações hospitalares em quarto privativo ou coletivo (enfermaria) ou para fins de tratamentos psiquiátricos.

Regressando ao julgado Recurso Especial nº 251.024/SP, que se entende como o paradigma, seu objetivo foi buscar pacificar a divergência entre as Terceira e Quarta Turmas, para tanto, o Ministro Relator destacou dois acórdãos, o Recurso Especial nº 158.728-RJ<sup>98</sup> (contra a cláusula) e o Recurso Especial nº 242.550-SP (a favor da cláusula). Passa-se para o relato dos fatos relevantes e ao exame dos argumentos e fundamentações dos referidos julgados.

---

mento do recurso especial”. Recurso Especial nº 251.024/SP. Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira. Segunda Seção, por maioria. Publicado em 04 de fevereiro de 2002.

<sup>97</sup> Cf. Artigo 12, II, “b” da Lei nº 9.656/98.

<sup>98</sup> Recurso Especial nº 158.728/RJ. Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Publicado no Diário do Judiciário em 17 de maio de 1999.

No Recurso Especial nº 158.728-RJ, discutiu-se a legalidade ou não da inserção no contrato de seguro de saúde da cláusula que limita no tempo a internação hospitalar do segurado em unidade de tratamento intensivo (UTI) pelo prazo máximo de 30 (trinta) dias ao ano, contratualizado antes da vigência da Lei nº 9.656/98. A primeira instância julgou improcedente o pedido autoral. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>99</sup>, confirmou a sentença primeira, entendendo ser lícito ao segurador limitar temporalmente a cobertura, não vislumbrando nulidade da cláusula, pois redigida em termos claros e permitindo sua exata compreensão. O Ministro relator, de modo diverso, entendeu que a cláusula que limita a internação é abusiva, sob o argumento fático que o consumidor não “é senhor do prazo de sua recuperação, que como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar.”, não podendo lhe impor que se retire da UTI<sup>100</sup>. Adiante, no seu voto, fundamentou com o discurso que se a doença tem previsão contratual de cobertura, não pode haver outra disposição no contrato que ofende o princípio da razoabilidade, pois vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que expressamente refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor, e, ainda, obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade. Ao final, o Ministro complementa a regra jurídica ao afirmar que “as cláusulas que limitam os dias de internação, se tal serviço está alcançado pelo contrato, como é curial, não podem ser interpretadas contra o paciente porque restringem um direito fundamental inerente à natureza do contrato, como previsto no inciso II, do §1º, do art. 51 do Código.”. Extrai-se deste contexto, que o principal fundamento do controle

---

<sup>99</sup> “SEGURO SAÚDE – Ações conexas de cautelar inominada, de declaratória de nulidade de cláusula e de cobrança de despesas simultaneamente julgadas – No contrato de seguro é lícito ao segurador particularizar os riscos assumidos e limitar temporalmente, a respectiva cobertura, não respondendo pelos que não tiverem sido avençados, nem por período superior, ao por que se tenha obrigado. Não se vislumbra, na cláusula limitativa reclamada, qualquer eiva de nulidade, frente às disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois a mesma não se entremostra iníqua e abusiva, seus termos são claros e lhe permitem a exata compreensão – desprovimento do recurso.” – 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>100</sup> O Ministro no seu voto expressou “se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com risco severo de morte, porque está fora do limite temporal previsto em uma determinada cláusula.”. A questão sobre a retirada do consumidor da UTI, deve ser entendida que o segurador arcará com as despesas até o trigésimo dia de internação, a partir do trigésimo primeiro dia a conta hospitalar deverá ser assumida pelo consumidor perante o hospital e não imaginar que o consumidor seria retirado fisicamente da UTI do hospital. Para o Ministro “é abusivo impor para uma intervenção coberta pelo serviço um determinado tempo de cura, eis que complicações operatórias podem surgir por circunstâncias imprevistas.”

incidental consiste na “desvantagem exagerada” imposta ao consumidor, ao lhe transferir o risco de permanecer, contra sua vontade, internado em unidade de tratamento intensivo por mais de trinta dias, devendo a partir do trigésimo primeiro dia suportar todo o ônus da conta hospitalar.

Em relação ao Recurso Especial nº 242.550-SP<sup>101</sup>, cumpre informar, *ab initio*, que o voto do Ministro Relator originário foi vencido, eis que entendeu pela abusividade da cláusula, passando a relatoria do acórdão para o Ministro que inaugurou a divergência. Consta do relatório do julgamento que se trata de contrato de seguro de saúde, firmado antes da Lei nº 9.656/98, com estipulação de cobertura de internação hospitalar, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias durante o ano, tendo sido negada a prorrogação da internação pelo decurso do tempo contratualmente previsto. O juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido do segurado, entretanto, a Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, concedeu provimento recurso para declarar a cláusula abusiva. Interposto recurso especial pelo segurador junto ao STJ, que por maioria, reverteu a decisão de segundo grau. O Ministro que inaugurou a divergência contextualizou que a assistência à saúde, conforme determinado pela Constituição da República brasileira (art. 196), é dever do Estado, sendo que as instituições privadas ao atuarem como prestadores o fazem mediante contrato, o qual “deve haver um equilíbrio financeiro entre o que o beneficiário paga, e o que a instituição recebe e pode oferecer em razão do plano escolhido livremente pelo contratante”, e não em

---

<sup>101</sup> Recurso Especial nº 242.550-SP. Ministro Relator para o acórdão Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Publicado no Diário da Justiça em 18 de fevereiro de 2002. “CIVIL. SEGURIDADE PRIVADA. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO. CLÁUSULAS RESTRIATIVAS. INEXISTÊNCIA, À ÉPOCA, DE NORMAS LEGAIS IMPEDITIVAS DE LIMITAÇÕES EM INTERNAÇÃO HOSPITALAR. VALIDADE. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. 1. Constitui dever do Estado proporcionar amplo e eficaz atendimento à população na área da saúde, nos termos e na forma estabelecida na legislação em vigor, custeada por intermédio de impostos e contribuições fiscais. II. De outra parte, a seguridade privada, proporcionada mediante participação voluntária em planos de saúde oferecidos pela rede particular, há que se conformar às regras do contrato, porquanto tais serviços são resultado de uma contraprestação financeira necessária ao equilíbrio econômico da avença, viabilizadora da própria higidez e continuidade da assistência em comento. III. Destarte, salvo as hipóteses expressamente vedadas em lei ou regulamentos baixados para o setor, à época da contratação inexistentes a respeito, válidas são as limitações impostas nos contratos aos limites de internação, se a opção espontânea do contratante se fez por plano de menor custeio, em comparação com outros, da mesma ou de outras entidades, mais abrangentes. IV. Recurso especial conhecido pela divergência e provido”

substituição ao Estado. Enfatizou ser sensível aos argumentos humanitários expostos pelo segurado, porém, manifestou pela discordância em nulificar a cláusula, por entender não ter havido fraude ou “escamoteamento” das condições, ou seja, “acusação no sentido de que as condições não eram claras e que foram modificadas ou que o beneficiário fora prejudicado por alguma manobra do ente contratado de esconder as suas pretensões, poderia tomar-se uma posição diferente; mas as normas eram claras e do conhecimento de ambas as partes.”. Não constou no voto do i. Ministro qualquer referência a legislação infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor ou Código Civil), simplesmente se ateu a citar o dever constitucional do Estado em prestar, na sua visão, de maneira integral a assistência à saúde para o cidadão. Mas, ao resguardar o direito do segurador de delimitação das prestações, de preservar o equilíbrio financeiro e que a redação era clara, presume-se que aplicou o princípio da autonomia privada, sem ofensa ao Código de Defesa do Consumidor.

Diante do exposto, referente aos dois julgados contrapostos, passa-se à análise do acórdão paradigma, que possui como situação fática relevante ser um contrato de seguro de saúde, pactuado antes da Lei nº 9.656/98, que estabelecia cobertura às internações hospitalares, em UTI ou quarto, limitadas ao período de 60 (sessenta) dias a cada período de doze meses. A primeira instância julgou procedente o pedido do consumidor. Já o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença por entender não haver abusividade na cláusula constante do seguro sob o fundamento do artigo 1.460<sup>102</sup> do Código Civil, vigente na época<sup>103</sup>. O Ministro Relator, integrante, à época, da Quarta Turma, consignou que votou no outro julgamento acompanhando a divergência, reservando-se a um exame mais aprofundado do assunto em momento oportuno, fazendo-o neste julgamento. Destacou no seu voto que ambas as correntes possuem fortes fundamentos, a primeira centrada na “hipossuficiência” do consumidor, que é simples aderente ao contrato redigido pelo segurador com cláusula que restringe direitos e necessidade de preservação da vida, e a segunda firmada na liberdade de contratar e ser do Estado, e não da iniciativa privada, a garantia da integral assistência à saúde do cidadão. Ao ponderar as

---

<sup>102</sup> “Art. 1.460. Quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador.” Código Civil brasileiro revogado.

<sup>103</sup> Com a edição da Lei nº 10.406/2002, passou a vigorar o novo Código Civil brasileiro. A regra geral atual diz: “Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.”

duas correntes, o Ministro decidiu, de maneira fática, que não há justificativa na limitação de internação imposta pelas seguradoras, baseando-se no argumento de que “se a doença é coberta pelo contrato de seguro, não se mostra razoável a limitação a seu tratamento”<sup>104</sup>, eis que ao consumidor não lhe é possível antever quanto tempo será necessário para sua alta hospitalar e sem nenhuma razoabilidade a suspensão do tratamento prescrito. Ao fim ao cabo, como regra jurídica, consignou ser abusiva a cláusula que impõe a limitação temporal no tratamento da doença sofrida pelo segurado, por força do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, bem como “a vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e a regra de sobredireito contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige às exigências do bem comum.”. Detalhe, que pode ser a razão do último fundamento jurídico, diz respeito a comoção social trazida para o julgamento pelos Ministros ao se referirem sobre “impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo” ou “operadoras nesse ramo de atividade tenham como perspectiva possível a desinternação do segurado” ou “a irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável”, todos argumentos não são a *ratio* de existir da cláusula, pois torna-se ilógico imaginar que o hospital irá retirar o paciente (consumidor) do leito de UTI ou do quarto em que se encontra, sua finalidade é transferir para ele a obrigação de suportar os custos financeiros da internação hospitalar após transcorrido o limite temporal previsto contratualmente. Disso deriva outros efeitos jurídicos, como exemplo, estado de perigo<sup>105</sup>, pois o consumidor ou seu familiar responsável pela internação são

---

<sup>104</sup> Sobre esse discurso de fundamentação, Milena Oliva e Pablo Rentería, afirmam que “não são vedadas limitações negociais à cobertura de determinadas doenças. Ou seja, mostra-se viável a exclusão de certas enfermidades do espectro contratual. Os particulares têm liberdade para pactuar os ajustes que entenderem mais convenientes aos seus interesses, de modo que se afigura perfeitamente possível que o consumidor, desejando arcar com um custo menor, contratante abrangência igualmente menor de cobertura do plano, o que deve ser respeitado.” OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 101. ano 24. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2015, p. 114. A premissa trazida pelos autores é falsa, eis que pela Lei 9.656/98 é obrigatório a cobertura de todas as doenças constantes da CID (Classificação Internacional de Doenças), e, mais, a cobertura assistencial obrigatória é determinada pela ANS, não tendo o consumidor a liberdade contratual acima exposta.

<sup>105</sup> Previsão expressa no Código Civil brasileiro: “Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.”. Em Portugal, o tema é tratado na “Subsecção V – Falta e vícios de vontade”, Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de Novembro de 1966 (Código Civil português).

surpreendidos com a negativa de continuidade da cobertura securitária, ainda dentro do ambiente hospitalar, ou ao ter alta médica “ganha de presente” uma fatura com custos médico-hospitalares para ter liberada sua saída do nosocômio. A utilização do fundamento dos direitos fundamentais, reforçada pela constitucionalização do direito civil, neste aspecto tornar-se-ia o contrato de plano ou seguro de saúde como prestação de cuidados à saúde integral, pois a recuperação da saúde é inerente à preservação da vida. O julgamento final foi por maioria, sendo que o Ministro Aldir Passarinho manteve seu voto a favor da permanência da cláusula no pacto firmado entre as partes, destacando entender configurado como ato jurídico perfeito, a teor do inciso XXXVI, do artigo 5º da Constituição da República, porque não havia norma imperativa contrária à disposição contratual.

Constata-se, para a tese “*É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado*” que o controle incidental, por maioria absoluta, teve como discurso de fundamento que havendo previsão de cobertura para a doença no contrato não é razoável limitar o tratamento prescrito, citando o artigo 51, IV<sup>106</sup>, do Código de Defesa do Consumidor, todavia, não especificou nenhum dos pressupostos inseridos no referido dispositivo, e como discurso secundário à restrição ao direito fundamental da vida.

Concorda-se com o enunciado da tese e do disposto legal citado no voto, mas não com os argumentos lançados para sua fundamentação. Ao escolher como base legal a cláusula geral de boa-fé objetiva do CDC, deve o julgador fazer o seu preenchimento com os pressupostos nela inseridos e não simplesmente transcrever o referido dispositivo. Adequa-se ao caso colocar “o consumidor em desvantagem exagerada”, por se mostrar excessivamente oneroso e restringir obrigações fundamentais do contrato que pode ameaçar seu objeto. O risco da atividade econômica deve ser suportado pela seguradora, exigir que o consumidor arque com os custos após transcorrido o lapso temporal, caracteriza-se na transferência do risco do negócio, onerando demasiadamente o consumidor e torna-se inaceitável que no contrato de cuidados de saúde exista tal limite para permanecer internado em ambiente hospitalar às custas da operadora, por ser uma obrigação essencial do tipo contratual.

---

<sup>106</sup> “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”

Antes de concluir, faz-se indispensável expor sobre as demandas judiciais envolvendo internação hospitalar psiquiátrica<sup>107</sup>, destacando que para os contratos firmados antes da Lei nº 9.656/98, o fundamento da abusividade é o mesmo quando se trata das internações em UTI ou quarto, diverge quando o plano ou seguro de saúde foi firmado já sob à égide do diploma legal supra referido, pois existe expressa proibição de limitação no tempo, todavia, a discussão cinge-se na coparticipação, haja vista estar previsto no contrato o custeio integral de, pelo menos, trinta dias de internação, por ano de contrato, não cumulativos, em hospital psiquiátrico ou em unidade ou enfermaria psiquiátrica em hospital geral, para portadores de transtornos psiquiátricos em situação de crise. Ao exceder o trigésimo dia, caso previsto em contrato, o segurador cobra coparticipação do segurado. Essa possibilidade inserida no pacto de diluir os custos com o consumidor encontrou resistência no Poder Judiciário, eis que a previsão está em normativa infralegal expedido pelo órgão regulador, vindo seu objeto parar no Superior Tribunal de Justiça, por meio do Tema Repetitivo nº 1.032, consubstanciado no Recurso Especial nº 1.755.866 e Recurso Especial nº 1.809.486, ambos acórdãos publicados em 16 de dezembro de 2020, tendo em vista que a Segunda Seção, por unanimidade, firmou a seguinte tese: “*Nos contratos de plano de saúde não é abusiva a cláusula de coparticipação expressamente ajustada e informada ao consumidor, à razão máxima de 50% (cinquenta por cento) do valor das despesas, nos casos de internação superior a 30 (trinta) dias por ano, decorrente de transtornos psiquiátricos, preservada a manutenção do equilíbrio financeiro.*”<sup>108</sup>, portanto, tornando válida a cláusula contratual, repercutindo nos demais processos judiciais que estavam sobrestados aguardando essa decisão da Corte Especial.

---

<sup>107</sup> Existe nos contratos de planos e seguros de saúde as cláusulas a seguir que versam sobre o mesmo tema: “custeio integral de, pelo menos, quinze dias de internação, por ano de contrato, não cumulativos, em hospital geral, para pacientes portadores de quadros de intoxicação ou abstinência provocados por alcoolismo ou outras formas de dependência química que necessitem de hospitalização”;

“a cobertura de oito semanas anuais de tratamento em regime de hospital-dia para os portadores de transtornos psiquiátricos em situação de crise”;

“para os diagnósticos F00 a F09, F20 a F29, F70 a F79 e F90 a F98 relacionados na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, a cobertura de tratamento em regime de hospital-dia por cento e oitenta dias por ano”.

<sup>108</sup> Dados completos do julgamento disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp). Acesso em: 05 nov. 2021.



## 3.3.1.2. Prótese em cirurgia coberta pelo contrato

A segunda tese publicada e pertinente ao estudo em tela é a seguinte: “*É abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura do plano de saúde o custeio de prótese necessária ao pleno restabelecimento da saúde do segurado, em procedimento cirúrgico coberto pelo plano*”<sup>109</sup>. Para fundamentar a referida tese a Corte Especial divulgou seis acórdãos<sup>110</sup> e quatro decisões monocráticas<sup>111</sup>. Da leitura pontual de cada julgado deparou-se com a citação de outros precedentes, sendo que todos<sup>112</sup> foram estudados. Da pesquisa realizada, foi possível identificar que

---

<sup>109</sup> Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>. Acesso em: 05.nov. 2021.

<sup>110</sup> 1) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 158625/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 20/08/2013, publicado no DJe: 27/08/2013; 2) Recurso Especial nº 1.364.775/MG, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 20/06/2013, publicado no DJe: 28/06/2013; 3) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 295.133/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/06/2013, publicado no DJe: 28/06/2013; 4) Agravo Regimental no Agravo Recurso Especial nº 259.570/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/12/2012, publicado no DJe: 04/02/2013; 5) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.201.998/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 14/08/2012, publicado no DJe: 20/08/2012 e 6) Agravo Regimental no Agravo nº 1.226.643/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/04/2011, publicado no DJe: 12/04/2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 05.nov. 2021.

<sup>111</sup> 1) Agravo nº 1.301.332/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 02/10/2013, publicado do DJe: 04/10/2013; 2) Agravo no Recurso Especial nº 362.049/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 02/09/2013, publicado: 09/09/2013; 3) Agravo no Recurso Especial nº 289.039/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/03/2013, publicado no DJe: 25/03/2013 e 4) Agravo no Recurso Especial nº 155.845/PE, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 01/02/2013, publicado no DJe: 14/02/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 05.nov. 2021.

<sup>112</sup> 1) Agravo Recurso Especial nº 155.845/PE citou: a) Recurso Especial nº 1.046.355/RJ\* (que citou: Recurso Especial nº 896.247/RJ (que citou: Recurso Especial nº 519.940/SP) – Recurso Especial nº 918.392/RN (que citou: Recurso Especial nº 519.940/SP e Recurso Especial nº 896.247/RJ) – Recurso Especial nº 519.940/SP) e b) Agravo Regimental no Agravo nº 1.139.871/SC (que citou: Recurso Especial nº 1.046.355/RJ e Recurso Especial nº 735.168/RJ (citou o Recurso Especial nº 668.216/SP (que citou: Recurso Especial nº 158.728/RJ e Recurso Especial nº 251.024/SP).

2) Agravo no Recurso Especial nº 289.039-MG, citou: a) Recurso Especial nº 918.392/RN e b) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 143.474/PB (que citou: Recurso Especial nº 918.392/RN e Agravo no Recurso Especial nº 11.571/RS) – Agravo Regimental no Agravo nº 1.139.871/SC.

3) Agravo no Recurso Especial nº 362.049/SP, citou: a) Agravo Regimental no Agravo

a quase totalidade dos contratos de plano ou seguro de saúde foram pactuados antes da Lei 9.656/98, e, em alguns deles também eram anteriores ao Código de Defesa do Consumidor. O destaque de ser anterior à Lei nº 9.656/98 é porque essa legislação específica, em seu art. 10, II e VII, somente permite que a operadora de plano ou seguro saúde insira nos seus contratos cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde, envolvendo esse assunto, em duas situações, para procedimentos clínicos ou cirúrgicos com fins estéticos e fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico. Já nos contratos antes da sua vigência, planos “antigos”, é notório encontrar nas condições gerais cláusulas contendo delimitações negativas de cobertura assistencial, tais como: (i) custeio ou o ressarcimento de próteses, ou qualquer outro componente ou acessório que venha a substituir ou implementar funções do

---

nº 1.341.183 (que citou: Recurso Especial nº 735.168/RJ; Recurso Especial nº 1.047.993/RN; Agravo Regimental no Agravo nº 978.565/RJ; Recurso Especial nº 952.144/SP; Recurso Especial nº 896.247/RJ; Recurso Especial nº 918.392/RN; Recurso Especial nº 519.940/SP e Recurso Especial nº 1.046.355/RJ) e b) Recurso Especial nº 735.750/SP e c) Recurso Especial nº 668.216/SP.

4) Agravo Regimental no Agravo nº 1.301.332/SP, citou: a) Recurso Especial nº 1.364.775/MG (que citou: Agravo Regimental no Agravo nº 1.341.183; Recurso Especial nº 650.400/SP (que citou: Agravo Regimental no Recurso Especial nº 265.872/SP e Recurso Especial nº 244.847) e Recurso Especial nº 735.168/RJ); b) Recurso Especial nº 811.867 (que citou: Recurso Especial nº 1.046.355/RJ\* – Recurso Especial nº 735.168/RJ) e c) Recurso Especial nº 918.392/RN.

5) Agravo Regimental nº 1.226.643/SP, citou somente o Recurso Especial nº 735.168.6) e b) Recurso Especial nº 811.867.

7) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 259.570, citou: a) Recurso Especial nº 811.867; b) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.201.998 (que citou o Recurso Especial nº 735.168/RJ e Recurso Especial nº 811.867); c) Agravo Regimental no Agravo nº 1.226.643 (citou o Recurso Especial nº 735.168/RJ); d) Agravo Regimental no Agravo nº 1.139.871/SC e e) Recurso Especial nº 1.046.355/RJ\*.

8) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 295.133, citou: a) Agravo Regimental no Agravo nº 1.139.871/SC; b) Recurso Especial nº 1.046.355/RJ e c) Recurso Especial nº 668.216.

9) Recurso Especial nº 1.364.775/MG, citou: a) Agravo Regimental no Agravo nº 1.341.183 e b) Recurso Especial nº 650.400 (que citou: Recurso Especial nº 700.100/RS – Agravo Regimental no Recurso Especial nº 265.872/SP – Recurso Especial nº 244.847) e c) Recurso Especial nº 735.168.

10) Agravo Regimental no Agravo Recurso Especial nº 158.625, citou: a) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.260.121 (citou: Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 35.266-PE); b) Recurso Especial nº 1.364.775/MG e c) Agravo Regimental no Agravo Recurso Especial nº 190.576 (citou: Agravo Regimental no Agravo Recurso Especial nº 184.339-DF e Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 35.266-PE).

organismo; (ii) custos com aparelhos estéticos e seus acessórios, bem como próteses de qualquer natureza; (iii) exclui a cobertura de prótese e órtese, bem como aparelhos destinados à substituição ou complementação de função; (iv) exclui o uso de materiais importados em cirurgias cobertas pelo plano e (v) exclui prótese e órtese de qualquer natureza.

Identificou-se, também, que nos dez julgados que subsidiaram a tese, em todos, o Tribunal de Justiça estadual considerou abusiva a cláusula contida no contrato de adesão. Não ficou evidenciado, com clareza, a principal norma jurídica utilizada pelos julgados, porém, naqueles existentes, predominou o artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Chama-se atenção, para, mais uma vez, à aplicação massiva da Súmula 83 do STJ, implicando que as instâncias judiciárias inferiores têm seguido a jurisprudência da Corte Especial. Em que pese os julgados terem sido publicados nos anos de 2013 (oito), 2012 (um) e 2011 (um), seus precedentes remontam datas pretéritas que chegam até o ano de 2003<sup>113</sup>. Esse julgado do ano de 2003 é citado em vários precedentes, sendo que nele discutiu-se que o consumidor se submeteu a cirurgia para retirada total da próstata, tendo o segurador arcado com todos os custos, mas em pouco tempo detectou-se como sequela uma incontinência urinária, obrigando-o a usar fraldas, com trocas de duas em duas horas. O médico assistente prescreveu a implantação de ‘esfíncter urinário artificial’, fabricado nos Estados Unidos, com preço, à época, orçado em R\$15.000,00 (quinze mil reais), sendo negada a cobertura pelo segurador, sob alegação de constar nas condições gerais contratuais cláusula expressa de delimitação negativa da prestação para próteses e órteses de qualquer natureza. Na fase probatória, o juiz primevo ficou convencido que o ‘esfíncter urinário artificial’ era uma prótese específica e que a “cláusula VI, redigida de forma clara, não deixa nenhuma espécie de dúvida quanto a não haver cobertura”. Recurso de apelação interposto pelo consumidor, a sentença foi reformada, dando provimento ao recurso, expondo, em síntese, que o contrato de seguro de saúde se executam no futuro, podendo levar anos para a expectativa e segurança nele depositada possa ser efetivada mediante um percalço da vida, além, da sua condição de “vulnerável e hipossuficiente” passa a ser merecedor

---

<sup>113</sup> Recurso Especial nº 519.940-SP. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito. Terceira Turma. Publicado no Diário da Justiça em 01, de novembro de 2003. Da leitura deste acórdão, há citação de dois julgados como precedentes, Recurso Especial nº 158.728/RJ (17/05/1999) e Recurso Especial nº 439.410/SP (10/03/2003), que apesar de terem data anterior, no mérito, não se trata de prótese, sendo o primeiro já analisado no item anterior, que se refere a limite no tempo de internação, e o segundo limite de sessões de fisioterapia.

das normas que tenham finalidade social, como o Código de Defesa do Consumidor, sendo a cláusula abusiva porque “vicia o objetivo do contrato” e “frustra a expectativa do Consumidor em ver alcançado o objetivo contratual”.

A operadora interpôs Recurso Especial para o STJ que manteve o acórdão do Tribunal *a quo*, por unanimidade, seguindo o voto do Ministro Relator que destacou se o fornecedor cobriu o ato cirúrgico (prostatectomia radical) não sendo razoável negar a cobertura para correção das complicações dela oriundas. O Ministro, nas suas palavras, disse que seria um contrassenso, admitir que a cobertura do plano, que tem por finalidade a cura do segurado, fosse interrompida por “cláusula limitativa”, que, em moléstia coberta pelo plano impedisse o total restabelecimento do paciente, e ao final do seu voto ponderou que o julgador deve verificar se a pretensão do consumidor está ligada a doença, ato ou procedimento coberto pelo contrato. Antes de avaliar este precedente, isoladamente, importante detalhar mais um ponto da pesquisa.

Ao longo desses dez anos, entre o primeiro precedente e a publicação da tese, a maioria dos julgados que sustentam o entendimento do STJ envolve casos sobre a cobertura da prótese denominada “stent”<sup>114</sup> (convencional ou farmacológico), seguido da implantação do marca-passo, ambos, negados pela operadora, com fulcro na cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde que exclui a cobertura de prótese e órtese, bem como aparelhos destinados à substituição ou complementação de função.

---

<sup>114</sup> “Para combater o alto índice de reestenose que se seguia à angioplastia, foi proposto também por Dotter, em 1969, o implante de uma prótese endovascular que promovesse sustentação da parede do vaso após a intervenção. Por semelhança, esta prótese recebeu o nome de stent. Em sua experiência inicial usando enxertos tubulares plásticos, houve trombose de todos eles em 24h. Contudo, os resultados melhoraram quando se usaram molas de aço inoxidável. Apesar do entusiasmo de Dotter, a técnica de dilatação transluminal percutânea de obstruções vasculares não obteve repercussão nos Estados Unidos. Foi, entretanto, empregada e modificada em vários centros europeus. Andreas Grüntzig, na Suíça, desenvolveu um cateter de dilatação com dupla luz e um balão não-elástico, usando-os com sucesso em artérias femorais e poplíteas. Estendeu então o seu uso para artérias coronárias, em 1977, o que impulsionou a cardiologia invasiva diagnóstica para a era do intervencionismo.” GUÉRIOS, Ênio Eduardo; BUENO, Ronaldo da Rocha Loure; ANDRADE, Paulo Maurício Piá de; NERCOLINI, Deborah Christina e PACHECO, Álvaro Luiz Aranha. Stents. Uma visão da literatura. In: Arquivo Brasileiro Cardiologia. vol.71, n.1. São Paulo, 1998. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0066-782X1998000700014#:text=Andreas%20Gr%C3%BCntzig%2C%20na%20Su%C3%AD%20A7a%2C%20desenvolveu,para%20a%20era%20do%20intervencionismo](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066-782X1998000700014#:text=Andreas%20Gr%C3%BCntzig%2C%20na%20Su%C3%AD%20A7a%2C%20desenvolveu,para%20a%20era%20do%20intervencionismo). Acesso em: 05 nov. 2021.

O busílis da *quaestio* paira se a cláusula constante nas condições contratuais gerais do plano ou seguro de saúde que delimita negativamente a prestação (custeio ao prestador ou ressarcimento ao consumidor) da prótese, bem como delimita a prestação de qualquer outro componente ou acessório que venha a substituir ou implementar funções do organismo, deve ser considerada lícita ou ilícita.

Cinge-se informar que o “stent” foi implantado na circulação coronária humana somente em 1987, com aprovação na *Food and Drug Administration* (FDA-EUA) no ano de 1992, para tratamento da oclusão coronária aguda pós-ATC (angioplastia transluminal coronária)<sup>115</sup>. No Brasil, o “stent” começou a ser implantado no final da década 1990 e início dos anos 2000, com isso é perceptível afirmar que os contratos de plano ou seguro de saúde não o levaram em consideração no cálculo atuarial, bem como outras próteses e órteses que foram surgindo com o avanço tecnológico da medicina. Não há dúvida que a cláusula é genérica, suscitando o não cumprimento do dever de informação, todavia, torna-se complicado para o fornecedor inserir nominalmente no contrato as próteses e órteses, ainda mais, como explicitado, o “stent” surgiu *a posteriori*. Lado outro, o fornecedor não se desobrigou do cumprimento da prestação que pactuou, arcando com as despesas da intervenção cirúrgica, incluso os honorários médicos, hospitalização, medicamentos e insumos, mas entendeu não estar obrigado a custear somente a prótese denominada “stent” por estar inserida, de forma genérica, na previsão de delimitação da prestação. Na prática, a operadora pretendia arcar com as despesas cobradas pelo prestador hospitalar, a exceção da prótese, mas em virtude de tutela antecipada deferida pelo juiz, arcou como a integralidade dos custos até decisão final do STJ, que lhe foi desfavorável. Fato incontroverso, como já explanado anteriormente, diz respeito que o procedimento denominado “angioplastia” pode ser realizado com ou sem a implantação de “stent”, a depender da prescrição do médico que acompanha o segurado<sup>116</sup>. Esclarece que não se está fazendo qualquer juízo sobre a prescrição médica, no que tange a possível falta de ética para obtenção de ganhos com o fabricante da prótese, fato que infelizmente ocorre com alguns profissionais. Pode-se afirmar que o fornecedor não agiu com boa-fé, que a cláusula possibilita uma desvantagem exagerada ao consumidor ou que não cumpre com a finalidade essencial do contrato?

---

<sup>115</sup> Idem.

<sup>116</sup> Idem. “Com as técnicas atuais de implante, que levaram a menores índices de complicação e de reestenose, a colocação de stents responde hoje por cerca de 35% das quase 900 mil intervenções percutâneas realizadas anualmente no mundo.”

A tese desenvolvida pelo STJ é enfática para que a operadora arque com o custeio de “*prótese necessária ao pleno restabelecimento da saúde do segurado*”. Nos julgados estudados os discursos utilizados pelos Ministros, para fundamentação, dizem respeito a condição de eficácia, êxito, sucesso, indispensabilidade, indissociabilidade, imprescindibilidade, para um procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde, independente se é importada ou nacional, desde que haja prescrição médica. Reconhecem que mesmo na hipótese de se levar em conta que tal supressão de cobertura do custeio ou do ressarcimento de prótese ter sido prevista nas cláusulas<sup>117</sup> do contrato de assistência médico-hospitalar, em perfeita observância da exigência legal proclamada no § 4º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, encontrando-se clara e dentro dos ditames da boa-fé, ainda sim, entende-se abusiva a cláusula restritiva de direito que prevê o não custeio de prótese imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano<sup>118</sup>. Reforçam, no julgado específico sobre procedimento denominado “artroplastia total de joelho bilateral”, que não seria razoável supor que a cobertura devesse restringir-se à cirurgia de remoção de partes de ambos os joelhos da recorrente, nem que esta devesse arcar com os custos das próteses mesmo sem poder pagar pela cirurgia em si. O mal não estaria sendo tratado, a saúde da recorrente não seria restabelecida e “o contrato perderia o objeto”<sup>119</sup>. Como último discurso argumentativo, extrai-se que o consumidor não pode ser impedido de receber “tratamento com o método mais moderno” no momento quando alojar-se a doença coberta em razão de cláusula delimitadora, cabendo exclusivamente ao médico, e não a operadora, a responsabilidade pela orientação

---

<sup>117</sup> A pesquisa evidenciou que nos Tribunais a quo a cláusula limitativa de prestação de cuidados de saúde é válida, *v.g.*, nos seguintes termos: “I – A restrição de certos materiais está em consonância com a amplitude do plano do apelante, refletindo o valor da mensalidade. Além disso, não era obrigação da apelada custear o tratamento do usuário, já que o procedimento solicitado não se encontrava na cobertura do contrato antigo. II – Os usuários que optaram por permanecer com o modelo antigo de contrato nada tem de queixarem-se da cobertura exígua que estes oferecem, posto que, em contrapartida, pagam menor mensalidade que os usuários que são regidos pelos novos contratos”. Porém, em todos, o STJ reformou a decisão favoravelmente ao consumidor. Recurso Especial nº 918.392-RN. Ministro Relatora Nancy Andrighi. Terceira Turma, por unanimidade. Publicado no Diário da Justiça: 01 de abril de 2008.

<sup>118</sup> Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.341.183-PB. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma, por unanimidade. Publicado no Diário da Justiça: 20 de abril de 2012.

<sup>119</sup> Recurso Especial nº 811.867 – SP. Relator Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma, por unanimidade. Publicado no Diário da Justiça: 22 de abril de 2010.

terapêutica, ao contrário põe-se em risco a vida do consumidor<sup>120</sup>.

Para os contratos novos ou adaptados, a partir da vigência da Lei nº 9.656/98, a regra é da prestação de próteses, órteses e seus acessórios ligados ao ato cirúrgico. A ANS, por meio da Resolução Normativa nº 465/2021<sup>121</sup>, definiu prótese (art. 20, §2º) como qualquer material permanente ou transitório que substitua total ou parcialmente um membro, órgão ou tecido, e, órtese (art. 20, §3º) como qualquer material permanente ou transitório que auxilie as funções de um membro, órgão ou tecido, sendo não ligados ao ato cirúrgico os materiais cuja colocação ou remoção não requeiram a realização de ato cirúrgico. No anexo I da norma supramencionada, constam todos os procedimentos obrigatórios de prestação por parte da operadora (“Rol da ANS”). Tem-se, também, outro normativo infralegal, a Resolução Normativa nº 424/2017, que em seu artigo 7º, inciso II, determina que o profissional assistente deve justificar clinicamente a sua indicação e oferecer, pelo menos, três marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, dentre aquelas regularizadas junto à ANVISA, que atendam às características especificadas. Essa regulamentação tem respaldo na Resolução CFM<sup>122</sup> nº1.956/2010, que disciplina a prescrição de materiais implantáveis, órteses e próteses e determina arbitragem de especialista quando houver conflito.

Apesar da tese ter sido publicada no ano de 2013, mas por não conter efeito vinculativo, mas orientativo, e por existirem, ainda, mais de 3 milhões<sup>123</sup> de consumidores vinculados ao contrato anterior à Lei nº 9.656/98, persiste a judicialização sobre esse tema. A simples pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, lançando somente a palavra “stent”, depara-se com

---

<sup>120</sup> Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 295.133-SP, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/06/2013, publicado no Diário da Justiça eletrônico: 28 de junho de 2013.

<sup>121</sup> Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&cid=MzUwMg==> Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>122</sup> Resolução do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial da União em 25 de outubro de 2010, Seção I, p. 126. “Art. 5º. O médico assistente requisitante pode, quando julgar inadequado ou deficiente o material implantável, bem como o instrumental disponibilizado, recusá-lo se oferecer à operadora ou instituição pública pelo menos três marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, regularizados juntos à ANVISA e que atendam às características previamente especificadas.” Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1956>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>123</sup> Dados de julho de 2021. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 05 nov. 2021.

vários julgamentos realizados nos anos posteriores. Portanto, o tema continua em evidência nos Tribunais brasileiros, merecendo o estudo como proposta para alavancar a desjudicialização.

Com efeito, pode-se concluir que o controle incidental tem suscitado como pressuposto para decidir a contrariedade à norma imperativa, Lei nº 8.078/90, conhecida como Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, primordialmente no artigo 51, IV e §1º, II, em desobediência à boa-fé e a desvantagem exagerada, no viés de restringir obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato.

Com a devida *vênia* às posições contrárias, esse pressuposto tem cabimento se o procedimento cirúrgico somente é realização com a implantação de prótese, ou seja, está intrínseco na obrigação contratada, eis que não pode haver metade da prestação. Explicando melhor, se o fornecedor inserir nas condições gerais cláusula permitindo a cirurgia e essa tem como razão precípua a implantação de uma prótese, não cabe negar a cobertura assistencial. Ao contrário, se o procedimento cirúrgico tem cobertura contratual, podendo ser realizado com ou sem a implantação da prótese, fato que dependerá das circunstâncias que se encontra o consumidor, após avaliação do seu médico, não se vislumbra ilegalidade que viole o Código de Defesa do Consumidor. O ponto central é a indissociabilidade ou indivisibilidade da prótese ao ato cirúrgico, outra situação, é que para melhor êxito ou sucesso, foi prescrito pelo médico a implantação de prótese. Exemplificando, na primeira situação a prescrição foi “artroplastia total do joelho” e para a segunda “angioplastia com stent”. Havendo cobertura contratual para “artroplastia total do joelho” é indispensável a implantação da prótese, pois a cirurgia só existe para substituir as superfícies dos ossos do joelho pela prótese, não podendo ser negada por existir uma outra cláusula que não permite a cobertura da prótese, isso caracteriza “dar com uma mão e retirar com outra”, o que não é aceitável. No segundo caso, se o contrato prevê a cobertura de “angioplastia”, a qual pode ser realizada com ou sem “stent”, a operadora age de boa-fé, ao arcar com todos os custos envolvendo o procedimento coberto e não com a prótese, a qual foi prescrita pelo médico assistente para aquele determinado consumidor, em virtude do seu estado clínico. Diferença entre elas, é que na segunda não há indissociabilidade da prótese em relação ao procedimento coberto pelo contrato, a peculiaridade do caso restringe aquele consumidor que necessita realizar a angioplastia e, também, implantar um “stent”.

Como explanado, o “stent” tornou-se mais acessível muito anos depois da contratação dos planos “antigos”, sendo certo que o surgimento de novas tecnologias são constantes e agregam custos, devendo-se buscar a justiça contratual. Não se vislumbra desvantagem exagerada econômica para o consumidor, eis que



terá que arcar com o custo da prótese, as demais despesas, como a hospitalização, honorários médicos, insumos e medicamentos, correrão por conta do fornecedor, também não comporta alegar restrição a prestação fundamental inerente à natureza contrato, pois é sabido o apelo social que existe com relação ao plano ou seguro de saúde, com divulgação pela mídia em geral, porém, o fornecedor não se esquivou de executar o contrato, o fez autorizando à realização do procedimento cirúrgico, mas limitou-se aquilo que não se obrigou, a custear a prótese solicitada pelo médico que entendeu, para aquele caso específico, que a implantação da prótese geraria maior eficácia para a recuperação do consumidor.

A compreensão da indissociabilidade ou indivisibilidade ao ato cirúrgico não pode ser equiparada ao sucesso, ao êxito, a imprescindibilidade para o restabelecimento do segurado, sob pena de se permitir irrestritamente a cobertura contratual por se tratar da proteção da assistência à saúde ao consumidor vulnerável. Na lei específica que regula o setor de saúde suplementar resta implícito que o segurador deve fornecer prótese ligado ao ato cirúrgico, talvez a palavra ‘ligado’ ou invés de *indiviso* contribuiu para a interpretação que se consolidou no Superior Tribunal de Justiça e não para seu verdadeiro alcance pretendido pelo legislador.

### 3.3.1.3. Procedimento ou medicamento para doença coberta pelo contrato

Passa-se a discorrer sobre a terceira tese, que *data vênia*, se transcreve: “É abusiva a cláusula contratual que exclua da cobertura do plano de saúde algum tipo de procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas pelo referido plano.”<sup>124</sup>. Como precedentes foram publicados nove acórdãos<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup> Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>125</sup> 1) Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 090117/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/09/2013, publicado no DJe: 20/09/2013; 2) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 007.479/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/08/2013, publicado no DJe: 20/09/2013; 3) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 158.625/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 20/08/2013, publicado no DJe: 27/08/2013; 4) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 008.057/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 06/08/2013, publicado no DJe: 12/08/2013; 5) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 334.093/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 25/06/2013, publicado no DJe: 01/08/2013; 6) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.242.971/PB, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 25/06/2013, publicado no DJe: 01/08/2013; 7)

e uma decisão monocrática<sup>126</sup>. Desses dez julgados, nove recursos especiais foram interpostos pela operadora, todos não providos, por unanimidade, e um pelo consumidor, discutindo indenização por danos morais, com decisão de improcedência nas instâncias *a quo*, contudo, dado provimento pelo STJ. Constatou-se que tanto a primeira como a segunda instância julgaram favoravelmente ao consumidor sobre a delimitação da prestação constante no clausulado. Os objetos principais são variados, a saber, internação domiciliar (home care), marca-passo, prótese da marca de determinado fabricante, tratamento quimioterápico, “stent”, sessões de hemodiálise, medicamento domiciliar, gastroplastia redutora e cirurgia maxilo-facial. A pesquisa apontou que na maioria a contratação é anterior à Lei nº 9.656/98, porém, três julgados se referem aos ditos planos “novos”, todos sobre tratamento domiciliar (home care). Apesar de constar, formalmente, a incidência da Súmula 83 do STJ em três julgados, os demais foram decididos em precedentes, não constando dispositivo legal aplicável, o que demandou a incursão em todos<sup>127</sup> eles para melhor análise dos fundamentos

---

Recurso Especial nº 1.364.775/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/06/2013, publicado no DJe: 28/06/2013; 8) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 121.036/SP, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 05/03/2013, publicado no DJe: 14/03/2013 e 9) Agravo Regimental no Aravo no Recurso Especial nº 079.643/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 02/10/2012, publicado no DJe: 08/10/2012.

<sup>126</sup> Agravo no Recurso Especial nº 132.821/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 05/09/2013, publicado em 12/09/2013.

<sup>127</sup> 1) Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo Recurso Especial nº 90.117, citou: a) Agravo Regimental no Agravo nº 1.139.871 (que citou: (i) Agravo Regimental no Agravo nº 1.139.871/SC, (ii) Recurso Especial nº 668.216/SP, (iii) Recurso Especial nº 1.046.355/RJ, (iv) Agravo Regimental no Agravo nº 1.137.474/SP, (v) Recurso Especial nº 1.106.789/RJ, (vi) Agravo no Recurso Especial nº 215.639, (vii) Agravo nº 1.390.883-RS, (viii) Agravo no Recurso Especial nº 349.469/SP, (ix) Agravo no Recurso Especial nº 365.065/SP e (x) Agravo no Recurso Especial nº 180.511/SP), b) Recurso Especial nº 668.216, c) Recurso Especial nº 1.046.355, d) Agravo Regimental no Agravo nº 1.137.474, e) Recurso Especial nº 1.106.789, f) Agravo no Recurso Especial nº 215.639, g) Agravo nº 1.390.883, h) Agravo no Recurso Especial nº 349.469, i) Agravo no Recurso Especial nº 365.065 e j) Agravo no Recurso Especial nº 180.511.

2) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 74.479, que citou: a) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.028.384 e b) Agravo Regimental no Agravo nº 1.322.204.

3) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 158.625, que citou: a) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.260.121 (citou: Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 35.266-PE); b) Recurso Especial nº 1.364.775/MG e c) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 190.576 (citou: Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 184.339-DF e Agravo

que construíram a tese. Dos precedentes citados, deparou-se com a citação dos artigos 47 e 51 do Código de Defesa do Consumidor.

A tese diz procedimento ou medicamento para assegurar tratamento das doenças estabelecidas no contrato. Procedimento, na literatura médica<sup>128</sup>, significa o método ou a técnica para realização de exame ou cirurgia. Já tratamento<sup>129</sup> é definido, pelo professor Joffre Marcondes Rezende, “como o conjunto de meios (terapias<sup>130</sup>) empregados visando a debelar uma doença ou proporcionar ao doente cuidados paliativos.” A definição destes termos perante a medicina é necessária para entender a real delimitação que está sendo imposta pela operadora de assistência à saúde e se ela ofende a finalidade essencial do contrato

---

Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 35.266-PE).

4) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 8.057, não citou nenhum.

5) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 334.093, que citou: a) Recurso Especial nº 1.106.789, b) Recurso Especial nº 668.216 e c) Recurso Especial nº 183.719.

6) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.242.971, que citou: a) Agravo Regimental no Agravo nº 1.341.183 e b) Recurso Especial nº 735.750.

7) Recurso Especial nº 1.364.775, que citou: a) Agravo Regimental no Agravo nº 1.341.183, b) Recurso Especial nº 650.400, c) Recurso Especial nº 735.168 e d) Agravo Regimental no Agravo nº 1.088.331.

8) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 121.036, que citou: a) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 35.266, b) Agravo Regimental no Agravo nº 1.137.474 e c) Recurso Especial nº 668.216.

9) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 79.643, que citou: a) Agravo Regimental no Embargos Declaratórios nº 1.366.340 e b) Agravo Regimental no Agravo nº 1.181.401.

10) Agravo no Recurso Especial nº 132.821, que citou: a) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 121.036, b) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 194.590 e c) Recurso Especial nº 668.216. Alguns destes julgados já foram devidamente citados que constam seus precedentes nas alíneas a) e b) deste item.

<sup>128</sup> REZENDE, Joffre Marcondes. Exame. Método. Técnica. Procedimento. Prova. Teste. Reação. *Rev. Pat. Trop.* 25 (2): 335-338, jul./dez 1996. Disponível em: [file:///C:/Users/Dani/Downloads/18487-Article%20Text-75903-1-10-20120509%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Dani/Downloads/18487-Article%20Text-75903-1-10-20120509%20(1).pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>129</sup> REZENDE, Joffre Marcondes. Terapias, Terapêuticas e Tratamento. *Revista de Patologia Tropical*. Vol. 39 (2): 149-150. abr.-jun. 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Dani/Downloads/10734-Article%20Text-41613-1-10-20100804.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>130</sup> “Terapia provém do grego *therapeia*, do verbo *therapeúo*, prestar cuidados médicos, tratar. O termo foi usado em medicina por Hipócrates e Galeno, que se referiram à terapia médica e cirúrgica para designar os cuidados com os enfermos visando a obter a cura das doenças (1, 2). Do grego, a palavra passou para o latim e, deste, para as línguas modernas com o sentido abrangente de qualquer meio ou procedimento usado no tratamento dos enfermos, dando origem a compostos como farmacoterapia, fisioterapia, hidroterapia, radioterapia, psicoterapia etc.” *Idem*, p. 149.

de plano ou seguro de saúde. O procedimento é a fase anterior ao tratamento, podendo estar associados ou não. O consumidor ao se submeter a qualquer exame ou intervenção cirúrgica, não necessariamente terá que realizar algum tratamento em seguida.

Retornando aos objetos dos julgados, com os devidos conceitos de procedimento e tratamento, percebe-se que fornecedor negou, na prática, tratamento, tais como internação domiciliar, sessões de hemodiálise, sessões de quimioterapia ou de radioterapia. Dois casos são de procedimento, como a gastroplastia (redução do estômago) e cirurgia-maxilo-facial. No que tange aos medicamentos, os casos estão relacionados aos planos “novos” que delimitam negativamente a cobertura de medicação, via oral, no domicílio do consumidor, com respaldo na Lei nº 9.656/98, precisamente no seu artigo 10, inciso VI, ressalvados para os casos de tratamentos antineoplásicos, incluindo para controle<sup>131</sup> de efeitos adversos e adjuvantes, além dos radioterápicos advindos de câncer e hemoterapia em continuidade da assistência prestada no âmbito da hospitalização. Importante registrar que as referidas ressalvas à delimitação foram inseridas por meio da Lei nº 12.880, 12 de novembro de 2013, entretanto, com *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias, sendo que os julgados analisados são anteriores à sua edição, o último publicado em outubro daquele ano.

Deparou-se que o STJ fundamenta no discurso que havendo previsão de cobertura de determinada doença, independe do tratamento a ser utilizado, desde que devidamente prescrito pelo médico, o fornecedor está obrigado a arcar com os custeio ou reembolso. Não é esse o posicionamento da ANS, inclusive não aplicando sanções administrativas para seus regulados, gerando verdadeiro conflito entre o Estado Juiz e o Estado Regulador. Indiretamente ou implicitamente, o STJ vem equiparando a saúde privada com a saúde pública, determinando uma cobertura integral e irrestrita para os consumidores, seja em virtude da sua vulnerabilidade ou para dar eficácia direta ao direito subjetivo fundamental, não levando em consideração a equivalência das prestações e a própria legalidade de inserir cláusula delimitadora negativa da prestação dos cuidados de saúde.

Dos julgados analisados, destaca-se o Recurso Especial nº 1.106.789/RJ, porque é o único que consta voto divergente, possibilitando obter visões dife-

---

<sup>131</sup> “é considerado como continuidade dos procedimentos de quimioterapia e terapia antineoplásica oral para o tratamento do câncer”. Conforme parágrafo único do artigo 16, da Resolução Normativa nº 465/2021.

rentes sobre o mesmo caso concreto. Em síntese, a consumidora firmou, no ano de 1992 (antes da Lei nº 9.656/98 e já na vigência do CDC), contrato com operadora de plano de saúde lhe sendo prescrito, em 2005, o procedimento de gastroplastia redutora (conhecida como cirurgia de redução de estômago) por constatar que ela era portadora da doença ‘obesidade mórbida’. O plano de saúde se recusou a custear o procedimento porque à época da avença não existia na medicina brasileira a existência desta cirurgia, devendo manter-se a paridade econômica das prestações. O juiz de primeira instância julgou procedente o pedido da consumidora, mas o Tribunal de Justiça de do Rio de Janeiro reformou a sentença, dando provimento à apelação da operadora, perfilhando que o procedimento cirúrgico somente foi formalmente reconhecido pela literatura médica brasileira no ano de 1996, afirmando que a seguradora não recebeu o respectivo prêmio que lhe obrigasse arcar com as despesas. Consumidora interpôs recurso ao STJ, que deu provimento, por maioria. A Ministra Relatora centrou a controvérsia em ser ou não imputável à operadora a obrigação de custear o procedimento cirúrgico ainda não reconhecido pela medicina brasileira à época da contratação, por existir cláusula genérica<sup>132</sup> que previa a cobertura de cirurgias relacionadas ao órgão afetado, denominada “*gastroenterológicas*”. Antes de aden-

---

<sup>132</sup> Observou-se que quando o recurso especial é interposto pelo consumidor o STJ não aplica a sua Súmula 5 “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja Recurso Especial.”. Neste caso, a Ministra Relatora, para desvencilhar da súmula, fundamentou assim: “A questão, assim colocada, não diz respeito ao reexame de cláusula contratual. Com efeito, é fato incontroverso que o contrato não previa nominalmente a cirurgia de redução de estômago como procedimento a ser coberto – o que seria realmente impossível, pois tal operação não era reconhecida pelos meios médicos brasileiros à época da avença. Previa o contrato, porém, uma cobertura genérica para cirurgias gastrointestinais. Discute-se, assim, apenas uma questão jurídica, que é definir se os princípios consumeristas incidentes sobre a relação jurídica justificam a extensão dos termos literais do contrato para que, neste se incluam as evoluções médicas desenvolvidas na manutenção do trato continuado entre as partes.”. *Data vênia*, não é sustentável tal fundamento, caberia aplicação da súmula porque a instância *a quo* analisou a cláusula genérica e entendeu que não estar contemplado o procedimento pretendido pelo consumidor. Nesse ponto, o voto-vista contrário expôs: “De plano, impende consignar que, caso as Instâncias ordinárias, ao interpretar a cláusula contratual que prevê a cobertura de despesas médicas e hospitalares decorrentes de cirurgia gastroenterológica, concluíssem que a cirurgia de gastroplastia redutora, técnica da medicina voltada para o tratamento da obesidade mórbida, estivesse naquela abrangida, nenhuma modificação, na presente via, comportaria o julgado, em atenção ao Enunciado n. 5 da Súmula desta Corte. No caso dos autos, ao contrário, constata-se que o Tribunal de origem, ao reformar a sentença de procedência, afastou a mencionada interpretação extensiva conferida pelo r. Juízo a quo, concluindo, taxativamente, que o contrato entabulado entre as partes não previu a cobertura para a cirurgia de gastroplastia redutora (...)”.

trar nesta discussão, a relatora salientou que não constava nos autos elementos suficientes para analisar a equivalência das prestações, eventual desproporção entre os custos contratados e os custos implementados com o uso de método cirúrgico surgido posteriormente. Superado esse ponto, como fundamento inicial para sua análise, afirmou que instâncias ordinárias reconheceram a cobertura da doença (obesidade mórbida), “ao menos implicitamente”. Partindo desta premissa, a Ministra pontuou que o STJ orienta que o plano ou seguro de saúde deve proporcionar o “tratamento”<sup>133</sup> mais moderno e adequado ao “procedimento” obsoleto previsto no contrato. Este fundamento está calcado no precedente Recurso Especial nº 668.216/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Menezes Direito, citado pela Ministra, e pela imensa maioria dos outros julgados, tornando-se uma referência desde sua publicação, 02/04/2007, que ora se transcreve um trecho por ser relevante: “ (...) parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão da cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor”. Ao final, sem citar expressamente o artigo 47 do CDC, entendeu que a interpretação das cláusulas deve favorecer os direitos do consumidor, provendo-se assim, o recurso interposto pela consumidora.

No voto-vista contrário do Ministro Massami Uyeda, restou consignado que o contrato de seguro de saúde assenta-se na mutualidade, devendo o prêmio corresponder ao benefício, sendo que são os próprios segurados que custeiam o grupo, carecendo atender a um equilíbrio financeiro e atuarial. Asseverou que apesar de prestar um serviço de natureza pública, não pode lhe ser imputado cobrir custos que efetivamente não se obrigou, frustrando a iniciativa privada na consecução dos seus fins, conforme proteção constitucional. Diz ser incontroverso o fato de não existir cláusula que ampare o procedimento cirúrgico de “*gastroplastia*”, pois, tornar-se-ia impossível, já que não era do domínio da medicina brasileira quando as partes firmaram o contrato, e, também constar cláusula genérica para cobertura de procedimentos “*gastroenterológicos*”. A divergência foi instaurada justamente em relação a premissa da Ministra Relatora que considerou que as instâncias ordinárias, de

---

<sup>133</sup> Chama-se atenção, para a confusão dos conceitos já expostos, sendo o correto para o caso em análise que a pretensão da consumidora é a realização do *procedimento*, cirurgia de redução do estômago, e não *tratamento*.

forma implícita, concluíram que a moléstia tinha cobertura contratual, sendo que o Ministro sopesou ser “diametralmente inversa”, pois no caso a discussão foi centrada na interpretação de cláusula genérica e não em cláusula prevendo a obrigação para custear gastos com a obesidade mórbida. Ao fim e ao cabo, os Ministros da Terceira Turma acompanharam a relatora, portanto, por maioria deram provimento ao recurso da consumidora, impondo a seguradora arcar com os custos da cirurgia por interpretação extensiva a cláusula genérica de cobertura para procedimento “*gastroenterológico*”.

Destaca-se, em que pese não ter sido objeto de análise por parte da Ministra Relatora, mas o foi pelo Ministro que proferiu o voto divergente, destacando como verdadeiro *ratio decidendi* do Tribunal *a quo*, que constituiu provado nos autos que a consumidora, “*sponte própria*”, e em momento bem anterior à pretensão da cirurgia de redução do estômago, recusou à regra de adaptação do contrato, previsto com a entrada em vigor a Lei nº 9.656/98, que permitia a ampliação da cobertura, inclusive deste procedimento, com respectivo acréscimo no valor do prêmio. Com efeito, entendeu o Ministro que a consumidora, de maneira voluntária, abdicou de obter a garantia da prestação, não podendo impor à seguradora os custos da cirurgia.

O controle incidental predominante, partiu da falsa premissa que a doença estava coberta pelo contrato, concluindo que a cláusula genérica deve ser interpretada a favor do consumidor, todavia, a cláusula diz respeito ao procedimento (método ou técnica) coberto e não sobre a doença coberta.

A partir disso, merece tutela, de maneira irrestrita, que o fornecedor arque com os custos de todos os procedimentos, medicamentos e tratamentos mais modernos quando houver previsão contratual de cobertura para a doença?

Inicia-se o raciocínio pelos medicamentos, por considerar que muito já explanado sobre eles alhures, padecendo de alguma complementação. Ressalte-se que os medicamentos serão tratados a parte porque a tese firmada assim os considerou, apesar que o melhor seria contemplá-los como espécie do gênero tratamento, definido pela literatura médica como farmacoterapia. Imperioso registrar que para os contratos firmados antes da Lei nº 9.656/98 não há previsão contratual obrigando o segurador fornecer medicação fora do ambiente de internação hospitalar (incluindo ambulatório), sendo essa também a regra para os contratos firmados posteriormente a referida legislação, entretanto, em 2013, houve relativização da regra geral, determinando o fornecimento da medicação oral em ambiente domiciliar em casos específicos, previstos no arti-

go 10, VI, dada alteração da Lei 12.880/2013 e nos normativos<sup>134</sup> da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Para melhor deslinde do tema, apartou-se o acórdão do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 79.643-SP, um dos dez julgados da publicação da tese, segundo o qual entende que somente ao médico que assiste o consumidor é competente para definir o tratamento mais adequado, não podendo a operadora delimitar as alternativas que visem o seu restabelecimento da saúde. O caso versa sobre a prescrição do medicamento TARCEVA, conforme bula<sup>135</sup>, indicado para o tratamento de primeira linha e de manutenção de pacientes com câncer de pulmão do tipo não pequenas células, localmente avançado ou metastático, com mutações ativadoras de receptor do fator de crescimento epidérmico, negado pelo segurador por constar cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde, especificamente para cobertura de medicação em ambiente domiciliar. O acórdão foi publicado em 08 de outubro de 2012, ou seja, antes da alteração da relativização da regra geral, portanto, não havia ofensa a norma imperativa e, mais, o normativo infralegal<sup>136</sup> editado pelo órgão regulador, vigente à época, era taxativo ao permitir “exclusões assistenciais”, dentre elas, o fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar. O Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cuevas, aderiu *in totum* a fundamentação do Tribunal de origem, que se faz necessário transcrever, nos seguintes termos: “o fato de a medicina evoluir e substituir a quimioterapia que se realizava por sessões em hospitais por comprimidos que o paciente ingere em casa, não altera a natureza do contrato de plano de saúde, cuja função social é o de permitir que o usuário tenha efetiva e completa assistência, nos limites do contrato (art. 421, CC). A questão não é de inserir hipótese na cláusula de exclusão, mas, sim, de adaptar a interpretação a um conceito moderno de tratamento da oncologia, sob pena de ter de obrigar que o paciente, para receber cobertura, desista do medicamento oral para voltar a receber quimioterapia hospitalar, o que é um contra-senso. O que importa é que o plano de saúde contratado pelo autor não exclui a cobertura da quimioterapia, e que no mundo moderno ela se realiza por comprimidos sob intensa e severa supervisão médica. Não faz sentido, portanto, que a seguradora

---

<sup>134</sup> Ver Resolução Normativa nº 465/2021, que versa sobre atualização do “Rol da ANS” que devem ser cobertos por qualquer operador de plano ou seguro de saúde.

<sup>135</sup> Disponível em: <https://consultaremedios.com.br/tarceva/bula>

<sup>136</sup> Resolução Normativa nº 262/2010, art. 16º, §1º, inciso VI. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao>. Acesso em: 05 nov. 2021.



exija a internação do paciente, desgastante e custosa, somente para cobrir o tratamento quimioterápico necessitado por ele, com a ingestão de medicação TARCEVA.”<sup>137</sup>.

Não há dúvida, que a doença câncer, por si só, tem um apelo pessoal e social de grande relevo, pois atinge todas as classes, bilionários, ricos e pobres, e na sua maioria é devastadora para o paciente e seus familiares. Como dito, a quimioterapia que necessitava o consumidor possuía cobertura contratual, contudo, com o avanço tecnológico dos fármacos, não precisaria se deslocar para o ambiente hospitalar para receber a medicação, sendo prescrito medicamento, via oral, em comprimidos, para ingestão no seu domicílio. Portanto, é incontroverso que a doença e o tratamento de quimioterapia estavam previstos como obrigações do segurador, e o medicamento com delimitação negativa da prestação em cláusula expressa genérica do não fornecimento em ambiente domiciliar.

A decisão enfatizou que a simples ingestão de comprimidos em casa não desnatura o contrato, sendo que sua função social (art. 421, CC) é que o consumidor obtenha “efetiva e completa assistência, nos limites do contrato”. Passando *in albis* pela discussão da função social, entende-se que o segurador estava no exercício regular do seu direito ao negar o medicamento, na exata modelação contratual. Reflete-se ao contrário, as voltas com o cotidiano, ao lhe ser prescrito medicamento porque a “taxa do seu colesterol” está alta, ou da sua pressão arterial, ou da sua glicemia, ou por alguma alergia, nestes casos, deverá a seguradora arcar com os custos dos comprimidos? Todas as doenças que geram a necessidade desses medicamentos estão previstas contratualmente. A diferença, ao que tudo indica, é a comoção que o câncer provoca no momento de decidir. Lado outro, pode-se afirmar que o consumidor está devidamente esclarecido e consciente que esse tipo de medicamento não faz parte da cobertura contratual, porém, quando se trata de uma medicação mais cara recorre-se ao Poder Judiciário. Certo é que a legislação ordinária foi alterada para contemplar, de forma delimitadora positiva, a cobertura de medicamentos por parte do segurador, permitindo um mínimo de segurança jurídica neste contexto.

---

<sup>137</sup> Outro exemplo de discurso utilizado: “O autor, ao celebrar o contrato de plano de saúde, acreditou estar amparado para todo os males que lhe pudessem acometer. A falta de cobertura em casos como o dos autos atenta contra o espoco do contrato que é a garantia da saúde dos consumidores.” “devendo-se considerar abusiva e, conseqüentemente, nula toda a cláusula que atente contra a saúde e a vida dos segurados.” Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 121.036-SP, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 05/03/2013, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 14/03/2013.

Passa-se às reflexões sobre não se permitir inserir cláusula delimitadora negativa da prestação de procedimento quando a doença esteja prevista contratualmente. De acordo com o estudo enfrentado mais acima, sobre a cobertura ou não de cirurgia de redução do estômago, o Ministro que proferiu o voto-vista divergente foi enfático ao dizer que se a doença denominada obesidade mórbida estivesse contemplada quando da celebração do contrato, independentemente, da cirurgia gastroplastia redutora não ser de conhecimento da medicina nacional, só surgindo a nova técnica cirúrgica *a posteriori*, ao tempo que a consumidora contraiu a doença, deve a seguradora custear o procedimento. O discurso corrente nos julgados do STJ está na direção de o fornecedor estabelecer as doenças que terão cobertura contratual, mas jamais o método ou a técnica a serem utilizados para a cura de cada uma delas, devendo ser garantido o moderno e mais adequado à enfermidade quando ela, infelizmente, acometer o consumidor. Partindo-se desta premissa vislumbra-se que as delimitações poderão surtir efeito nos contratos firmados antes da Lei nº 9.656/98, isto porque, a partir da vigência da legislação específica do mercado de saúde suplementar impôs ao empreendedor que queira exercer atividade econômica neste ramo contratualizar a cobertura das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde<sup>138</sup>. O efeito prático desta tese

---

<sup>138</sup> Presume-se que a origem desta imposição prevista na Lei nº 9.656/98 seja em virtude do Conselho Federal de Medicina, em 1993, ter editado a Resolução CFM nº 1.401, de 11 de novembro, prevendo: “As empresas de seguro-saúde, empresas de Medicina de Grupo, cooperativas de trabalho médico, ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares, estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas ao Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de saúde, não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza.”. Os contratos anteriores à Lei nº 9.656/98, possuíam cláusulas limitativas de cobertura para doenças de maneira bem genérica, tais como, “doenças congênitas”, “doenças crônicas” ou “doenças infecto-contagiosas”. Genival Veloso de França ao abordar sobre esse assunto explicou que “é preciso que se entenda ser a saúde um bem público, inalienável e indivisível. Não pode ser fragmentada, dividida, tratada ocasionalmente ou com restrições, como quem trata de atividades meramente mercantis. É lamentável, sob todos os aspectos, que se configurem, numa relação entre paciente e prestador de serviços, doenças ou perturbações pouco lucrativas ou de atenção demorada e, por isso, fiquem fora da responsabilidade dos planos de saúde.”. FRANÇA, Genival Veloso. O Código do Consumidor e o Exercício da Medicina. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 13. ano 4. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 1995, p. 60. Por fim, registre-se que a referida Resolução CFM foi revogada, juntamente com inúmeros outras, pela Resolução CFM nº 2.293/2021 (Publicada no D.O.U. de 24 de maio de 2021, Seção I, p. 143), sob a justificativa “que perderam o objeto”.

é permitir, de forma ilimitada, a partir do surgimento de novos métodos ou técnicas cirúrgicas a cobertura dos procedimentos prescritos pelo médico. Esse posicionamento configura mais uma dissensão com o Estado Regulador, que por força do §4º do artigo 10, do referido diploma legal, está incumbido de ampliar as coberturas obrigatórias das operadoras de plano ou seguro de saúde, constando no “Rol da ANS” cirurgias que devem ser custeadas ou não com base nas novas técnicas surgidas, a exemplo, “videolaparoscopia”. Em outra direção, a título ilustrativo, em tempos pretéritos uma pessoa com forte dores no joelho lhe era prescrito cirurgia ortopédica para retirada total do menisco para sanar a lesão, hoje busca-se, com a técnica menos invasiva, realizar a artroplastia, removendo, se possível, somente a parte lesada da cartilagem. A evolução tecnológica ora existente já permite inclusive transplante de menisco, não tanto usual, por falta de doadores. Detalhe, pontual, e pouco explorado na lides forenses, diz respeito as técnicas cirúrgicas prescritas pelo médico que a criou, sem respaldo<sup>139</sup> do Conselho Federal de Medicina, da ANVISA ou da ANS, servindo o consumidor de verdadeira “cobaia de laboratório” para essas novas técnicas que o Poder Judiciário presume como o procedimento “mais adequado”. É salutar que o consumidor receba o mais adequado procedimento, com o que se tem de mais moderno, também se acredita que esse seja o desejo do segurador, no intuito de cativar seu parceiro contratual e retirá-lo do cenário de despesas, mas todo esse avanço tecnológico envolve custos, sendo que os reajustes, anuais ou faixa etária, devem servir para acobertar a inserção dos meios tecnológicos e preservar a equivalência das prestações.

Manifestações conhecidas das partes, de um lado o consumidor alegando que no momento que mais precisava do plano ou seguro de saúde lhe foi negada a cobertura assistencial, de outro, a seguradora dizendo que a cobertura gera desequilíbrio econômico-financeiro, ambas contumazes retóricas acostadas nos inúmeros processos judiciais. O papel do Estado Regulador se projeta como de suma relevância para acompanhar analiticamente a entrada dessas novas tecnologias, inclusive com a implementação das diretrizes de utilização,

---

<sup>139</sup> “Isto, entretanto, não planifica todos os planos de saúde, nem os obriga a arcar com quaisquer tratamentos e hospitais. Eventualmente, em algumas situações, **pode ser legítima a exclusão de tratamentos que não sejam aquele padrão na medicina contemporânea à doença, aqueles que não sejam reconhecidos pela ANS ou aqueles que só possam se realizar em hospitais no exterior ou de primeira linha no Brasil.** Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 334.093-SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 25/06/2013, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 01/08/2013. (grifo nosso)

e seu impacto financeiro para os entes regulados, priorizando a agilidade na recuperação do consumidor e a sustentabilidade do mercado de saúde privado. A disparidade de entendimento entre o Estado Juiz e o Estado Regulador provoca a insegurança jurídica neste mercado que tem forte apelo social.

Por fim, tem-se os tratamentos, que no mesmo sentido dos procedimentos, surgem novos meios para debelar do mal acometido ao consumidor. Diante da pesquisa realizada, insta destacar o julgado Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento nº 1.366.340-PR, interposto pela operadora, visando não suportar com os custos do tratamento de radioterapia IMRT (Intensity Modulated Radiation Therapy), popularmente conhecida como intensidade modulada, sob alegação que no contrato consta, de forma expressa, a cobertura somente para '*radioterapia, incluindo radiomoldagem, radioimplantes e branquioterapia*', portanto, não se obrigou ao custeio de radioterapia de intensidade modulada. As instâncias ordinárias julgaram o pedido do consumidor procedente, sendo confirmado pelo STJ, sob o fundamento que existindo previsão genérica no contrato de cobertura do tratamento de radioterapia, aplica-se o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, interpretadas a favor do consumidor. Neste caso, conforme prescrição médica, o consumidor necessitava de um determinado tipo de radioterapia que pudesse lhe garantir um tratamento mais adequado, sendo que a operadora ao negar o pagamento das despesas por conter cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde para algumas espécies de radioterapia contraria a finalidade essencial do contrato. A doença câncer, por si só já é traumática, o contrato prevê cobertura de radioterapia, mas não autoriza a realização ou reembolso das despesas porque a espécie IMRT não está devidamente descrita e sim outras espécies de radioterapia, transferindo o ônus para o consumidor. Isso equivale dizer que se consumidor desejar realizar a radioterapia pelo plano ou seguro, teria que solicitar para seu médico prescrever alguma das espécies de radioterapia constante do contrato ou arcar com os custos às suas expensas. Essa situação, de maneira geral, é inaceitável, pois o fornecedor se obriga pela metade da prestação, frustrando a legítima expectativa do consumidor. Poderia ser justificada a negativa se o tratamento de radioterapia IMRT não tivesse respaldo científico na medicina nacional.

Diante do exposto, leva-se à reflexão se o contrato não tivesse cláusula prevendo o gênero radioterapia, ainda sim, ao ser prescrito pelo médico e no contrato constar cobertura para a doença câncer, a operadora de plano ou seguro de saúde estará obrigada a arcar com os custos do tratamento? De acordo com o Instituto Nacional do Câncer, do Ministério da Saúde, a doença pode

ser debelada através de procedimento cirúrgico ou transplante, como também por tratamento de quimioterapia ou radioterapia, sendo que em determinados casos, ocorre a combinação de procedimento e tratamento. A história<sup>140</sup> registra que há mais cem anos a medicina utiliza-se da radiação para o tratamento do câncer, sendo que com o avanço tecnológico tem sido possível mitigar os resíduos radioativos, permitindo tratar os tumores de forma mais eficiente, resultando melhor preservação de órgãos saudáveis e menos efeitos colaterais. A inserção de cláusula delimitadora negativa da prestação de radioterapia restringe obrigações fundamentais intrínsecas à natureza do contrato de seguro de saúde, haja vista que o tratamento, há tempos, é reconhecido como necessário na maioria dos casos e eficaz, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, caso tenha que assumir o pagamento das despesas.

A solução para eventual *desjudicialização* do tema deve ser enfrentada internamente pelo próprio fornecedor, revendo seus processos de auditoria em saúde, tendo como baliza o princípio da boa-fé objetiva, com análise de custo-benefício para as partes, e não somente sobre seu protocolo *standard e* amarrado nas bases regulatórias que lhe possam favorecer, pois sua atividade empresária tem como objetivo prestar assistência de qualidade para melhor recuperação da saúde do consumidor, não podendo ficar inerte com o avanço tecnológico dos produtos e serviços que surgem a cada momento, devendo sempre atualizar-se, não perdendo de vista a equivalência das prestações que gera sustentabilidade para todos.

#### 3.3.1.4. Tratamento de AIDS ou doenças infectocontagiosas

O STJ firmou a tese de que “*É abusiva a cláusula contratual que exclua da cobertura do plano de saúde o tratamento de AIDS ou de outras doenças infectocontagiosas*”<sup>141</sup>. O texto, na sua essência, não permite que a operadora negue o custeio ao tratamento para as doenças infectocontagiosas por constar no contrato cláusula delimitativa com essa descrição<sup>142</sup>. Com é de conhecimento

---

<sup>140</sup> Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Radioterapia>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>141</sup> Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>142</sup> Cláudia Lima Marques pontua que as operadoras somente querem arcar com os custos de doenças “menos onerosas”, destacando quatro aspectos desta situação abusiva: “1) o consumidor é raramente informado sobre estas limitações, criando-se a expectativa de que todas as doenças estão cobertas, com fundamento no CDC, através de seus arts. 31,46 e 47, há uma interpretação da relação contratual pró-consumidor; 2) as cláusulas limitativas aparecem

geral, tais doenças são causadas por vírus, bactérias, parasitas ou fungos, dentre as principais, de acordo com a literatura médica<sup>143</sup>, citem-se: (i) doenças infecciosas causadas por **vírus**: viroses, Zika, ebola, caxumba, HPV, sarampo, AIDS e COVID; (ii) doenças infecciosas causadas por **bactérias**: tuberculose, vaginose, clamídia, escarlatina e hanseníase; (iii) doenças infecciosas causadas por **fungos**: candidíase e micoses e (iv) doenças infecciosas causadas por **parasitas**: doença de Chagas, leishmaniose, toxoplasmose.

Para fundamentar a tese foram publicados<sup>144</sup> dois acórdãos e duas decisões monocráticas, nos quais constam a citação de vários outros precedentes<sup>145</sup> que também foram analisados individualmente. Constatou-se na pesquisa, que todos os contratos são anteriores à Lei nº 9.656/98, sendo que com a edi-

---

sem destaque no texto do contrato e por vezes subdivididas em várias cláusulas, dificultando a interpretação e o conhecimento de seu verdadeiro sentido, além de descumprir dever de clareza expresso no CDC (arts. 46 e 54, §4º); 3) o contrato é redigido de forma ampla e técnica, podendo as expressões, em princípio, englobar todas, senão a maioria, das doenças humanas, ficando para o arbítrio do fornecedor apegar-se ou não à cláusula; 4) a saúde envolve um bem personalíssimo, indivisível e indisponível, no sentido da dignidade da pessoa humana, resultando tais limitações a determinados tipos de doença espécie nova de discriminação atentatória aos direitos fundamentais.” MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.833-834.

<sup>143</sup> Disponível em: <https://www.tuasaude.com/como-evitar-doencas-infecciosas/>. Acesso: 06 out. 2021.

<sup>144</sup> **Acórdãos**: (1) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.299.069/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/02/2013, publicado no DJe: 04/03/2013 e (2) Recurso Especial nº 304.326/SP, Rel. Ministra Nancy Andri ghi, Terceira Turma, julgado em 24/09/2002, publicado no DJ: 03/02/2003.

**Decisões monocráticas**: (1) Agravo nº 1.274.148/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/02/2011, publicado no DJe: 01/03/2011 e (2) Recurso Especial nº 876.064/PE, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 28/11/2008, publicado no DJe: 04/12/2008.

<sup>145</sup> 1) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.299.069, citou: a) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.088.992 e b) Recurso Especial nº 618.290.

2) Recurso Especial nº 304.326, citou: a) Recurso Especial nº 86.095, b) Agravo nº 251.722 e c) Agravo nº 348.081.

3) Agravo nº 1.274.148, citou: a) Recurso Especial nº 650.400 e b) Recurso Especial nº 550.501.

4) Recurso Especial nº 876.064, citou: a) Recurso Especial nº 244.847 (que citou: (i) Recurso Especial nº 304.326 – (ii) Recurso Especial nº 258.007 e o (iii) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 251.722), b) Recurso Especial nº 304.326, c) Recurso Especial nº 265.872 (que citou: (i) Recurso Especial nº 244.841 e (ii) Recurso Especial nº 255.064) e d) Recurso Especial nº 258.007.

ção deste diploma legal não restou mais possível inserir cláusula delimitadora negativa da prestação de doenças infectocontagiosas. Da leitura e análise dos julgados, identificou-se a existência de formas distintas na redação da cláusula delimitadora, do precedente Recurso Especial nº 86.095, datado do ano de 1996, a operadora negou o tratamento da AIDS por constar cláusula que excluía “tratamento para epidemia”, em outros, a delimitação era para “doenças contagiosas” ou “doenças infecto-contagiosas, de notificação compulsória”. Neste julgado a não autorização foi “tratamento para epidemia”, tendo o Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar enfatizado a vulnerabilidade do segurado sobre o conteúdo das condições gerais contratuais, bem como ressaltou ser indispensável que ele tivesse ciência “das características de sua eventual doença, classificação e efeitos”. O dever de prestar informação sempre será um grande desafio para o segurador, eis que o vocabulário da medicina é extremamente complexo por sua natureza, demandando atualização das condições contratuais gerais. A questão primordial a ser analisada diz respeito a inserção de cláusula delimitadora genérica como “epidemia” ou “contagiosas” que, como citado acima, abarcam várias doenças, frustrando a expectativa do segurado e descaracterizando parte do contrato de seguro de saúde. Nesse sentido, dentre os julgados estudados, a exemplo, o Recurso Especial 304.326-SP, que se pede *vênia* para citar o trecho que diz: “a exclusão da cobertura securitária de todo um grupo de doenças, chamadas contagiosas, reduz enormemente a garantia, objeto do contrato, pois tal grupo envolve grande quantidade de males que podem atacar a saúde do segurado. Há desnaturação do seguro-saúde, atentando-se contra a própria finalidade”<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Recurso Especial nº 304.326-SP. Ministra Relatora Nancy Andriahi. Publicado no Diário da Justiça: 03/02/2003. “Dessa forma, o segurado contrata um seguro-saúde a fim de que possa usufruir, no futuro, do tratamento médico necessário a garantir ou restaurar sua saúde, às vezes até mesmo salvar sua vida. Faz isso por recear que o custo de tal tratamento seja alto demais para ser suportado, pagando, então, mensalmente, o prêmio à seguradora que assume o risco de arcar com as despesas médicas se e quando for necessário. Espera, portanto, o segurado, legitimamente e logicamente, que, cumprindo sua obrigação contratual, obtenha, quando necessitar, o tratamento adequado à doença que ataca sua saúde. Por todos esses motivos, conclui-se que o segurado provavelmente não tem compreensão exata de que não terá direito à cobertura pelo tratamento de AIDS, por tratar-se de “doença contagiosa”, ao assinar contrato contendo tal restrição.”. Nesta linha argumentativa destaca-se: “Nos contratos de seguro de saúde, face ao princípio da vulnerabilidade do consumidor que adere a critérios preestabelecidos, é nula, e portanto, de nenhum efeito de garantia, que não se referir as doenças adotando o critério nosográfico (tratado com descrição ou explicação das doenças), ou seja, a descrição metódico e denominação popular da doença, sendo também

Ao analisar outro julgado, o Recurso Especial nº 550.501-SP, deparou-se que o magistrado de primeira instância julgou improcedente a ação proposta pelo consumidor que tinha a pretensão de obrigar o fornecedor a prestar ou custear assistência de saúde, por ter contraído o vírus HIV, entendendo válida a cláusula sob regime de expressa delimitação à doença infectocontagiosa, de notificação compulsória, como a AIDS. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a sentença, sob o fundamento que a cláusula não está escondida e não causa dúvida. Insatisfeito, o consumidor interpôs recurso ao STJ que lhe deu provimento.

O Ministro Relator Hélio Quaglia Barbosa, iniciou afirmando ser admissível a “imposição de cláusula excludente de cobertura”, inclusive reconhecendo as delimitações previstas na Lei nº 9.656, entretanto, utilizou-se do argumento que a contratação foi realizada pela pessoa jurídica, sendo o consumidor, mero aderente, sonogando a ele, dito como leigo, o verdadeiro alcance da cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde. No arremate, traçou linha argumentativa que o dever de informação não foi satisfeito a contento, inclusive sem o devido destaque, contrariando as decisões das instâncias ordinárias.

Caso curioso e que merece ser exposto, ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº 650.400-SP, também, improcedente nas instâncias *a quo*, pelo fato que o consumidor era advogado e tinha condições de determinar o significado e alcance da cláusula. O STJ não adentrou neste aspecto, provendo o recurso do consumidor, porém, aplicando à Lei nº 9.656/98 ao contrato que fora firmado em 1990 e não adaptado às novas regras. Mais uma vez, nota-se que quando o recurso é interposto pelo consumidor o STJ sempre inova na sua fundamentação para provê-lo, deixando de aplicar as Súmulas 05 e 07, como, reiteradamente o faz quando o recorrente passa a ser a seguradora.

Retornando ao dever de informação, chama-se à atenção para saber qual o documento seria adequado para provar que o consumidor foi esclarecido da delimitação negativa da prestação imposta pela cláusula “*doenças infecto-contagiosas, de notificação compulsória*”. Não se vislumbra alternativa senão a descrição, uma a uma, das várias doenças infectocontagiosas nas condições contra-

---

ineficaz a cláusula que exclua o tratamento da doença crônica ou preexistente, quando não exigido exame médico para aceitação do contrato.” Recurso Especial 876.064-, Relator Ministro Sidnei Beneti, decisão monocrática, julgado em 28/11/2008, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 14/12/2008.



tuais gerais, eis que a existência desta cláusula é justamente para desobrigar a operadora de plano ou seguro de saúde ao custeio das despesas que possam ser geradas com esse tipo de doença, portanto, não é negativa de *tratamento*, mas sim, negar cobertura da doença, especificamente, a AIDS/SIDA<sup>147</sup>.

Sobre esse tema, Cláudia Lima Marques<sup>148</sup> escreveu que parte da jurisprudência considera “inadmissível a exclusão de doenças com base em cláusula genérica”, por ofensa aos ditames do artigo 51, IV do CDC. A violação aplicada a esse dispositivo seria o dever anexo de informação, pois não imputou a delimitação da prestação da doença específica, inseriu uma expressão genérica de difícil compreensão sobre o seu real efeito.

Em que pese será pormenorizado mais à frente, deve-se registrar que no de 2020, o STJ publicou novas teses envolvendo plano ou seguro de saúde, dentre elas, afirmou que “*O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma [...]*”<sup>149</sup>. Essa consolidação de entendimento coaduna com o interesse da operadora, que tinha a intenção única de delimitar a prestação das doenças “infectocontagiosas”, mas o fez equivocadamente de maneira genérica, pois não resolve o argumento sobre o dever anexo de informação, tornando-se imperioso rever o clausulado e sanar as falhas de esclarecimento junto ao consumidor. Deve-se, também, ser verificado se a delimitação de várias doenças infectocontagiosas não desnatura o objeto principal do contrato, esvaziando as prestações principais e gerando desequilíbrio em relação ao prêmio mensal pago pelo consumidor.

Uma última palavra, reforça-se que para os contratos firmados após a Lei nº 9.656/98, não há como estabelecer as doenças que terão cobertura (art. 10), aplicando-se somente ao universo dos contratos antigos, com remanescente de mais de 3 milhões de consumidores.

---

<sup>147</sup> “a interpretação jurídica que proíbe a exclusão da proteção a vítimas da Aids e portadores do vírus do HIV em contratos de saúde. Tal cláusula obrigatória importa no aumento do custo dos planos de saúde, e pode significar desvantagem para alguns consumidores melhor protegidos que se consideram fora do grupo de risco de contaminação pelo HIV.” MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 215.

<sup>148</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 850.

<sup>149</sup> Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

3.3.1.5. Medicamento quimioterapia ministrado em ambiente domiciliar

Abordou-se este assunto, em algumas linhas, no item 3.3.1.3 por constar da tese uma parte que rechaça a não cobertura de medicamento para as doenças previstas no contrato de plano ou seguro de saúde. A tese, neste tópico, expressamente diz: “*É abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura do plano de saúde o fornecimento de medicamento para quimioterapia tão somente pelo fato de ser ministrado em ambiente domiciliar*”<sup>150</sup>. O campo de abrangência é bem específico e delimitado, no qual consiste que a operadora não pode se esquivar de fornecer todo e qualquer medicamento para tratamento de quimioterapia a ser ministrado no domicílio<sup>151</sup> do consumidor.

A regra geral, prevista em norma imperativa (Lei nº 9.656/98), permitia a delimitação contratual do fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar. Todavia, foi editada a Lei nº 12.880, em 12 de novembro de 2013, flexibilizando esta regra, passando a ser obrigatório o fornecimento de medicamento no domicílio do consumidor, em duas hipóteses: (i) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes e (ii) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar.

Percebe-se a contradição entre a tese do STJ e a legislação em vigor, pois a lei explicita que não são todos e quaisquer medicamentos e tratamentos que se tornaram obrigatórios de fornecimento pela operadora, mas aqueles que podem ser realizados pelo uso oral do fármaco, incluindo para efeitos adversos, isto porque, a literatura médica nos ensina que há algumas modalidades<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>151</sup> Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro). “Art. 70. O **domicílio** da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua **residência** com ânimo definitivo.”.

<sup>152</sup> “\*Terapia hormonal (para cânceres selecionados, p. ex., próstata, mama, endométrio)

\*Imunoterapia com anticorpos monoclonais, interferonas e outros modificadores de respostas fisiológicas, vacinas contra os tumores e terapias celulares (para muitos tipos diferentes de câncer)

\*Fármacos de terapia de diferenciação como retinoides (para a leucemia promielocítica aguda) e os inibidores da isocitrato desidrogenase-2 (IDH2) (para a leucemia mieloide aguda)

\*Fármacos direcionados que exploram o conhecimento cada vez maior da genômica e

de tratamento antineoplásicos. Destaca-se, também, a condição imposta pelo legislador de que a medicação de uso oral prescrita esteja associada ao proporcionado no hospital, para que não haja descontinuidade somente pelo fato de ser ingerida no seu domicílio.

A par disso, tem-se que todos os julgados<sup>153</sup> que suportam a tese do STJ são anteriores à edição da Lei nº 12.880/13, ou seja, mesmo havendo lei or-

---

da biologia celular e molecular (p. ex., imatinibe para leucemia mieloide crônica).” Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt-br/profissional/hematologia-e-oncologia/princ%C3%ADpios-da-terapia-para-c%C3%A2ncer/vis%C3%A3o-geral-da-terapia-para-c%C3%A2ncer>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>153</sup> **Acórdãos:** 1) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 292.259/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 25/06/2013, publicado no DJe: 01/08/2013;

2) Embargos Declaratórios no Agravo no Recurso Especial nº 010.044/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16/04/2013, publicado no DJe: 22/04/2013;

3) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 147.376/SP, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 06/12/2012, publicado no DJe: 14/12/2012;

4) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 079.643/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 02/10/2012, publicado no DJe: 08/10/2012 e

5) Recurso Especial nº 1.119.370/PE, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 07/12/2010, publicado no DJe: 17/12/2010.

**Decisões Monocráticas:** 1) Agravo no Recurso Especial nº 372.613/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/08/2013, publicado no DJe: 19/08/2013;

2) Agravo no Recurso Especial nº 331.317/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 05/08/2013, publicado no DJe: 15/08/2013;

3) Agravo no Recurso Especial nº 250.066/MS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26/10/2012, publicado no DJe: 13/11/2012;

4) Agravo nº 1.390.883/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/11/2011, publicado no DJe: 24/11/2011 e

5) Recurso Especial nº 1.237.259/MT, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 25/02/2011, publicado no DJe: 11/03/2011. Além destes julgados, foram analisados mais dezesseis, eis que foram citados como precedentes pelos destacados acima, sendo eles: Recurso Especial nº 668.216; Recurso Especial nº 880.035; Agravo Regimental no Agravo nº 1.137.474; Recurso Especial nº 1.286.191; Agravo de Instrumento nº 1.213.630; Agravo no Recurso Especial nº 065.735; Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 1.236.875; Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Agravo nº 1.366.340; Agravo Regimental no Agravo nº 1.181.401; Agravo no Recurso Especial nº 45.965; Agravo no Recurso Especial nº 163.181; Recurso Especial nº 183.719; Recurso Especial nº 469.911; Recurso Especial nº 1.115.588; Recurso Especial nº 896.247 e Agravo de Instrumento nº 1.410.624.

dinária respaldando a cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde o Poder Judiciário a considera abusiva.

Para melhor compreensão do tema, passa-se, primeiramente, à apreciação do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.137.474-SP, escolhido por ter sido o precedente mais citado. Consta, em síntese, que a operadora negou o fornecimento de medicamento correlato ao tratamento de quimioterapia porque a Lei nº 9.656/98 excepciona a cobertura para uso domiciliar. Restou incontroverso nos autos a previsão no contrato de quimioterapia, mediante a seguinte cláusula: *“Capítulo IV – Dos Serviços Cobertos – Cláusula 7ª, letra “d” – exames complementares, serviços auxiliares de diagnose de tratamentos especializados e procedimentos especiais, quando feitos por recomendação médica expressa e específica.”*. Do anexo do contrato consta ainda: *“De acordo com a Resolução n. 10 de 03/11/98, do CONTRATO DE SAÚDE SUPLEMENTAR, são considerados procedimentos especiais para fins de cobertura: hemodiálise e diálise peritoneal (CAPD), quimioterapia, radioterapia...”*. O Ministro Relator Massami Uyeda entendeu que se o contrato prevê cobertura do tratamento de quimioterapia, incluindo a medicação, a negativa do fornecimento para uso oral em seu domicílio é abusiva “por frustrar inequivocamente o objeto do contrato”, eis que o tratamento é correlato, não sendo “plausível” a existência de cobertura do medicamento no paciente hospitalizado, assim também não o seja, quando para ser ingerido no ambiente domiciliar, destacando ao final que tem a certeza que os gastos são menores para a operadora e acarreta melhor recuperação do consumidor.

Ressalte-se que, em momento algum do voto o Ministro enfrentou a permissão de delimitação prevista no artigo 10, VI da Lei nº 9.656/98, bem como não citou qualquer outro diploma legal na sua decisão, ficando restrito ao controle incidental pelo critério de contrariar o objeto do contrato.

Na prática, a operadora arcou com todas as despesas, consultas, exames, intervenção cirúrgica, medicação hospitalar, honorários médicos, diárias do nosocômio e variados insumos, negou-se, apenas e tão somente, por constar do contrato cláusula expressa delimitadora negativa da prestação, advinda de permissivo legal, do fornecimento de medicamento de uso oral para o consumidor, ocasionando o direcionamento para que ele arque com os custos dos medicamentos, via oral, que são adquiridos nas farmácias ou no Sistema Único de Saúde.

Nesta perspectiva, que é real e não presumida, a operadora frustrou, de forma inequívoca, o objeto do contrato? Mesmo que superada a questão envolvendo medicamento, via oral, para quimioterapia com o advento da Lei nº

12.880/13, julga-se importante dissertar sobre esse contexto, pois há um conflito entre o Estado Juiz e o Estado Regulador, além de evidenciar os motivos que ensejaram o STJ desconsiderar norma imperativa expressa que permite a delimitação de cobertura por parte da operadora de plano ou seguro de saúde, contribuindo para insegurança jurídica nesta seara da relação de consumo.

Para o deslinde da questão, parte-se das seguintes premissas: i) a medicação no ambiente hospitalar tem cobertura irrestrita, independente se o contrato é anterior ou posterior à Lei nº 9.656/98, e ii) a farmacoterapia naquele momento era necessária para auxiliar na recuperação ou nos efeitos adversos e correlata<sup>154</sup> a tudo anteriormente realizado pelo consumidor às expensas da operadora.

Da análise dos outros julgados, que basearam a tese, reporta-se a decisão monocrática do Agravo em Recurso Especial nº 250.066-MS, onde restou consignado que “não se trata de qualquer medicamento domiciliar” e nem de transferência da responsabilidade do Estado para a operadora de plano ou seguro de saúde privada, mas de interpretação das condições contratuais gerais onde prevê a cobertura de quimioterapia e que à medida que se impõe é mais econômica para o fornecedor. O destaque deste julgado está na consideração, a princípio, que não são todos e quaisquer medicamentos que deverão ser fornecidos pela operadora e que optou por decidir com base no CDC<sup>155</sup> ou invés de enfrentar a delimitação da Lei nº 9.656/98. No Recurso Especial nº 1.119.370-PE, a Ministra Nancy Andrighi destacou que o uso de medicamento no domicílio, para realização da quimioterapia, “decorre da evolução da própria medicina e não influi na natureza do contrato de plano de saúde”, que tem como objetivo à recuperação dos consumidores de forma “efetiva e completa”, porém, observado os “limites contratualmente e legalmente” previstos. Sobre a ofensa ao artigo 10 da Lei nº 9.656/98, disse a Ministra que nele não consta como exceção à menção ao tratamento de quimioterapia em domicílio.

É incontroverso que há delimitação no contrato firmado entre as partes resultante do teor contido na lei especial da saúde suplementar, devidamente

---

<sup>154</sup> Importante existir prova satisfatória que se trata de ato contínuo e necessário ao tratamento realizado no hospital.

<sup>155</sup> “Outrossim, referida conclusão não se consubstancia em aplicação imoderada do Código de Defesa do Consumidor, mas de aplicação subsidiária para a execução do contrato, conforme determina o art. 35-G, da Lei 9.656/98, com respeito ao direito da livre iniciativa para operar no campo da saúde de forma suplementar.” Agravo em Recurso Especial 250.066-MS, Relator Ministro Sidnei Beneti, decisão monocrática, julgado em 26/10/2012, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 13/11/2012.

clara e precisa sobre a não obrigatoriedade do fornecimento de medicamento em ambiente domiciliar, não gerando dificuldade para seu alcance. Lado outro, o voto passa a ideia que não se está cogitando ampliação da cobertura, pois ela faz parte do contrato, todavia, a única situação fática alterada é que o consumidor poderá ingerir a medicação na sua casa ao invés de se deslocar até o hospital. Ponderando essas duas assertivas, presume-se que a operadora não incluiu os medicamentos de uso oral no seu cálculo atuarial, mas com certeza, o fez em relação a medicação em ambiente hospitalar, concluindo-se que há previsão do eventual custo com medicação para quimioterapia que reflete no prêmio pago pelo consumidor. Não há detalhes que suportam para afirmar que o custo no ambiente hospitalar é maior do que o fornecimento para ingestão no domicílio, é um pensamento implícito, diante do cotidiano vivenciado perante o sistema privado de assistência à saúde.

Neste contexto, pode-se afirmar que o STJ consolidou uma tese *contra legem* sob o argumento de frustrar o objeto do contrato ao não autorizar o medicamento quimioterápico para uso domiciliar. A existência da lei é justamente para evitar ou dirimir conflitos na sociedade, contudo, o entendimento relatado pelo STJ suscita a judicialização, pois, partindo dos seus próprios critérios tutelam o consumidor com uma cobertura assistencial ampla. O objeto do contrato foi devidamente cumprido pela operadora até o momento que o paciente teve alta hospitalar, cessando quando lhe foi prescrito medicamento que pode ser adquirido em farmácia ou no serviço público de saúde, como ocorre em outros casos de recuperação ou reabilitação da saúde, nos quais a operadora não arca com os custos.

Fato novo, após a publicação da tese do STJ, aconteceu com a relativização da regra geral da lei, justamente para garantir a obrigatoriedade do fornecimento dos medicamentos de uso domiciliar. Importa dizer que a justificativa apresentada no Projeto de Lei nº 352, de iniciativa do Senado Federal, no ano de 2011, que culminou na relativização da regra geral do medicamento de uso domiciliar, diz que a medicina evoluiu na última década, quando da edição da Lei nº 9.656/98, passando para quarenta por cento os tratamentos oncológicos realizados por meio de medicamentos de uso domiciliar, em substituição aos ministrados sob regime de internação hospitalar ou ambulatorial, com estimativa de elevação para oitenta por cento nos próximos quinze anos (2026) e que o Sistema Único de Saúde acaba por absorver boa parte dessa demanda, haja vista que a cobertura obrigatória pelos planos e seguros de saúde não inclui os medicamentos de uso domiciliar. A preocupação principal do legislador para a relativização da lei especial, sem dúvida foi com os gastos públicos,

isto porque, não há nenhuma manifestação sobre a recusa do fornecimento do medicamento para a quimioterapia por não estar internado, ou porque diminui, ainda mais, a autoestima do paciente ou por ser um tratamento mais moderno que beneficiará o consumidor na sua recuperação ou até mesmo que fatalmente a não cobertura impactaria em todo gasto despendido com a doença até aquele momento, nenhum desses argumentos foram utilizados na justificativa legislativa. Enfim, tem-se que a relativização não ocorreu por pressão das reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, contrárias à legislação vigente, no seu papel de protagonista ou ativista judicial, mas fundamentada nos aspectos técnicos<sup>156</sup> e avanços tecnológicos para mitigar os gastos públicos com o fornecimento dos medicamentos.

Ao pesquisar no sítio eletrônico do STJ, para avaliar se com o advento da Lei 12.880/13 a judicialização sobre medicamento domiciliar tinha desaparecido, deparou-se com tantos outros julgados, de 2013 a 2021, versando sobre a ampliação de tutelas judiciais, que antes estava vinculado aos medicamentos para quimioterapia agora são para outras doenças, mesmo havendo lei expressa que permite a delimitação desta prestação por parte da operadora de planos e seguros de saúde<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> A Lei nº 12.880/13, que alterou à Lei nº 9.656/98, acrescentou dois parágrafos no artigo 12, sobre o tema:

“§ 4º As coberturas a que se referem as alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II deste artigo serão objeto de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, revisados periodicamente, ouvidas as sociedades médicas de especialistas da área, publicados pela ANS.

§ 5º O fornecimento previsto nas alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II deste artigo dar-se-á, por meio de rede própria, credenciada, contratada ou referenciada, diretamente ao paciente ou ao seu representante legal, podendo ser realizado de maneira fracionada por ciclo, observadas as normas estabelecidas pelos órgãos reguladores e de acordo com prescrição médica.”

<sup>157</sup> O Congresso Nacional tentou impor às operadoras mais 23 (vinte e três) medicamentos, por via oral, contudo, o presidente vetou, no dia 26 de julho de 2021, o projeto de lei que abriria espaço para a incorporação para pacientes diagnosticados com câncer. Aprovada pelo Congresso no início de julho, a proposta era defendida por entidades médicas, que viam mais conforto e opções para quem estivesse em tratamento. “Embora a boa intenção do legislador, a medida, ao incorporar esses novos medicamentos de forma automática, sem a devida avaliação técnica da Agência Nacional de Saúde (ANS) para a incorporação de medicamentos e procedimentos ao rol de procedimentos e eventos em saúde, contrariaria o interesse público por deixar de levar em conta aspectos como a previsibilidade, transparência e segurança jurídica aos atores do mercado e toda a sociedade civil”, justificou a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República. Reportagem disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/coronavirus/bolsonaro-veta-projeto-que-liberaria-remedios-para-cancer-via-planos-de-saude,0a2ece969218853b15fd6ef623aee45dahgw1rhi.html>. Acesso em: 05 nov. 2021.

Verifica-se, mais um exemplo, com a publicação, em 2020, da edição “Jurisprudência em tese – Plano de saúde III”, que o Poder Judiciário conseguiu ser abusiva a recusa de medicamento *off-label*, ou utilizado em caráter experimental, não previsto no “Rol da ANS”, desenvolvendo o alargamento da cobertura assistencial sem a respectiva contrapartida do consumidor, tema que será abordado mais adiante com detalhes.

Recentemente, a Terceira Turma do STJ<sup>158</sup> determinou que a operadora forneça o medicamento “Purodiol 200mg CDB”, produzido com a substância canabidiol, extraída da *Cannabis sativa*, para o consumidor diagnosticado com epilepsia grave.

Esses exemplos evidenciam à expansão da modelação contratual firmada entre as partes, realizada com base na lei especial e nos atos normativos da ANS, proporcionada pelo Poder Judiciário, contribuindo para que os consumidores passivos que integram à socialização dos riscos absorvam ônus de tutelas judiciais em benefício do consumidor individual.

### 3.3.2. Plano de Saúde III – Edição nº 143, ano 2020

Em março de 2020, o STJ publicou mais dez teses<sup>159</sup> sobre plano ou seguro de saúde, contudo, não são todas que versam sobre cláusula delimitadora negativa da prestação, razão pela qual, somente serão abordadas algumas delas.

#### 3.3.2.1. Tratamento domiciliar (**home care**)

Inicia-se com o item 3 da Edição nº 143, que registra a seguinte tese: “*O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tratamento utilizado para a cura de cada uma, sendo abusiva a cláusula contratual que*”

---

<sup>158</sup> Consta no sítio eletrônico do STJ que “*O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.*”. Notícia disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/26102021-Plano-de-saude-deve-custear-medicamento-a-base-de-cannabidiol-com-importacao-autorizada-pela-Anvisa.aspx>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>159</sup> Para acessar todas as teses da Edição nº 143, disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 05 nov. 2021.



*exclui tratamento domiciliar (home care<sup>160</sup>)*<sup>161</sup>. Sobre o conteúdo específico da redação da tese importa antecipar que o STJ parte de uma premissa de difícil, quiçá impossível, aplicação de delimitação da prestação, ao afirmar que “pode estabelecer as doenças que terão cobertura”, pois a atual legislação brasileira impõe a cobertura obrigatória das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde. Lado outro, a premissa defendida pelas operadoras de planos e seguros de saúde e pela própria ANS<sup>162</sup> é a de que a legislação determina como cobertura assistencial todos os procedimentos e eventos em saúde listados no “Rol da ANS”. São visões totalmente contraditórias, incentivando-se assim, a judicialização da saúde.

No cotidiano, o Estado Regulador ao receber uma reclamação e constatar que o contrato tem cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde redigida de forma clara e precisa, que está adequada ao “Manual de elaboração de contratos” por ele editado, não sanciona o regulado, por sua vez, o Estado Juiz exige o custeio dos cuidados de saúde às expensas da operadora, por meio da criação de seus próprios critérios, inclusive ignorando a própria lei especial que rege essa relação jurídica.

O plano ou seguro de saúde ofertado, com base na regulamentação infraconstitucional hoje existente, permite ao consumidor escolher uma ou conjugar diferentes segmentações, através das modalidades: (i) ambulatorial; (ii) hospitalar e (iii) obstetrícia. Não há na lei, nem nos atos normativos, obrigatoriedade para prestação de serviço domiciliar, tal situação pode ser fator de concorrência entre os fornecedores, sendo que a regra geral consiste na inserção expressa no contrato da cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde para esse tipo de serviço.

---

<sup>160</sup> SÉGUIN, Elida. **Plano de Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 46. “Medicina domiciliar, do termo inglês Home Care, cuidado no lar, designa um conjunto de procedimentos hospitalares que podem ser feitos em casa, visando uma recuperação mais rápida de pacientes crônicos dependentes, crônicos dependentes agudizados, gestantes, pós-cirúrgicos e terminais, dentro de um atendimento personalizado, com a participação da família no tratamento, humanizando-o e evitando a possibilidade de infecção hospitalar.”

<sup>161</sup> Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>162</sup> “Art. 1º Esta Resolução Normativa – RN atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.” Resolução Normativa – RN nº 465/2021.

Para firmar essa tese o STJ se utilizou de seis<sup>163</sup> julgados, todos do ano de 2019, os quais serão detalhados a seguir, no intuito de entender os argumentos, pois não foi possível identificar um discurso unitário de fundamentação. Entretanto, em todos os casos restou confirmada, nas condições gerais contratuais, a existência de cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde para não cobertura de “*serviço de enfermagem de caráter particular e tratamento domiciliar*” ou mesmo, de forma expressa, o termo *home care*.

Começa-se a discorrer, dentre os julgados, sobre o Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1.810.061-SP, onde consta que o consumidor apresentava quadro “nerológico sequelar à ressecção de tumor cerebelar”, comprometimento motor ventilatório e de deglutição, impondo incapacidade total e permanente para as atividades de vida diária. O perito médico prescreveu a necessidade de enfermagem 24 horas por dia, haja vista seu quadro ventilatório, precisando de aspirações frequentes das vias aéreas, além de uma sessão diária de fisioterapia motora e respiratória, todos os dias da semana, quatro sessões semanais de fonoterapia e visitas mensais de médicos e enfermeiro e bimestralmente de nutricionista. Diante da negativa da operadora, ingressou em juízo, sendo julgado procedente o custeio do *home care* nas duas instâncias ordinárias. O Ministro Relator, manteve as decisões, afirmou ser abusiva “a recusa da operadora do plano de saúde de arcar com a cobertura do tratamento

---

<sup>163</sup> 1) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.573.008/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/02/2020, publicado no DJe: 12/02/2020;

2) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.810.061/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/12/2019, publicado no DJe: 19/12/2019;

3) Recurso Especial nº 1.766.181/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 03/12/2019, publicado no DJe: 13/12/2019;

4) Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.427.773/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 18/11/2019, publicado no DJe: 21/11/2019;

5) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.498.964/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 11/11/2019, publicado no DJe: 21/11/2019 e

6) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.431.717/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17/09/2019, publicado no DJe: 24/09/2019. Cumpre esclarecer que o primeiro julgado, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.573.008-SP, não foi computado na pesquisa para esse item, entende-se que foi incluído equivocadamente, eis que não aborda o tema *home care*, mas sim, de medicamento experimental sem registro no órgão regulador. Porém, tal decisão será analisada mais adiante, haja vista que consta como precedente no item correto que versa sobre recusa da operadora com a cobertura de medicamento *off-label*.

domiciliar solicitada pelo médico para o beneficiário”, não citando nenhuma norma jurídica, mas sim precedentes<sup>164</sup> que fundamentam com o discurso ser a cláusula abusiva porque veda a internação domiciliar como alternativa à internação hospitalar.

Já no Recurso Especial nº 1.766.181-PR, foi ao contrário, as instâncias ordinárias julgaram improcedente o pedido da consumidora, a qual foi diagnosticada com paraplegia flácida decorrente de mielite transversa causada por osteomielite de coluna, lhe sendo prescrito acompanhamento por cuidador capacitado 24 horas por dia, fisioterapia motora e respiratória cinco vezes por semana, curativos, materiais que se fizerem necessários e transporte de ambulância para realização de exames e sessões de terapia hiperbárica. Neste julgamento o STJ criou um critério, em que pese o Ministro Relator reconhecer que o tratamento médico em domicílio não foi incluído no “Rol da ANS”<sup>165</sup>, ou seja, o *home care* não consta das exigências mínimas para as coberturas de assistência médico-ambulatorial e de internação hospitalar previstas na Lei nº 9.656/1998, considerou abusiva a cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde “em abstrato” a internação domiciliar, havendo obrigatoriedade por parte da operadora do custeio do tratamento, quando em substituição à internação hospitalar, eis que atenua o “modelo hospitalocêntrico”, com tratamento próximo da família e dentro da sua casa, minimizando contrair infecções, além de ser “mais vantajoso” para o plano de saúde. Mas, para esse caso, amolda-se à hipótese de “assistência domiciliar”, que é diferente da “internação domiciliar”. Explicou o critério criado citando o precedente<sup>166</sup>, em que foi voto vencido<sup>167</sup>, que a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC

---

<sup>164</sup> Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 835.892; Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.776.448 e Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.331.616.

<sup>165</sup> O órgão regulador do mercado de plano e seguro de saúde, esclareceu que: “Das Coberturas Assistenciais (...) Art. 14. Caso a operadora ofereça a internação domiciliar em substituição à internação hospitalar, com ou sem previsão contratual, deverá obedecer às exigências previstas nos normativos vigentes da Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA e nas alíneas ‘c’, ‘d’, ‘e’ e ‘g’ do inciso II do art. 12 da Lei nº 9.656, de 1998. Parágrafo único. Nos casos em que a assistência domiciliar não se dê em substituição à internação hospitalar, esta deverá obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes.” RN/ANS nº 428/2017. Atualmente, artigo 13, com o mesmo texto, da RN nº 465/2021.

<sup>166</sup> Recurso Especial nº 1.728.042-SP. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, Relatora para o Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/10/2018, publicado no Diário da Justiça eletronicamente em 08/11/2018.

<sup>167</sup> O voto vencedor foi da Ministra Nancy Andrighi, que se extrai os seguintes trechos: “Com base nesse apertado dado fático o acórdão recorrido presumiu um estado clínico

nº 11/2006, da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária)<sup>168</sup>, estabeleceu essa diferenciação, que pede-se vênia para transcrever: “**3.4 Assistência domiciliar:** conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas desenvolvidas em domicílio.” e “**3.7 Internação Domiciliar:** conjunto de atividades prestadas no domicílio, caracterizadas pela atenção em tempo integral ao paciente com quadro clínico mais complexo e com necessidade de tecnologia especializada.”. No precedente, revela-se que o consumidor era portador da doença de Parkinson, entendendo a não caracterização da transposição do tratamento hospitalar para o domicílio, enquadrando-se como assistência e não internação domiciliar. Nesse sentido, também, foi o voto do Ministro para esse caso, já neste acompanhado pela maioria, ao entendimento que, no caso concreto, o tratamento necessário para o paciente era de rotina, não se exigindo o mesmo cuidado de uma internação.

---

do qual apenas o médico neurologista poderia efetivamente afirmar. Pela leitura dos autos e considerando a posição do juízo de primeiro grau de jurisdição, que teve um contato mais próximo com as partes e as provas produzidas, percebe-se que a recorrente possui diversos problemas de saúde que recomendam, com lastro no laudo do seu neurologista, a internação domiciliar. Postergar a internação domiciliar de pessoa idosa e sensivelmente enferma, sob o pretexto de a sua situação de saúde ser tratada suficientemente com cuidados familiares e cuidadores, importa restrição exagerada e iníqua que coloca o sujeito mais frágil da relação contratual em posição de completo desamparo. Há expectativa legítima da recorrente em receber o tratamento médico conforme a prescrição do neurologista, sobretudo quando considerados os **34 anos de contribuição para o plano de saúde** e a grave situação de moléstia, com comorbidades que exigem inclusive **dieta enteral, aspiração frequente e imobilismo**. Em síntese, afastar a obrigação de fazer da operadora de plano de saúde em fornecer a internação domiciliar da beneficiária idosa e enferma sem apontar concretamente quais as circunstâncias fáticas juridicamente relevantes justificam a prescindibilidade da internação domiciliar, respeitosamente, implica tornar inútil o plano de saúde contratado na expectativa de ser devidamente atendido no tratamento de sua saúde.”(sublinhou-se).

<sup>168</sup> Cumpre informar que essa regulamentação infralegal tem como objetivo principal “Determinar que nenhum Serviço de Atenção Domiciliar pode funcionar sem estar licenciado pela autoridade sanitária local, atendendo aos requisitos do Regulamento Técnico de que trata o Art. 1º desta RDC e demais legislações pertinentes.” Portanto, atuação do Estado, *lato sensu*, para regular atividade econômica específica e que não havia um controle e fiscalização mais apropriado. No voto o Ministro consignou, ainda que: “No âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a atenção domiciliar foi disciplinada no art. 19-I da Lei nº 8.080/1990, incluído pela Lei nº 10.424/2002, bem como na Portaria nº 2.029/2011 do Ministério da Saúde. Ademais, a assistência e a internação domiciliares também estão regulamentadas nas Resoluções nº s 270/2002 e 464/2014 do Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) e na Resolução nº 1.668/2003 do Conselho Federal de Medicina (CFM).”.

Sem adentrar, ainda no mérito, entende-se que essa decisão espelha o que se espera da Corte Especial, pois não tratou o caso de forma genérica, mas partiu para compreender o diagnóstico do consumidor e como seria, na prática, o tratamento de *home care* solicitado pelo médico assistente, fatos relevantes e essenciais para a criação do critério pelo STJ, destacando que se estende à cobertura assistencial quando se tratar de substituir a hospitalização pela internação domiciliar, não se aplicando nos casos de assistência domiciliar.

Ao final, o Ministro explicitou o artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, pontuando que a cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde é incompatível com a boa-fé e equidade, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, ao restringir direitos que teria caso estivesse internado no hospital. Em relação ao equilíbrio contratual<sup>169</sup>, criou outro critério, que o custo da internação domiciliar, por dia, não pode superar o custo diário da internação hospitalar, para tanto, a operadora deverá provar de forma inequívoca para se abster de prestar os cuidados de saúde.

Em análise do julgado, Agravo de Instrumento no Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial nº 1.427.773-SP, tem-se que o Ministro não adentrou no mérito do caso específico, pois entendeu pela aplicação das Súmulas 05 e 07 da Corte, que implicaria no reexame dos aspectos fático-probatórios, bem como na interpretação de cláusula contratual, todavia, citou o precedente Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1.756.556-CE, que decidiu ser abusiva a cláusula contratual que “exclui tratamento essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado”, aplicando-se a Súmula 83/STJ, com base em outros precedentes<sup>170</sup>. O outro julgado, Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial nº 1.498.964-RJ, é um voto

---

<sup>169</sup> Complementou o Ministro Relator: “Isso porque, nesses casos, como os serviços de atenção domiciliar não foram considerados no cálculo atuarial do fundo mútuo, a concessão indiscriminada deles, quando mais onerosos que os procedimentos convencionais já cobertos e previstos, poderá causar, a longo prazo, desequilíbrio econômico-financeiro do plano de saúde, comprometendo a sustentabilidade das carteiras. De qualquer modo, quando for inviável a substituição da internação hospitalar pela internação domiciliar apenas por questões financeiras, a operadora deve sempre comprovar a recusa com dados concretos e dar oportunidade ao usuário de complementar o valor de tabela.”

<sup>170</sup> 1) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 634.543-RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 05/03/2015, publicado no DJe: 16/03/2015; 2) Agravo Regimental no Agravo Recurso Especial nº 453.831/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 25/11/2014, publicado no DJe: 12/12/2014 e 3) Agravo Regimental no Agravo nº 1.325.939-DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03/04/2014, publicado no DJe: 09/05/2014.

muito sucinto, baseando sua convicção na sentença do juiz primevo que expôs não ser cabível a operadora “questionar a indicação do médico assistente para a internação domiciliar”.

Por fim, passa-se ao estudo do último julgado, Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial nº 1.431.717, que, resumidamente, assentou que é vedado a operadora “limitar o procedimento e insumos médicos-terapêuticos”, inclusive o tratamento domiciliar, haja vista que “configura verdadeiro desdobramento do tratamento hospitalar”. Voto bastante conciso e repousado em precedentes<sup>171</sup>, dentre os quais, destaca-se o Recurso Especial nº 1.378.707-RJ, por constar um voto estruturado do Ministro Relator sobre a interpretação mais favorável ao consumidor<sup>172</sup> da cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde constante do contrato firmado entre as partes. A cláusula constante do pacto diz “*não cobertura de assistência domiciliar e enfermagem em caráter particular*”, e a prescrição médica foi de tratamento domiciliar, com atendimento multiprofissional contínuo e permanente, enfermagem 24 horas por dia, fonoaudiólogo uma vez por semana e fisioterapia diária, além de medicamentos e materiais necessários para o tratamento adequado, até que possa caminhar sem o auxílio da equipe de enfermagem.

Qual o verdadeiro alcance pretendido pelo fornecedor ao redigir essa delimitação da prestação? Ao lê-la e relê-la, vislumbra-se algumas interpretações, daí o motivo da dúvida, imprecisão na redação da cláusula, cabendo a *interpretativo contra proferentem*, que tem como fundamento central a tutela do aderente, sem conhecimento específico das imposições<sup>173</sup> unilateralmente

---

<sup>171</sup> 1) Agravo Interno no Agravo no Recurso nº 1.071.680/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 20/06/2017; 2) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.181.543-SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 19/06/2018, publicado no DJe: 1/8//2018; 3) Recurso Especial nº 1.378.707-RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, publicado no DJe: 15/06/2015 e 4) Agravo de Instrumento no Agravo Recurso Especial nº 1.086.737-RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20/03/2018, publicado no DJe: 05/04/2018.

<sup>172</sup> Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) – “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” Lei nº 10.406/2002 (Código Civil brasileiro) “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

<sup>173</sup> ROPPO, Enzo. Contratti Standard. Milano: Giuffrè, 1989, pág. 220. Veja também: ALMEIDA COSTA, Mario Júlio e MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da Boa Fé no Direito Civil. 7ª reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 32) e CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 5 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 143.

predispostas pelo fornecedor. Em complemento, o Código de Defesa do Consumidor (art. 54, §4º) determina que toda a cláusula que implicar “limitação de direito” deve permitir sua imediata e fácil compreensão.

Socorrendo-se ao critério criado, que a “assistência domiciliar” é diferente da “internação domiciliar”, a cláusula delimita à “*assistência*”. Além disso, expressa de forma assertiva sobre o não fornecimento de profissionais de enfermagem de forma particular, pode-se entender que o predisponente não emprestará seus empregados ou terceirizados para comparecer no domicílio do consumidor quando lhe for solicitado. Poder-se-ia dizer que a vontade do fornecedor era salvaguardar qualquer possibilidade para não arcar com os custos de atendimento no domicílio do consumidor. Realmente, para se chegar a real intenção do conteúdo da cláusula deve se fazer um esforço de interpretação.

O Ministro Relator expôs que no caso aplica-se o art. 47 do CDC, eis que as instâncias ordinárias estabeleceram divergência sobre o “exato sentido da cláusula limitativa da cobertura securitária”. Por derradeiro, conclui no seu voto que mesmo se houvesse cláusula expressa delimitando o serviço *home care*, deve ser entendida como abusiva, porque a operadora pode fixar no contrato as doenças que terão cobertura, mas não o tratamento que visa a recuperação do consumidor. Para esse discurso já foi realizada análise anterior.

Cumpra registrar o voto-vista do Ministro Ricardo Villa Bôas Cueva, que ao acompanhar o Relator, consignou a ressalva de que, mesmo havendo cláusula expressa que delimita à internação domiciliar, cabe a operadora contemplar a prestação do serviço quando estiver caracterizada em substituição à internação hospitalar<sup>174</sup>, mediante as seguintes condicionantes: (i) prescrição

---

<sup>174</sup> O Ministro, em seu voto-vista, fundamentou seu pensamento citando, trechos destacados, da autora Leticia Rosa Santos, a saber: “Vários estudos apontam que o cuidado domiciliar diminui o tempo médio de internação hospitalar, reduz o número de reinternações, reduz custos de atenção à saúde, aumenta a aderência ao tratamento do paciente sob assistência domiciliar. Além disso, nota-se a melhora da qualidade de vida do paciente e familiar (...). Portanto, tal estratégia proporciona maior conscientização ao paciente e cuidador do quadro patológico atual e, conseqüentemente, maior autonomia no tratamento, bem como as prioridades de cuidado ao paciente no domicílio são muito diferentes do cuidado realizado no hospital. (...) Os custos relacionados ao sistema de saúde são sempre questões preocupantes para os envolvidos com a área. Estudos mostram que as intervenções na assistência domiciliária equivalem a aproximadamente um terço do custo das intervenções realizadas em ambiente hospitalar sendo seu custo médio diário de paciente em cuidado domiciliar de R\$ 6,48, bem inferior ao dos pacientes internados. (...) É importante ressaltar, no entanto, que isso não significa que a assistência domiciliária seja ‘barata’, mas que, comparativamente ao

do médico que assiste o consumidor; (ii) concordância do consumidor e (iii) não afetação do equilíbrio contratual. Em continuação, sinaliza se tornar inviável a não autorização da internação domiciliar somente por questões financeiras, inequivocamente comprovada, em alternativa, sugere que a operadora possibilite ao consumidor complementar os custos excedentes tendo como parâmetro os valores da tabela negociada com o prestador contratado e não preço de mercado. O Ministro ao debruçar sobre o tema buscou exteriorizar, na sua concepção, a harmonização dos interesses das partes, criando critérios e apontando alternativas para a justiça contratual no caso concreto.

Ressalte-se, uma peculiaridade deste último julgado, a operadora, mesmo entendendo que não havia cobertura contratual, iniciou, por liberalidade, o serviço de atendimento domiciliar para o consumidor, depois, abruptamente procedeu a interrupção sem aprovação médica, bem como não reintegrou o consumidor a qualquer nosocômio, sendo essa considerada uma atitude abusiva, inclusive passível de indenização por danos extrapatrimoniais.

Mesmo diante da diversidade de fundamentos expostos acima, o controle incidental preponderante é no sentido de ser ilícita, com base no artigo 51, IV do CDC, a cláusula contratual que delimita de forma genérica (*abstracta*) a “internação domiciliar” como alternativa à internação hospitalar, sob o discurso que desnatura o negócio jurídico firmado entre as partes, com vistas a recuperação e a reabilitação do consumidor, devendo para tanto, não comprometer o equilíbrio financeiro do plano ou seguro, de caráter mutualista.

Partindo para compreensão desse entendimento prevalente, tendo como premissa verdadeira que os custos atuariais estão previstos para a internação domiciliar (não assistência domiciliar) e são compatíveis entre si, ou seja, não acarretaria o alargamento implícito da cobertura assistencial, o Poder Judiciário acaba por interferir diretamente na gestão administrativa da operadora, pois terá que gerir outros contratos não previstos, com empresa especializada de *home care* (se existir na localidade), aluguel de equipamentos (cama hospitalar, cilindro de oxigênio), profissionais de saúde, transporte para o deslocamento no domicílio, dentre outros aspectos, sendo que todos geram tributos, encargos trabalhistas, além de maximizar a exposição da operadora na responsabilidade solidária que envolve todo esse aparato que visa tutelar o consumidor a receber o tratamento no seu ambiente domiciliar.

---

“sistema hospitalar, seu custo é significativamente inferior.” SANTOS, Letícia Rosa. Princípios Éticos como Norteadores no Cuidado Domiciliar. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. vol. 16, suplemento 1. Rio de Janeiro: Abrasco, 2011, p. 857-859.



Em que pese os critérios criados visarem a compatibilização dos interesses, acredita-se que houve uma inversão total da regra geral, passando os casos de internação domiciliar, que no cotidiano são exceções, serem de cumprimento obrigatório pela operadora, com ressalva, se por ela provado, inequivocamente, que os custos da operacionalização são elevados.

Alerta-se, como prudência, que se deve oportunizar para operadora apresentar os custos da operacionalização da internação domiciliar antes da concessão da tutela antecipada para não acentuar o conflito já existente entre as partes.

Mais um tema de desentendimento entre o Estado Juiz e o Estado Regulador. Entretanto, as alternativas lançadas nos julgados devem ser acompanhadas, principalmente pelo órgão regulador, para estudar formas viáveis de minimizar o impacto financeiro nos prêmios para os atuais e futuros consumidores, bem como proporcionar o melhor e mais adequado atendimento ao consumidor.

### 3.3.2.2. Cirurgias complementares de caráter reparador ou funcional

As operadoras de planos e seguros de saúde, por força da permissão de delimitação da prestação contida no artigo 10, inciso II, da Lei nº 9.656/98, inserem nas condições gerais contratuais o mesmo texto, qual seja, “procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim”, sendo essa a motivação para não autorizar ou reembolsar as despesas relacionadas aos procedimentos cirúrgicos de *mamoplastia* ou *hipertrofia mamária*, *braquioplastia bilateral* e *dermatologia crural*, esses os mais comuns, após o consumidor ter se submetido a *gastroplastia* (cirurgia bariátrica), com redução significativa de peso e aparecimento de excesso de pele.

O STJ é contrário ao entendimento das operadoras e do próprio órgão regulador, por isso, firmou a tese “*É ilegítima a recusa de cobertura pelo plano de saúde de cirurgias complementares de caráter reparador ou funcional em paciente pós-cirurgia bariátrica, quando se revelarem necessárias ao pleno restabelecimento do segurado acometido de obesidade mórbida*”<sup>175</sup>.

Primeiramente, cumpre registrar alguns aspectos normativos que versam sobre o tema, a começar pela Resolução do CFM (Conselho Federal de Medicina) nº 1.766/2005<sup>176</sup>, que estabeleceu normas seguras para o tratamento cirúr-

---

<sup>175</sup> Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>176</sup> Publicada no Diário Oficial da União, em 11 de julho de 2005, Seção I, p. 114.

gico da obesidade mórbida, definindo indicações, procedimentos aceitos e equipe mínima. Chama-se à atenção que a história retrata que a cirurgia bariátrica começou a ser realizada no Brasil quase no ano de 2000, portanto, coincidindo com a entrada em vigor da legislação sobre saúde suplementar e criação da ANS, sendo efetivamente regulamentada pelo CFM somente no ano de 2005, com alterações<sup>177</sup> no ano de 2010 e 2015. Antes e mais intensamente a partir desses fatos, começaram a surgir várias demandas judiciais pleiteando o procedimento cirúrgico de gastroplastia, o qual não estava previsto no “Rol da ANS”, sendo incorporado em 2008, por meio da Resolução Normativa nº 167/08, porém, desde que atendidos os critérios estabelecidos pelo próprio órgão regulador<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> Alterada pela Resolução CFM nº 1.942/10, publicada no D.O.U de 12 de fevereiro de 2010, Seção 1, pág. 266 e, posteriormente, alterada pela Resolução CFM nº 2131 de 12/11/2015, publicada no D.O.U. 13/01/2016. O Conselho Nacional de Justiça aprovou e publicou o Enunciado nº 63 “O deferimento de cirurgia bariátrica em tutela de urgência sujeita-se à observância das diretrizes constantes da Resolução CFM nº 1942/2010 e de outras normas que disciplinam a matéria.

<sup>178</sup> Os critérios atualmente exigidos são: “**27. GASTROPLASTIA (CIRURGIA BARIÁTRICA) POR VIDEOLAPAROSCOPIA OU POR VIA LAPAROTÔMICA**

1. Cobertura obrigatória, quando preenchido um dos critérios de idade listados no Grupo I e um dos critérios clínicos listados no Grupo II e nenhum critério listado no Grupo III:

**Grupo I**

- a. Pacientes maiores de 18 anos;
- b. Pacientes entre 16 e 18 anos, com z-escore maior que +4 na análise do IMC por idade e epífises de crescimento consolidadas.

**Grupo II**

- a. Índice de Massa Corpórea (IMC) de 35 Kg/m<sup>2</sup> a 39,9 Kg/m<sup>2</sup>, com comorbidades (doenças agravadas pela obesidade e que melhoram quando a mesma é tratada de forma eficaz) que ameacem a vida (diabetes, ou apneia do sono, ou hipertensão arterial, ou dislipidemia, ou doença coronariana, ou osteo artrites, entre outras) com falha no tratamento clínico realizado por, pelo menos, 2 anos;
- b. IMC de 40 Kg/m<sup>2</sup> a 49,9 Kg/m<sup>2</sup>, com ou sem comorbidades; com falha no tratamento clínico realizado por, pelo menos, 2 anos;
- c. IMC igual ou maior do que 50 Kg/m<sup>2</sup>.

**Grupo III**

- a. Pacientes com quadro de transtorno psiquiátrico não controlado, incluindo uso de álcool ou drogas ilícitas;
- b. limitação intelectual significativa em pacientes sem suporte familiar adequado;
- c. doença cardiopulmonar grave e descompensada que influenciem a relação risco-benefício;
- d. hipertensão portal, com varizes esofagogástricas; doenças imunológicas ou inflamatórias do trato digestivo superior que venham a predispor o indivíduo a sangramento digestivo ou outras condições de risco;
- e. síndrome de Cushing decorrente de hiperplasia na suprarrenal não tratada e tumores endócrinos.” Resolução Normativa nº 465/2021, Anexo II.

Em reportagem<sup>179</sup> divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística brasileiro, identificou-se que nos últimos dezessete anos mais do que dobrou o percentual de pessoas obesas em idade adulta, bem como aumentou a população com excesso de peso, a soma representa quase dois terços dos brasileiros. De acordo com a Sociedade Brasileira de Cirurgia Bariátrica<sup>180</sup>, em 2018, 63.969 pessoas foram submetidas a cirurgia, deste total, 49.521 custeadas pelos planos e seguros de saúde e 11.402 pelo SUS e 3.406 de forma estritamente particular, representando um aumento de 4,38% em relação ao ano anterior, contudo, explica que o número de cirurgias equivale a 0,5% da população obesa elegível dentro do critério principal de IMC acima 35 Kg/m<sup>2</sup>. Aponta que o crescimento do número de gastroplastias acompanha a evolução do aumento da população obesa no Brasil. Lado outro, tem-se o Conselho Federal de Nutricionistas que defende que a cirurgia bariátrica deve ser a última opção terapêutica para pacientes obesos com riscos associados, emitindo a Recomendação nº 007<sup>181</sup>, 03 de agosto de 2016 para quando seus profissionais atuarem no pré-operatório e posteriormente à cirurgia. Os médicos que atuam nesta área defendem que a gastroplastia não é somente para satisfazer a vontade de reduzir o peso, mas, precipuamente, contribuir para mitigar mortes decorrentes de outras doenças, como a hipertensão, câncer, diabetes e do sistema cardiovascular.

Com a incorporação da gastroplastia no “Rol da ANS” e o aumento expressivo dessa cirurgia, surgiu uma nova demanda dos consumidores, qual seja, pedido para autorizar ou reembolsar as despesas decorrente das cirurgias de retirada da pele, seja no abdômen, mamas, coxas, pernas e braços, as quais não são autorizadas por entender serem estéticas e não reconhecidas como

---

Em relação ao sistema público (SUS), os critérios estão definidos no Anexo I, da Portaria nº 424/2013, do Gabinete do Ministério da Saúde, alterada pela Portaria nº 62/2017. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0424\\_19\\_03\\_2013.html](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0424_19_03_2013.html).

<sup>179</sup> Disponível em: <https://censo2021.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/29204-um-em-cada-quatro-adultos-do-pais-estava-obeso-em-2019.html>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>180</sup> Disponível em: <https://www.scbm.org.br/cirurgia-bariatrica-cresce-8473-entre-2011-e-2018/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>181</sup> Disponível em: <https://www.cfn.org.br/wp-content/uploads/2016/12/Recomendacao-04-2016-cirurgia-bariatrica.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

obrigatória pelo órgão regulador da saúde suplementar, à exceção do abdômen, incluída também no ano de 2008 como *Dermolipectomia*, para tanto, é necessário atender critérios<sup>182</sup> definidos pela ANS. Registre-se que mesmo com cobertura obrigatória para o abdômen, a discussão gira em torno do cumprimento ou não dos critérios, tensionando a relação entre o médico prescritor e o médico auditor da operadora, para a caracterização do procedimento ser qualificado como estético ou como restaurador da função do órgão.

Cumprir dizer que essa nomenclatura foi alterada com a atualização do “Rol da ANS”, ocorrida em 2021, passando para *Abdominoplastia*<sup>183</sup>, além do texto dos critérios. Na Nota Técnica nº 3/2021/GEAS/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO, assinada em 01 de fevereiro de 2021, que analisou todas as 30.658 contribuições para atender a Consulta Pública nº 81/2020 sobre a referida atualização, não consta nada sobre o motivo da alteração do termo

---

<sup>182</sup> “Dermolipectomia. Cobertura obrigatória em casos de: 1. Paciente apresentando abdômen em avental decorrente de grande perda ponderal (em consequência de tratamento para obesidade mórbida) ou após cirurgia de redução de estômago, configurando-se uma seqüela do processo de redução de peso; e 2. Apresente as frequentes complicações típicas desta condição, tais como: candidíase de repetição, infecções bacterianas devido a escoriações pelo atrito, odor fétido, hérnias etc.”. Com a atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, passou a vigor, a partir de 01/01/2012, o Anexo II – Diretrizes de Utilização para Cobertura de Procedimentos na Saúde Suplementar (DUT), da RN nº 211/2010, nele constando, dentre outras, a seguinte redação: “40. DERMOLIPECTOMIA – 1. Cobertura obrigatória em casos de pacientes que apresentem abdome em avental decorrente de grande perda ponderal (em consequência de tratamento clínico para obesidade mórbida ou após cirurgia de redução de estômago), e apresentem uma ou mais das seguintes complicações: candidíase de repetição, infecções bacterianas devido às escoriações pelo atrito, odor fétido, hérnias, etc.” No Parecer Técnico nº 11/GEAS/GGRAS/DIPRO/2018, foi explicitado pela ANS que: “As DUTs adotadas pela ANS, em regra, indicam as características e as condições de saúde nas quais os ganhos e os resultados clínicos são mais relevantes para os pacientes, segundo a melhor literatura científica e os conceitos de Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS. Assim, quando solicitado pelo médico assistente, respeitadas as segmentações contratadas e atendidas as condições previstas na DUT em apreço, o procedimento DERMOLIPECTOMIA deve ser coberto pelos ‘planos novos’ e pelos ‘planos antigos’ adaptados.” Disponível em: [http://www.ans.gov.br/images/stories/parecer\\_tecnico/uploads/parecer\\_tecnico/\\_PARECER\\_11\\_2018\\_DERMOIPECTOMIA%20DUT\\_VERSO%20FINAL\\_21122017 .pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/parecer_tecnico/uploads/parecer_tecnico/_PARECER_11_2018_DERMOIPECTOMIA%20DUT_VERSO%20FINAL_21122017.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>183</sup> “18. **ABDOMINOPLASTIA** 1. Cobertura obrigatória em casos de pacientes que apresentem abdome em avental decorrente de grande perda ponderal (em consequência de tratamento clínico para obesidade mórbida ou após cirurgia de redução de estômago)”. Pontua-se que além da alteração do Termo principal, o texto do critério 1 foi simplificado. Conforme estabelecido no Anexo II, da RN nº 465/2021.

principal, sendo que na Unidade de Análise Técnica nº 501 relata a explicação sobre a simplificação do critério, sendo desejoso pelos opinantes, na sua maioria as operadoras, que os critérios se adequassem ao determinado pelo SUS<sup>184</sup>, ao invés disso ocorreu a supressão de parte do texto, sob o argumento que a lista de possíveis complicações não é exaustiva e “gera negativas de cobertura inadequadas”. Com efeito, a ANS reforça a necessidade de cobertura obrigatória pelas operadoras da *Abdominoplastia*, restringindo o subjetivismo em relação as complicações ocasionadas aos consumidores em virtude do excesso de pele do abdômen, todavia, desalinha-se com o setor público de saúde ao não compatibilizar com os mesmos critérios. Por fim, ao regulamentar o artigo 10, inciso II da Lei nº 9.656/98, a ANS classificou os estéticos como sendo aqueles “que não visam restauração parcial ou total da função de órgão ou parte do corpo humano lesionada, seja por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita”<sup>185</sup>.

Dito isso, volta-se para a questão central, se merece tutela a delimitação da prestação de procedimentos cirúrgicos para retirada da pele e, em alguns casos com implantação de prótese, após se submeter à gastroplastia, por caracterizar como estético.

A tese publicada pelo STJ baseou-se em seis julgados<sup>186</sup>, aplicando-se os seguintes discursos principais: (i) que as cirurgias variadas de retirada de ex-

---

<sup>184</sup> A Portaria MS nº 425, de 19/3/13 estabelece que “o paciente com aderência ao acompanhamento pós-operatório poderá ser submetido à cirurgia plástica reparadora do abdômen nos seguintes casos: incapacidade funcional pelo abdômen em avental e desequilíbrio da coluna; infecções cutâneas de repetição por excesso de pele, como infecções fúngicas e bacterianas; alterações psicopatológicas devidas à redução de peso (critério psiquiátrico)”. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0425\\_19\\_03\\_2013.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0425_19_03_2013.html). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>185</sup> Resolução Normativa nº 456/2021 – Art. 17, parágrafo único – inciso II.

<sup>186</sup> 1) Recurso Especial nº 1.832.004/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/12/2019, publicado no DJe: 05/12/2019; 2) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.464.667/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 30/09/2019, publicado no DJe: 03/10/2019; 3) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.434.014/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, Terceira Turma, julgado em 26/08/2019, publicado no DJe: 30/08/2019; 4) Agravo Interno no Agravo Recurso Especial nº 1.444.751/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/08/2019, publicado no DJe: 21/08/2019; 5) Recurso Especial nº 1.442.236/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 17/11/2016, publicado no DJe 28/11/2016 e 6) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 583.765/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/05/2015, publicado no DJe 22/06/2015.

cesso de pele são indicadas para obstar infecções e comorbidades, decorrentes da cirurgia principal (gastroplastia), afastando o argumento que tais cirurgias possuem finalidade estética; (ii) havendo cobertura para a obesidade mórbida, a operadora se obriga a custear todos os procedimentos e tratamentos destinados à cura da doença, sob pena de frustrar finalidade precípua do contrato; (iii) a gastroplastia *implica consequências anatômicas e morfológicas*, dentre elas, o excesso de pele em várias regiões do corpo, ressaíndo sobremaneira o seu caráter funcional e reparador; (iv) em que pese somente a *Dermolipectomia* constar no *Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde*, devem ser custeados todos os procedimentos cirúrgicos de natureza reparadora, para a devida recuperação do paciente, em obediência ao art. 35-F da Lei nº 9.656/1998; (v) com a prescrição médica para cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional em paciente pós-cirurgia bariátrica, a operadora não pode negar a cobertura sob o argumento de previsão de limitação contratual, e (vi) cabe ao médico ou o profissional habilitado – e não o plano de saúde – determinar, para a busca da cura, *a orientação terapêutica a ser dada ao usuário acometido de doença coberta*. Deparou-se nos julgados que os consumidores não conseguiram autorização das operadoras para realização de cirurgias plásticas, tais como, mamoplastia<sup>187</sup> (mamas) ou ptose mamária, com ou sem colocação de prótese de silicone, braquioplastia bilateral (braços) e dermolipectomia crural (coxas). Com relação a dermolipectomia abdominal ou *abdominoplastia*, nos julgados consta como autorizada. Ressalte-se o julgado Recurso Especial nº 1.832.004-RJ, que versa sobre a propositura de ação civil pública movida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro contra seis operadoras de planos e seguros de saúde com pedido de autorização para “*todas as espécies de intervenções cirúrgicas reparadoras pós-gastroplastia*”, o qual foi julgado procedente<sup>188</sup> em todas as instân-

---

<sup>187</sup> Registre-se que não há previsão de cirurgia plástica reparadora de mamoplastia re-  
dutora no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, a previsão legal de cobertura  
obrigatória está contemplada no artigo 10-A da Lei nº 9.656/98 que diz: “Art. 10-A. Cabe  
às operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º desta Lei, por meio de sua rede de  
unidades conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-  
-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de  
utilização de técnica de tratamento de câncer.”

<sup>188</sup> Consta da Ementa do acórdão: “11. É ilegítima a recusa de cobertura das cirurgias  
destinadas à remoção de tecido epitelial, quando estas se revelarem necessárias ao pleno resta-  
belecimento do paciente, acometido de obesidade mórbida. (...) 13. Na hipótese, as condutas  
das operadoras de plano de saúde, ao negarem coberturas às cirurgias de mamoplastia e dermo-  
lipectomia após a bariátrica, estavam numa zona cinzenta de aparente legalidade, que só veio a  
ser esclarecida pela jurisprudência ao definir sua natureza reparadora e não meramente estética.”

cias do Poder Judiciário. Foi possível constatar a existência de relatórios médicos enfatizando a necessidade da cirurgia reparadora, sem finalidade estética, no intuito de banir, ou em alguns casos, evitar complicações como infecções, bem como proporcionar mobilidade e autoestima para o consumidor.

Na prática, com base nos critérios definidos pela ANS para autorização da gastroplastia, trata-se de uma cirurgia que traz uma grande transformação para o consumidor, ocasionando, *a priori*, redução significativa no seu peso e, conseqüentemente, alteração de sua fisionomia e mentalidade, após anos convivendo com elevado índice de massa corporal e comorbidades. *A posteriori*, é acometido de uma flacidez na pele em várias regiões do seu corpo, a principal no abdômen, chamada popularmente de “barriga de avental”, que na maioria dos casos atinge as genitálias, repercutindo negativamente na sua sexualidade, sendo ela a única de cobertura obrigatória pela ANS, pois não resta dúvida que não se encaixa na definição de procedimento cirúrgico estético. Indaga-se: por que a ANS não amplia o seu “Rol” para permitir as cirurgias de mama, braço e coxas, contribuindo-se assim, com a *desjudicialização*? Após pesquisa, descobriu-se posteriormente à realização da Consulta Pública nº 61/2017, visando receber contribuições da sociedade de forma geral para atualização do referido Rol, que foi elaborada a Nota Técnica nº 196/2017/GEAS/GGRAS/DIPRO/ANS, na qual constam cinco<sup>189</sup> manifestações para ampliação da Diretriz de Utilização da *Dermolipectomia*, com resposta única de não acatamento pelo órgão regulador, a saber: “O Rol é a lista de cobertura mínima obrigatória. As operadoras podem fornecer cobertura além do Rol”. Para a última Consulta Pública nº 81/2020, não houve qualquer contribuição sobre tema. Diante da postura do Estado Regulador em não criar uma regra para inclusão destas

---

<sup>189</sup> Veja, na íntegra, as manifestações extraídas da Nota Técnica nº 196/2017: “**1.** Plástica para peles em excesso; **2.** Sou pós bariátrica e as plásticas reparadoras todas necessárias não são estéticas e sim continuação do tratamento. As peles nos causam depressão. Vergonha constrangimento. Sem dizer as assaduras, coxearas, cheiro mal que podem nos causar outros tipos de doenças. Devem ser todas incluídas; **3.** Os procedimentos mencionados devem fazer parte do rol contemplando pacientes submetidos à gastroplastia (cirurgia bariátrica), como parte do processo de tratamento da obesidade mórbida já que de nada adianta tratar a doença e deixar sequelas que podem ocasionar problemas dermatológicos e psicológicos. Assim como outros procedimentos já autorizados no rol que têm caráter preventivo e reconstrutor; **4.** Todas as cirurgias plásticas necessárias após cirurgia bariátrica, haja vista ser continuidade do tratamento. Para restabelecer a saúde por completo e **5.** Reparação de membros com sobra de pele após a cirurgia bariátrica. Membros: braços, pernas, costa e seios.” Disponível em: [http://www.ans.gov.br/images/stories/Participacao\\_da\\_sociedade/consultas\\_publicas/cp61/cp61\\_relatorio\\_notacnica\\_196\\_2017.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Participacao_da_sociedade/consultas_publicas/cp61/cp61_relatorio_notacnica_196_2017.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

cirurgias no referido “Rol da ANS”, a judicialização permanecerá, cabendo, no caso concreto, evidenciar nos autos do processo, por relatório médico, que o procedimento cirúrgico pretendido não tem finalidade estética e sim reparador, no intuito de ocasionar melhor qualidade de vida ao consumidor. Isto porque, a flacidez no braço, coxa e mama, deve ser apurada particularmente, eis que pode ocorrer, em alguns casos que o excesso de pele não gere infecções, comorbidades ou interfira no cotidiano do consumidor, porém, é muito subjetivo, sendo certo que a regra geral definida pelo Estado Juiz é determinar a cobertura da cirurgia, mediante prescrição médica, haja vista que a doença obesidade mórbida está contemplada no contrato firmado entre as partes e não deve ser entendida e caracterizada como finalidade estética.

Antes de concluir, deve-se refletir sobre obrigar a operadora a custear a prótese de silicone em virtude da realização da mamoplastia, pós-gastroplastia. No precedente secundário mais citado, Recurso Especial nº 1.136.475-RS<sup>190</sup>, a consumidora pleiteou cirurgia para retirada de mamas, com prótese de silicone, e braços, pois do abdômen foi autorizada pela operadora. Pedidos deferidos, à exceção do custeio da prótese, por sua inequívoca natureza e finalidade estética. Ao contrário, no precedente principal Recurso Especial nº 1.442.236-RJ, o Ministro Relator Marco Buzzi considerou que a implantação da prótese de silicone é parte integrante do procedimento de mamoplastia “estando diretamente relacionada com o restabelecimento da plena funcionalidade do órgão”. Não é difícil presumir como devem ficar as mamas após uma grande redução de peso, portanto, viável a cobertura da mamoplastia, mediante relatório médico, entretanto, a prótese de silicone sob o argumento de “plena funcionalidade” do órgão deve ser mais bem avaliada, eis que transparece ser considerado mais estético, inclusive ligado a autoestima da mulher, do que realmente para contribuir, por exemplo, com a amamentação.

Há flagrante posição conflitante entre o Estado Juiz e o Estado Regulador, no que tange as cirurgias plásticas reparadoras de braços, mamas e coxas, pós-gastroplastia. O pressuposto de validade do julgamento com base somente na primeira parte do artigo 35-F da Lei nº 9.656/98, que estipula ser a assis-

---

<sup>190</sup> Recurso Especial nº 1.136.475-RS, Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, por unanimidade, publicado no Diário da Justiça no dia 16 de março de 2010. Outros precedentes citados e analisados: a) Recurso Especial nº 1.757.938-DF; b) Agravo Interno no Agravo Recurso Especial nº 1.354.589-BA; c) Embargos Declaratórios no Agravo no Recurso Especial nº 10.044/PR; d) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 734.111-DF e e) Recurso Especial nº 735.750-SP.



tência à saúde “todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde”, pressupõe que o setor privado que atua neste mercado é obrigado a arcar com assistência integral, mas, a segunda parte do mesmo dispositivo legal determina que sejam “observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes”, em clara alusão quanto a possibilidade de inserção de cláusulas delimitadoras da prestação. É imperioso buscar a harmonização nesta relação de consumo, com vistas a mitigar a judicialização e propiciar a desejável segurança jurídica. O órgão regulador tem que debruçar neste tema para encontrar uma situação de equilíbrio, com apoio incondicional do Conselho Federal de Medicina, no intuito de estabelecerem diretrizes para a prescrição das cirurgias plásticas reparadoras, eis que o STJ já firmou sua tese, a qual perpassa pela prova inequívoca de não ter finalidade estética, ficando o êxito do julgamento procedente subordinado somente ao relatório ou laudo do médico prescritor. A auditoria médica da operadora ao manifestar que o caso configura como estético é repelida pelo próprio STJ ao entendimento que não cabe a ela definir essa situação e sim o médico que acompanha o consumidor. Infrutífera a realização da junta médica prevista na Resolução Normativa nº 424/17 para dirimir divergência técnico-assistencial, quando não há estipulação de diretrizes bem delineadas e cientificamente comprovadas com o procedimento de cirurgia plástica reparadora não se enquadra na limitação de prestação do artigo 10, II, da Lei nº 9.656/98, como finalidade estética. Em uma palavra, não se identificou nos julgados menção de casos envolvendo flacidez na pele pelo emagrecimento não cirúrgico, certo que a cirurgia plástica não obteria autorização pela operadora, provocando-se assim, mais uma discussão judicial.

### 3.3.2.3. Medicamento *off-label* ou *experimental*

Mais uma tese firmada pelo STJ que provoca a ampliação da cobertura sem os devidos cálculos atuariais, desta vez, no sentido de que “*É abusiva a recusa da operadora de plano de saúde em arcar com a cobertura de medicamento prescrito pelo médico para tratamento do beneficiário, ainda que se trate de fármaco off-label, ou utilizado em caráter experimental, não previsto em rol da ANS*”<sup>191</sup>.

O fármaco *off-label*, na lição de Dalmo Aniceto<sup>192</sup>, é qualquer uso e fina-

---

<sup>191</sup> Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>. Acesso em: 08 out. 2021.

<sup>192</sup> ANICETO, Dalmo Luis Faria Pires. ANVISA e o uso *off-label* de medicamentos: as

lidade diferente do aprovado no registro sanitário, diferente dosagem, posologia, via de administração, indicação ou grupo de pacientes. Como é cediço, todo e qualquer fármaco, antes de ser ofertado no Brasil deve receber aprovação<sup>193</sup> da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)<sup>194</sup>, a qual emitirá, respeitado todos os estudos clínicos, o registro com a devida indicação para sua finalidade, podendo, posteriormente, ser aprovadas novas indicações para constar na bula. Enquanto o uso para determinada finalidade não for aprovado e não constar na bula, caracteriza-se como *off-label*<sup>195</sup>. Diferentemente,

---

relações entre evidência e regulação. 2019. 74 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Farmacologia Clínica) – Faculdade de Medicina, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Para a ANS: “é aquele cuja indicação do profissional assistente diverge do que consta na bula. (...) Não cabe junta médica ou odontológica, pois o medicamento e material cuja indicação clínica seja diferente daquela do registro efetuado pela Anvisa não são de cobertura obrigatória pelas operadoras.”. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/aans/index.php?option=com\\_centraldeatendimento&view=pergunta&resposta=1696&his\\_orico=19751570](http://www.ans.gov.br/aans/index.php?option=com_centraldeatendimento&view=pergunta&resposta=1696&his_orico=19751570). Acesso em: 08 out. 2021.

<sup>193</sup> Lei 6.360/76 – “Art. 12 – Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.” No mesmo sentido: “**Para que um novo medicamento entre no mercado é necessária uma autorização adequada, denominada Autorização de Introdução no Mercado (AIM).** A concessão da referida autorização implica uma avaliação da segurança, qualidade e eficácia do medicamento, tendo como base o material apresentado pelo produtor no requerimento para obtenção da AIM, sendo que só em caso de avaliação positiva a AIM é concedida. Essa autorização é levada a cabo por uma entidade com específicas competências nessa matéria: a Food and Drugs Administration (FDA) nos EUA, a CFDA (China Food and Drug Administration) na China, a Anvisa no Brasil, a EMA (European Medicine Agency) na Europa, juntamente com as autoridades nacionais encarregadas em cada Estado-Membro de proceder ao controlo e vigilância dos medicamentos. **As indicações terapêuticas do medicamento, a sua frequência, dosagem, via de administração e o tipo de pacientes aos quais pode ser prescrito, são definidas pela AIM.** Neste sentido, a AIM funciona como uma espécie de “bilhete de identidade” do medicamento.” RAPOSO, Vera Lúcia. Da proteção dos consumidores-pacientes na prescrição *off-label*. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 110. ano 26. p. 163-186. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2017.

<sup>194</sup> ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos não aprovados pela Anvisa. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 96. ano. 23. p. 139-156. São Paulo: Ed. RT, nov./dez., 2014.

<sup>195</sup> De acordo com a ANVISA: “O uso *off label* de um medicamento é feito por conta e risco do médico que o prescreve, e pode eventualmente vir a caracterizar um erro médico, mas em grande parte das vezes trata-se de uso essencialmente correto, apenas ainda não aprovado. Há casos mesmo em que esta indicação nunca será aprovada por uma agência reguladora, como em doenças raras cujo tratamento medicamentoso só é respaldado por séries de casos. Tais indicações possivelmente nunca constarão da bula do medicamento porque jamais serão estudadas por ensaios clínicos.” Disponível em: [http://antigo.anvisa.gov.br/en\\_US/resultado-de-busca?](http://antigo.anvisa.gov.br/en_US/resultado-de-busca?). Acesso em: 05 nov. 2021.

quando se trata de medicamento ainda não registrado na ANVISA, neste caso, conforme decidido no Recurso Repetitivo nº 990<sup>196</sup>, a operadora de plano ou seguro de saúde não está obrigada a custear ou fornecer o medicamento, mesmo prescrito pelo profissional habilitado<sup>197 198</sup>.

<sup>196</sup> O recurso repetitivo segue o rito previsto no artigo 1.036 do Código de Processo Civil. Os dois acórdãos escolhidos para o julgamento da Segunda Seção de Direito Privado foram: Recurso Especial nº 1.712.163/SP e o Recurso Especial nº 1.726.563/SP. Mais detalhes sobre o assunto, consultar: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp). Acesso em 08 out. 2021.

Ainda sobre esse tema, ver o Recurso Repetitivo STJ nº 106, que firmou a seguinte tese: “A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) **existência de registro do medicamento na ANVISA**, observados os usos autorizados pela agência.”. Idem.

<sup>197</sup> Com relação ao SUS, firmou-se tese mais ampliada, a saber: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrararas);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.”. A repercussão geral foi reconhecida no Recurso Extraordinário nº 657.718 (Tema 500 – publicado em 09/11/2020), enfatizando o Ministro Relator Marco Aurélio, no seu pronunciamento antes de pautar no plenário, que o tema tem relevância para toda sociedade, pois como regra geral cabe ao Estado entregar o medicamento, entretanto, como tal medicamento não possui registro na ANVISA surge a dúvida se o gestor público não estaria cometendo irregularidade, bem como qual alcance dos artigos 6º e 196 da Constituição da República sobre essa peculiar situação, cabendo a Corte Especial a última palavra. Propriamente no voto, o Relator explicou sobre a preocupação com o próprio paciente, ao ser determinado pelos magistrados, “sob o pretexto de dar efetividade ao direito constitucional à saúde”, medicamento sem consenso científico. Com o pedido de vista do Ministro Luis Roberto Barroso, foi apresentado, em sessão posterior, seu voto que acabou prevalecendo, passando a ser o redator da tese supratranscrita.

<sup>198</sup> Wang, Daniel, *Direito à Saúde Litígio no Brasil: O Problema e as Respostas Institucionais* (1 de outubro de 2015). *Human Rights Law Review*, Volume 15, Issue 4, December 2015, Pages 617–641, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngv025>, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3774974> (Tradução livre): “A litigância em assistência à saúde é resultado principalmente de demandas individuais que exigem o fornecimento de medicamentos não

Paralelo ao *off-label*, tem-se o fármaco a ser utilizado em *caráter experimental*, sendo aquele não reconhecido pela medicina baseada em evidências, sem garantia de bons resultados, geralmente administrados em pacientes graves, encarado como a última alternativa para sobrevivência do cidadão. O Conselho Federal de Medicina, recebeu a consulta protocolada sob o nº 10.090/11, emitindo o Parecer CFM 31/12, concluindo que “O uso assistencial de fármaco ainda experimental é possível em situações de extrema necessidade, visando ao bem individual ou coletivo, e respeitando-se, obviamente, as prescrições éticas e legais.”.

Feitas essas considerações preliminares, registre-se que a tese foi respaldada por seis julgados<sup>199</sup>, sendo que o principal fundamento da operadora para não custear ou fornecer os medicamentos advém da própria Lei nº 9.656/98, que permite a limitação da prestação para tratamento clínico ou cirúrgico experimental (art. 10, I). Entretanto, o STJ não reconhece a limitação prevista em norma imperativa, como será melhor exposto adiante, criando-se assim, mais uma controvérsia entre o Estado Juiz e o Estado Regulador, afetando a segurança jurídica no mercado de saúde suplementar. Buscou-se, com análise dos julgados principais e os precedentes neles citados, identificar os fundamentos, sendo preliminarmente constatado que as decisões são incisivas em dizer que incumbe ao médico, ou profissional habilitado, estabelecer a farmacoterapia mais adequada para o consumidor, restando à operadora arcar com os custos.

---

inclusos na política farmacêutica ou cuja dispensação não esteja contemplada na política. As cortes brasileiras, na grande parte dos casos, decidem em favor dos demandantes reconhecendo que o direito à saúde é um direito individual que lhes garante o acesso a qualquer tratamento prescrito por um médico, ainda que as evidências de segurança, efetividade ou de custo-benefício do tratamento não recomendem sua dispensação. O direito individual à saúde que afasta as prioridades públicas definidas pelas autoridades de saúde, como são interpretadas pela maioria dos juízes no Brasil, é incompatível com a ideia de um sistema público de saúde como um bem comum que deve ser justa e eficientemente distribuído a todos que dele necessitam.”.

<sup>199</sup> 1) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.573.008/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 10/02/2020, publicado no DJe: 12/02/2020; 2) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.517.002/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 16/12/2019, publicado no DJe: 18/12/2019; 3) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.458.353/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 02/12/2019, publicado no DJe: 05/12/2019; 4) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.490.311/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/09/2019, publicado no DJe: 03/10/2019; 5) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.795.361/SP, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19/08/2019, publicado no DJe: 22/08/2019 e 6) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.712.056/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/12/2018, publicado no DJe: 18/12/2018.

Antes de prosseguir, chama-se atenção para a necessidade do consentimento do paciente ou, mediante suas condições clínicas, ser representado pela família ou responsável legal, que acaba por aceitar ser submetido a farmacoterapia experimental ou *off-label* por não deter nenhum ou quase nenhum conhecimento dos efeitos deletérios que possam surgir, bem como por se sentir esperançoso com a chance de sobrevivência, muito em relação ao estado de dependência que se encontra perante o seu médico.<sup>200</sup> Sem dúvida, trata-se de uma situação perversa, pois mesmo o médico agindo com ética e nas melhores intenções de buscar uma possível cura, transforma o paciente em cobaia, em objeto de experimento, sendo que, indiretamente, o Poder Judiciário contribui para que essa situação ocorra, ao confiar de forma absoluta na prescrição do médico que assiste o consumidor, ignorando os estudos de evidências científicas.

---

<sup>200</sup> Para Vera Lúcia Raposo, por não existir legislação que impeça a prescrição do *off-label*, será em princípio admissível e legítima, porém, propõe a reunião dos seguintes pressupostos: “i) Contar com o consentimento informado do paciente, sendo que o grau de informação providenciado deve ser especialmente rigoroso; ii) Aportar efeitos benéficos para o paciente; iii) Resultar de uma decisão livre autónoma do médico. Como expressamente reconheceu a Comissão Europeia no caso *Sanofi-Aventis/Zentiva*, “é também possível que um medicamento seja usado para indicações não aprovadas, sob o critério do médico prescritor, o chamado uso *off-label*” (tradução nossa de nota de rodapé 6); iv) Decisão esta que seja fundamentada em dados científicos convincentes (*guidelines*, artigos científicos) e/ou numa prática clínica sedimentada (que não a mera experiência daquele médico ou dos seus colegas), suscetível de elevar a prescrição *off-label* do medicamento a um novo “*standart of care*”. O facto de, por exemplo, aquele particular uso ter sido aprovado já noutros países pode servir de fundamento a uma utilização (ainda) não autorizada num dado país; v) Decisão que deverá ser ditada pelo melhor interesse do paciente e não por motivações comerciais ou económicas; vi) O médico deve manter um registro completo e atual das prescrições *off-label*, dos motivos que a fundamentaram e dos respectivos resultados, não apenas para que seja possível determinar quais os medicamentos mais usados *off-label*, mas também para acompanhar eventuais efeitos adversos que daí decorram. É certo que os médicos poder-se-ão sentir inibidos de reportar efeitos adversos caso temam um processo judicial, daí que as várias legislações se tenham vindo a esforçar no sentido de criar mecanismos que permitam reportar tais efeitos de forma anónima, ou que, por outras vias, garantam a não punibilidade; vii) Não exista qualquer outro medicamento autorizado e com indicação terapêutica para aquele estado clínico, pois se existir deverá ser este a obter a preferência.” A Autora adverte que “Na ausência de algum destes requisitos a possibilidade de o médico incorrer em responsabilidade médica é bastante elevada. Pode mesmo dizer-se que o mero facto de prescrever *off-label* onera o médico com um dever acrescido de fundamentação da sua decisão de usar aquele medicamento.”. RAPOSO, Vera Lúcia. Do ato médico ao problema jurídico. Coimbra: Edições Almedina, 2013, p. 279-280. Veja, também: MATOS, Francisco Mafalda. *Off-label – off law? Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 17. ano. 9. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

Discurso habitual do STJ, utilizado também nos julgados deste item, diz respeito a *negar* tratamentos para doenças que estão cobertas pelo contrato, ou seja, na prática o consumidor está com câncer, mas independentemente se na bula do medicamento consta a indicação para tratar essa doença, deve a operadora arcar com o fornecimento porque o médico prescreveu para a doença que está prevista no pacto<sup>201</sup>. Fato que se tornou rotineiro no Brasil, com o aparecimento da COVID-19, sendo prescrito, como tratamento precoce, o fármaco ivermectina, indicado na bula para infestação por piolhos, sarna, oncocercose, estrogiloidíase, tricuriase, ascaridíase e filariase linfática. A OMS (Organização Mundial da Saúde)<sup>202</sup>, após um ano da pandemia, foi taxativa em não recomendar o uso desse fármaco para os casos de COVID-19.

Com relação ao não reconhecimento da delimitação da prestação do tratamento clínico ou cirúrgico experimental, constante da Lei nº 9.656/98 e na sua regulamentação, faz-se necessário explicitar os argumentos lançados no Recurso Especial nº 1.769.557-CE, precedente mais citado nos julgados, tendo como moldura fática uma consumidora, com 82 anos de idade, diagnosticada com *Anemia Hemolítica Autoimune*, que após se submeter há vários outros tratamentos, lhe foi prescrito o fármaco *Rituximabe-Mabthera*, que, diga-se, não possui indicação na bula para referida doença. A Ministra Nancy Andrighi inicia seus argumentos dizendo que a ANS, órgão regulador do mercado de saúde suplementar, ao regulamentar<sup>203</sup> o alcance da lei para tratamento clínico ou ci-

---

<sup>201</sup> Veja no precedente citado pelo julgado principal Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1.795.361-SP, a saber “Autorizar que a operadora negue a cobertura de tratamento sob a justificativa de que a doença do paciente não está contida nas indicações da bula representa inegável ingerência na ciência médica, em odioso e inaceitável prejuízo do paciente enfermo.” Recurso Especial nº 1.721.705-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/08/2018 e publicado no DJe em 06/09/2018.

<sup>202</sup> Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,oms-nao-recomenda-uso-de-ivermectina-por-pacientes-com-covid-19,70003666551>. Veja, também, reportagem com a declarações do Conselho Federal de Medicina: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/04/19/cfm-diz-ao-senado-que-nao-aprova-tratamento-precoce-contra-covid-19>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>203</sup> Resolução Normativa nº 428/2017: “§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:

I – tratamento clínico ou cirúrgico experimental, isto é, aquele que:

a) emprega medicamentos, produtos para a saúde ou técnicas não registrados/não regularizados no país;

b) é considerado experimental pelo Conselho Federal de Medicina – CFM ou pelo Conselho Federal de Odontologia – CFO; ou

c) não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label), ressalvado o disposto no art. 26;”. Atualmente, previsto no parágrafo único do artigo 17, com o mesmo texto,

rúrgico experimental, acabou por “substituir abstrata e previamente a expertise médica pela ingerência da operadora”, representando manifesta intromissão na “ciência médica”, cabendo somente ao profissional médico a definição do mais adequado tratamento, não permitindo que a operadora, sob a batuta da ANS, faça interpretação da bula do medicamento, para liberar ou não o tratamento. Para melhor elucidação do seu posicionamento, a Ministra transcreveu o relatório médico<sup>204</sup> acostado nos autos do Recurso Especial nº 1.721.705-SP, por ser um caso semelhante e com mais detalhes fáticos, que contextualiza que a intromissão, por delimitação da prestação pela operadora, pode gerar riscos desnecessários para a vida e a saúde dos consumidores, afirmando ser no *minimum temerário*, negar que a doença não deva ser tratada mediante a prescrição do medicamento por quem acompanha o paciente. Prosseguiu argumentando que não cabe à ANS e sim ao Conselho Federal de Medicina<sup>205</sup> a definição de tratamento experimental e de “recomendável eficácia clínica”, conforme estabelecido pela Resoluções CFM nº 1.982/2012<sup>206</sup> e CFM nº 1.499/1998<sup>207</sup>, bem como citou o artigo jurídico do autor Bruno Ponich Ruzon<sup>208</sup> ao firmar

---

da RN nº 465/2021.

<sup>204</sup> “Devido ao quadro descrito, há necessidade de nova terapia, sendo o tratamento mais recomendado para este caso, o uso do anticorpo monoclonal anti-CD20, Rituximabe, 375mg/m<sup>2</sup> endovenoso, semanalmente, por 4 semanas. **A opção por não utilizar outras terapias imunossupressoras com agentes por via oral como ciclofosfamida ou azatioprina ocorre devido à grande sensibilidade gastrointestinal da paciente para medicamentos por esta via. Com isso, acredito que esta paciente possui alta probabilidade de melhora clínica e, mais importante, tolerância e aderência a este tratamento** (os destaques não constam do original).” Recurso Especial nº 1.721.705-SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, publicado no DJe: 06/09/2018.

<sup>205</sup> Lei nº 12.842/2013 – “Art. 7º Compreende-se entre as competências do Conselho Federal de Medicina editar normas para definir o caráter experimental de procedimentos em Medicina, autorizando ou vedando a sua prática pelos médicos.”

<sup>206</sup> RESOLUÇÃO CFM Nº 1.982/2012 – Dispõe sobre os critérios de protocolo e avaliação para o reconhecimento de novos procedimentos e terapias médicas pelo Conselho Federal de Medicina. (publicada no D.O.U. de 27 de fevereiro de 2012, Seção I, p. 186-7)

<sup>207</sup> RESOLUÇÃO CFM nº 1.499/98 – [...] CONSIDERANDO que o art. 124 do CEM veda ao médico “usar experimentalmente qualquer tipo de terapêutica ainda não liberada para uso no País, sem a devida autorização dos órgãos competentes e sem consentimento do paciente ou de seu responsável legal, devidamente informados da situação e das possíveis consequências”; [...] RESOLVE: Art. 1º – Proibir aos médicos a utilização de práticas terapêuticas não reconhecidas pela comunidade científica. Art. 2º – O reconhecimento científico quando ocorrer, ensejará Resolução do Conselho Federal de Medicina oficializando sua prática pelos médicos no país. Publicada no D.O.U. de 03.09.98 Página 101.

<sup>208</sup> RUZON, Bruno Ponich. O uso off label de medicamento e o alcance da Lei nº

que o uso do *off label* não está amparado no artigo 10, inciso I, da Lei nº 9.656/98 e que a ANS “ultrapassou os limites da mera regulamentação”. Na sequência, explicitou que o referido diploma legal consagrou somente duas hipóteses de delimitação da prestação do fornecimento de medicamentos, a saber: (i) artigo 10, inciso V – *fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados* e (ii) artigo 10, inciso VI – *fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II do art. 1*, sendo que para o caso em testilha, não se enquadra nenhuma delas. Ao fim e ao cabo, a Ministra manifestou que o caráter experimental, contido na norma imperativa citada acima, diz respeito a incompatibilidade com “as normas de controle sanitário”, que sua eficácia não é reconhecida pela “comunidade científica”, portanto, a delimitação da prestação pela operadora por não se enquadrar nos ditames compreendidos pelo artigo 10, I, da Lei nº 9.656/98, via de consequência, sua regulamentação é ilegal, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, conforme disciplina o artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor<sup>209</sup>.

Nos estudos dos precedentes citados, deparamos com o argumento que a “prescrição do medicamento para uso *off label* não encontra vedação legal”, bem como que a operadora de plano ou seguro de saúde não insurge nos autos rebatendo que o uso do fármaco ocasionará mais malefícios ao consumidor, de maneira a torná-lo ineficaz.

Com efeito, torna-se cogente analisar os argumentos do Recurso Especial nº 1.729.566-SP, ainda mais porque possui um voto divergente, proporcionando uma visão mais sistêmica do tema. Constam como fatos relevantes, que a consumidora foi diagnosticada com a doença *trombocitemia essencial*, lhe sendo prescrito e fornecido o medicamento Hydrea<sup>210</sup>, porém, ao engra-

---

9.656/98. *Revista Magister de direito empresarial, concorrencial e do consumidor*. vol. 9, nº 54. Porto Alegre: Magister, dez./jan. 2013, p. 84.

<sup>209</sup> Citou os seguintes precedentes: a) Agravo de Instrumento no Agravo no Recurso Especial nº 1.277.663/MG, Terceira Turma, publicado no DJe: 27/09/2018; b) Agravo de Instrumento no Agravo no Recurso Especial nº 1.174176/SP, Quarta Turma, publicado no DJe: 27/06/2018; c) Agravo de Instrumento no Agravo no Recurso Especial nº 1.036.187/PE, Quarta Turma, publicado no DJe: 01/08/2017 e d) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 708.082/DF, Terceira Turma, publicado no DJe: 26/02/2016.

<sup>210</sup> De acordo com a bula: “HYDREA é indicado para o tratamento de leucemia (câncer de origem na medula óssea) mielocítica crônica resistente e melanoma (tumor maligno que deriva do melanócito – célula que produz a melanina). HYDREA, combinado com radioterapia, é também indicado para o tratamento de câncer de células escamosas primárias de cabeça e pescoço (com exceção dos lábios) e câncer de colo uterino”



vidar foi necessário substituir o medicamento para Peginterferon<sup>211</sup> Peguilado Alfa 2-A (Pegasys), este recusado a ser fornecido pela operadora. Buscou-se o medicamento no Sistema Único de Saúde, também não fornecido com a justificativa que o fármaco é disponibilizado para portadores de hepatites virais crônicas, não sendo a doença da consumidora. Primeira e segunda instâncias ordinárias julgaram procedente o pedido de fornecimento do medicamento às expensas da operadora. Irresignada, a operadora propôs o recurso especial, alegando, em síntese, delimitação da prestação com base na Lei nº 9.656/98 e sua regulamentação, bem como no contrato firmado entre partes e que não há controvérsia que o medicamento pretendido é *off label*, confirmado por ofício da ANIVISA nos autos, ocasionando a extensão de cobertura sem a devida contrapartida no valor dos prêmios. O Ministro Relator Luis Felipe Salomão inaugurou seu voto com o argumento que o direito à saúde está previsto na Constituição brasileira, como direito humano fundamental, sendo que em relação propriamente à saúde suplementar, a Lei nº 9.656/98 e sua regulamentação, acrescentam o arcabouço jurídico do “direito constitucional à saúde”, bem como às disposições do Código de Defesa do Consumidor. Manifestou que a Lei nº 12.842/13 atribui competência exclusiva do CFM para definir o caráter experimental, e não da ANS, sendo que o medicamento para uso *off label* acontece em situações peculiares, com integral risco do profissional habilitado que o prescreveu, afirmando que “havendo evidências científicas que o respaldem”, seu uso é aceito universalmente, para tanto, citou a Diretiva 2001/83/CE e, em seguida, o Enunciado nº 15 do CNJ-Saúde que estabelece “nos casos de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante” deve constar justificativa técnica que ampare o pedido, não cabendo, de forma genérica, ser vedado seu uso, mas sim, na estreita análise do caso concreto, eis que em sua grande maioria, a prescrição surge efeito para o paciente, apenas restando aprovação para respectiva finalidade.<sup>212</sup> Concluiu registrando que a operadora, em momento algum nas instâncias ordinárias, evidenciou

---

<sup>211</sup> De acordo com a bula: “Indicações de Pegasys: **Pegasys** (Peginterferon alfa-2a) é indicado para o tratamento de hepatite crônica C em: \_ pacientes não cirróticos; \_ pacientes cirróticos com doença hepática compensada.”.

<sup>212</sup> *Data vênia*, todo experimento tem uma trajetória, e antes de se chegar no estágio avançado de pesquisa ou de consagração, vários consumidores foram cobaias, na esperança da sobrevivência. Lado outro, quem ganha com isso são os laboratórios que não conseguem registrar seu medicamento para determinada doença e finalidade, mas, mesmo assim, os comercializam para diversas outras doenças, burlando o sistema de aprovação da ANVISA. Quanto ao médico prescritor, responderá perante seu órgão de classe ou, eventual ação judicial de reparação de danos.

que a farmacoterapia pretendida pela consumidora poderia lhe trazer risco a sua saúde ou não teria efeitos positivos no tratamento, precluindo seu direito de provar os fatos alegados, negando-se assim, provimento ao recurso especial.

Passe-se ao voto-vista divergente da Ministra Maria Isabel Gallotti, que centrou a decisão na controvérsia se o medicamento *off label* se enquadra como tratamento experimental, tornando-se lícita a delimitação da prestação para seu fornecimento, por força do artigo 10, I, da Lei nº 9.656/98. Apontou que o CFM admite prescrição de medicamento *off label*, mediante inteira responsabilidade do médico prescritor, mas não se pode aceitar que esta permissão não se caracteriza como tratamento experimental, pelo contrário, é ela, na sua realização que efetiva o tratamento ser considerado como experimental. Diferentemente dos votos analisados acima, entendeu a Ministra que a ANS cumpriu suas atribuições legais para edição das normas infralegais, respeitando as competências do CFM e da ANVISA, inclusive incorporando seus entendimentos na sua própria regulamentação<sup>213</sup>, especificamente sobre o tema, nos artigos 20 e 26 da Resolução Normativa nº 428/2017<sup>214</sup>. Prosseguindo, argu-

---

<sup>213</sup> No voto-vista a Ministra ressaltou sobre o tema envolvendo a saúde pública, a saber: “Anoto que, em 14.8.2013, foi editado pela Presidência da República o Decreto 8.077, que autorizou a Anvisa a emitir autorização de fornecimento, pelo SUS, de medicamento destinado ao tratamento de enfermidade diversa da aprovada no registro da autarquia, desde que houvesse solicitação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS – Conitec, que deveria demonstrar a eficácia e a segurança da utilização do medicamento ou produto para o fim pretendido, nos termos do art. 21.” Destacou a inserção desta disposição, em todas as edições das Resoluções da ANS que disciplinam a atualização do Rol de Procedimentos e Eventos obrigatórios para cobertura pelas operadoras, a última até o julgamento era a RN nº 428/17. Atualmente, rege-se pela RN nº 465/2021.

<sup>214</sup> “**Art. 20.** A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no art. 10 da Lei nº 9.656, de 1998. § 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais: I – tratamento clínico ou cirúrgico experimental, isto é, aquele que: a) emprega medicamentos, produtos para a saúde ou técnicas não registrados/não regularizados no país; b) é considerado experimental pelo Conselho Federal de Medicina – CFM ou pelo Conselho Federal de Odontologia – CFO; ou c) não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label), ressalvado o disposto no art. 26; **Parágrafo único.** As comunicações de que trata o caput deverão ser disponibilizadas em formato acessível, respeitando-se as especificidades dos beneficiários que se apresentem na condição de pessoa com deficiência, em especial as com deficiência visual e/ou auditiva. **Art. 26.** As operadoras deverão garantir a cobertura de medicamentos e de produtos registrados pela ANVISA, nos casos em que a indicação de uso pretendida seja distinta daquela aprovada no registro daquela Agência, desde que: I – a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC tenha demonstrado as evidências científicas sobre a eficácia, a

mentou que obrigar a operadora a “fornecer qualquer tratamento”, inclusive os experimentais, fará com que os custos se elevem impactando no equilíbrio financeiro e atuarial<sup>215</sup>. Finalizou dando provimento ao recurso interposto pela operadora, por incidência do artigo 10, I da Lei nº 9.656/98 e art. 4º, III, da Lei 9.961/2000.

Diante do empate, pediu vista o Ministro Marco Buzzi, que começou pontuando sua divergência quanto à competência exclusiva do CFM em disciplinar sobre tratamento experimental, entendendo que a Lei nº 12.842/13, “restringe-se à possibilidade de prescrição pelos profissionais da medicina”, e não tem o condão de autorizar ou vedar o uso do *off label*, cabendo sim à ANS estabelecer, por regulamentação, a definição de “tratamento clínico ou cirúrgico experimental”, previsto no artigo 10, I da Lei nº 9.656/98. Todavia, advertiu que o órgão regulador “não pode conferir interpretação que enfraqueça demasiadamente a eficácia do direito fundamental à saúde, reduzindo-o aquém do mínimo existencial que necessariamente conforma esse preceito enquanto manifestação da dignidade da pessoa humana”. No seu entendimento, *off label* e *tratamento experimental* são distintos<sup>216</sup>, sendo que a inclusão de medicamentos *off label* como padrão de limitação por considerá-lo como tratamento experimental invade a autonomia do profissional habilitado em prescrever o fármaco e abafa acentuadamente o “direito à saúde do consumidor”, violando a finalidade essencial do contrato de plano ou seguro de saúde. Enfatizou que a ANS extrapolou no seu poder regulamentador, ao restringir direitos dos consumidores à cobertura do medicamento *off label* em desarmonia com

---

acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento ou do produto para o uso pretendido; e II – a ANVISA tenha emitido, mediante solicitação da CONITEC, autorização de uso para fornecimento, pelo SUS, dos referidos medicamentos e produtos, nos termos do art. 21 do Decreto nº 8.077, de 14 de agosto de 2013.” Atualmente, vigora a Resolução Normativa, nº 465/201, com o mesmo texto, porém nos artigos 17 e 24.

<sup>215</sup> A Ministra citou os precedentes que corroboram com a necessidade de preservar o equilíbrio financeiro e atuarial: (i) Recurso Especial nº 1.663.141-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/08/2017, publicado no DJe em 08/08/2017; (ii) Recurso Especial nº 1.568.244-RJ, Segunda Seção, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, publicado em 19.12.2016 e (iii) Recurso Especial nº 1.692.179-SP, Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, publicado no Diário da Justiça no dia 15/12/2017.

<sup>216</sup> Nas palavras do Ministro: “*vale lembrar que uso off label de medicamentos e tratamento experimental não se equivalem, principalmente quando se consideram seus propósitos, porquanto, no caso do primeiro, o objetivo é propiciar a um paciente específico o melhor tratamento possível enquanto, no segundo, a intenção é a produção de conhecimento científico de forma geral e abrangente.*”.

o arcabouço jurídico de proteção à saúde. Adverte-se, que esse argumento foi o mesmo utilizado pela Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 1.721.705-SP analisado acima, portanto, apresentam a plena convicção que o medicamento *off label* já está amplamente testado, somente não possuem o devido registro para aquela indicação, não se enquadrando na definição de tratamento experimental, o qual está relacionado a pesquisa científica. Ponderou que a não cobertura inviabiliza o acesso ao medicamento, eis que o SUS também vem negando o fornecimento, suprimindo o direito à saúde, porém, relativiza esse argumento afirmando que a premissa é a não vedação absoluta, haja vista o excesso normatizador do órgão regulador, cabendo ao Poder Judiciário, no caso concreto, com auxílio de estudos clínicos (medicina baseada em evidências) e perícias, ser convencido que a farmacoterapia prescrita é, naquele momento, o tratamento mais adequado para a recuperação do consumidor. Com esses fundamentos, estabeleceu o controle incidental determinando que a operadora forneça o medicamento *off label*.

Essa permissividade pelo Poder Judiciário contribui para que os laboratórios não realizem o devido processo administrativo para registro do fármaco a ser utilizado em outras doenças, burlando por completo o sistema de venda de medicamento.

Difícilmente o consumidor ou seu representante, não irá consentir a farmacoterapia sugerida pelo médico assistente, pois a sua relação não é só de confiança e sim de dependência, almejando a sobrevida.

Como alternativa para a desjudicialização, caberia proposta legislativa de alteração da Lei nº 9.656/98, incluindo na atual redação do inciso V, do artigo 10, de maneira expressa “e *off label*”, estabelecendo na norma imperativa o comando assertivo que impossibilite essa forma de prescrição a ser custeado pelas operadoras.

#### *3.3.2.4. Interrupção de tratamento de terapia ou psicoterápico por extrapolar o número de sessões anuais*

O pressuposto de validade do controle incidental foi definido na própria tese, que consiste, “*Há abusividade em cláusula contratual ou ato de operadora de plano de saúde que importe em interrupção de tratamento de terapia ou de psicoterápico por esgotamento do número de sessões anuais asseguradas no rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS, visto que se revela incompatível com a equidade e com a boa-fé, colocando o usuário em desvantagem exagerada.*”, por-

tanto, em clara alusão ao artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Foi firmada com base em dois acórdãos<sup>217</sup> e uma decisão monocrática<sup>218</sup>. Antes de adentrar na análise dos julgados, cumpre evidenciar a previsão infralegal, normatizada pela ANS, que versa sobre a quantidade de sessões obrigatórias que as operadoras de plano ou de seguro de saúde devem disponibilizar para os consumidores. Na Lei nº 9.656/98 não consta dispositivo específico sobre cobertura genérica de quantitativo ilimitado de sessões, há previsão (art. 10, §4º) para que a ampliação de coberturas seja definida pela ANS. A Resolução Normativa nº 465/2021 contempla a última versão atualizada do “Rol da ANS”, restando assegurada a cobertura de sessões com fonoaudiólogo, terapeuta ocupacional, psicólogo e de psicoterapia, de acordo com o número de sessões estabelecido no Anexo. Consultando o Anexo II, Diretrizes de Utilização, deparou-se com o detalhamento das regras impostas pela ANS, que de maneira mais didática, destacamos assim: (i) fonoaudiólogo – 24 sessões, 48 sessões ou 96 sessões, por ano de contrato, a depender dos critérios<sup>219</sup>; (ii) psicólogo –

---

<sup>217</sup> 1) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.796.197-RN, Relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/09/2019, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 04/09/2019 e 2) Recurso Especial nº 1.679.190-SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26/09/2017, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 02/10/2017. Constam dos julgados os seguintes precedentes: a) Recurso Especial nº 1.642.255-MS de 17/04/2018, b) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.219.394-BA de 07/02/2019, c) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.333.824-DF de 05/02/2019, d) Recurso Especial nº 1.679.190-SP de 26/09/2017, e) Agravo Interno nos Embargos Declaratórios no Agravo no Recurso Especial nº 1.028.079-MG, f) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.057.609-CE de 26/04/2016, g) Agravo Interno no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.622.150-PR de 18/08/2017, h) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.533.684-SP de 21/02/2017 e i) Recurso Especial nº 1.566.062/RS 01/07/2016.

<sup>218</sup> Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.593.643-SP, Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 07/02/2020, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 11/02/2020. Citou como precedentes: a) Recurso Especial nº 1.642.255-MS de 20/04/2018 e b) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.432.075-SP de 16/05/2019 (que citou os seguintes precedentes terciários: (i) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.219.394/BA; (ii) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.014.782/AC; (iii) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.333.824/DF; (iv) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.349.647/RJ; (v) Recurso Especial nº 1.642.255/MS; (vi) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.685.177/SP e (vii) Recurso Especial nº 1.679.190/SP.

<sup>219</sup> “1. Cobertura mínima obrigatória de **24 sessões**, por ano de contrato, quando preenchido pelo menos um dos seguintes critérios: a. taquifemia [linguagem precipitada] (CID F.98.6); b. pacientes com fenda palatina, labial ou lábio palatina (CID Q35, Q36 e Q37); c. pacientes portadores de anomalias dentofaciais (CID K07); d. pacientes com trans-

---

tornos hipercinéticos – TDAH (CID F90); e. dislexia e outras disfunções simbólicas, não classificadas em outra parte (CID R48); f. pacientes com apnéia de sono (G47.3); g. pacientes com queimadura e corrosão da cabeça e pescoço (T-20); h. pacientes com queimadura e corrosão do trato respiratório (T-27); i. pacientes com queimadura de boca e da faringe (T-28.0); j. pacientes com disфонia não crônica (CID R49.0). 2. Cobertura mínima obrigatória de **48 sessões**, por ano de contrato, quando preenchido pelo menos um dos seguintes critérios: a. pacientes com gagueira [tartamudez] (CID F.98.5); b. pacientes com transtornos específicos do desenvolvimento da fala e da linguagem e transtorno não especificado do desenvolvimento da fala ou da linguagem (CID F80); CID F80.1; CID F80.2; CID F80.9); c. pacientes com disfagia nos casos onde haja dificuldade na deglutição comprometendo e/ou impedindo a alimentação por via oral do paciente (CID R13); d. pacientes portadores de um dos seguintes diagnósticos: disartria e anartria; apraxia e dislexia (CID R47.1; R48.2 e R48.0); e. pacientes com disфонia causada por paralisia das cordas vocais e da laringe), pólipos das cordas vocais e da laringe, edema na laringe, presença de laringe artificial, neoplasia benigna da laringe), carcinoma in situ da laringe, doenças das cordas vocais e da laringe e outras doenças de corda vocal (CID J38.0; CID J38.1; CID J38.4; CID Z96.3; CID D14.1; CID D02.0; CID J.38; CID J38.3); f. pacientes com perda de audição (CID H90 e H91) nos quais seja caracterizada deficiência auditiva como perda auditiva bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz mediante o disposto no capítulo II do Decreto nº 5.296 de 2 de dezembro de 2004; g. pacientes portadores de retardo mental leve com transtorno de fala (CID F70) e retardo mental não especificado com transtorno de fala (CID F79). 3. Cobertura mínima obrigatória de **96 sessões**, por ano de contrato, quando preenchido pelo menos um dos seguintes critérios: a. pacientes portadores de Implante Coclear; b. pacientes portadores de Prótese Auditiva Ancorada no Osso; c. pacientes com transtornos específicos do desenvolvimento da fala e da linguagem e transtornos globais do desenvolvimento – Autismo (CID F84.0; CID F84.1; CID F84.3; F84.5; CID F84.9.” Importante registrar, para esse item, o seguinte Comunicado: “Por força das sentenças proferidas nos autos das Ações Cíveis Públicas nº 1005197-60.2019.4.01.3500 e nº 1004183-52.2020.4.01.3000, estão suspensas as limitações de número de sessões previstas nesta Diretriz de Utilização – DUT, uma vez indicadas pelo médico assistente, para todos os beneficiários de planos regulamentados portadores do Transtorno do Espectro Autista (TEA) dos Estados de Goiás e Acre.”

12<sup>220</sup> sessões ou 40<sup>221</sup> sessões, por ano de contrato; mediante preenchimento dos critérios; (iii) terapeuta ocupacional – 12 sessões ou 40 sessões, por ano de contrato, conforme critérios<sup>222</sup>; (iv) psicoterapia – 18 sessões, por ano de contrato, conforme critérios<sup>223</sup>. Não há limitações quando o consumidor está em regime de internação hospitalar (art. 19, inciso V). Na prática, a operadora autoriza a realização das sessões baseada nas diretrizes estabelecidas pelo órgão regulador, com o seu término, o consumidor necessitando da continuidade do tratamento, de acordo com a prescrição do profissional habilitado, se sente

---

<sup>220</sup> “a. pacientes candidatos a cirurgia de esterilização feminina e que se enquadram nos critérios estabelecidos na Diretriz de Utilização do procedimento: Cirurgia de Esterilização Feminina (Laqueadura Tubária / Laqueadura Tubária Laparoscópica); b. pacientes candidatos a cirurgia de esterilização masculina e que se enquadram nos critérios estabelecidos na Diretriz de Utilização do procedimento: Cirurgia de Esterilização Masculina (Vasectomia); c. pacientes candidatos a gastroplastia e que se enquadram nos critérios estabelecidos na Diretriz de Utilização do procedimento: Gastroplastia (Cirurgia Bariátrica) por videolaparoscopia ou por via laparotômica; d. pacientes candidatos a cirurgia de implante coclear e que se enquadram nos critérios estabelecidos na Diretriz de Utilização do procedimento: Implante Coclear; e. pacientes ostomizados e estomizados e que se enquadram nos critérios estabelecidos no Protocolo de Utilização do procedimento: Fornecimento de Equipamentos Coletores e Adjuvantes para Colostomia, Ileostomia e Urostomia, Sonda Vesical de Demora e Coletor de Urina.”

<sup>221</sup> “a. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de esquizofrenia, transtornos esquizotípicos e transtornos delirantes (CID F20 a F29); b. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos globais do desenvolvimento (CID F84); c. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos da alimentação (CID F50); d. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos do humor (CID F31, F33). Mesmo critério para 40 sessões com terapia ocupacional.”

<sup>222</sup> “a. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de demência (CID F00 à F03); b. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de retardo (CID F70 à F79); c. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos específicos do desenvolvimento (CID F82, F83); d. pacientes com disfunções de origem neurológica (CID G00 a G99); e. pacientes com disfunções de origem traumato/ortopédica e reumatológica (CID M00 A M99)”

<sup>223</sup> “a. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos neuróticos, transtornos relacionados com o “stress” e transtornos somatoformes (CID F40 a F48); b. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de síndromes comportamentais associadas a disfunções fisiológicas e a fatores físicos (CID F51 a F59); c. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos do comportamento e emocionais da infância e adolescência (CID F90 a F98); d. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos do desenvolvimento psicológico (CID F80, F81, F83, F88, F89); e. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos do humor (CID F30 a F39); f. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos mentais e comportamentais devido ao uso de substâncias psicoativas (CID F10 a F19); g. pacientes com diagnóstico primário ou secundário de transtornos específicos de personalidade. (CID F60 a F69).”

obrigado a arcar com as despesas diretamente, caso possua condições financeiras, não possuindo ou não concorde com a regra prevista no contrato, acaba por culminar na judicialização.

O Recurso Especial nº 1.679.190-SP, por ser o precedente mais citado pelos outros julgados, será analisado para melhor compreensão dos argumentos que subsidiaram a conclusão da tese. Apesar da discussão fática ter iniciado em virtude da delimitação da prestação de doze sessões de psicoterapia, seu desenvolvimento argumentativo serve para as demais terapias. Da *anamnese* dos fatos, tem-se que a consumidora ajuizou ação para obter autorização de quarenta sessões de psicoterapia, em virtude do seu diagnóstico (CID F.32), eis que a operadora liberou doze sessões, conforme previsto contratualmente, e com respaldo, à época, da Resolução Normativa 228/2013 da ANS. O juiz<sup>224</sup> concedeu a tutela antecipada e confirmou na sentença o fornecimento de todas as sessões necessárias prescritas pelo médico. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o recurso de apelação, negou provimento<sup>225</sup>. Irresignada, ajuizou recurso especial para o STJ, alegando, em síntese, que a cláusula está redigida de forma clara e precisa, atendendo, também, a regra da ANS e, que não é razoável ter que arcar de forma ilimitada com as sessões prescritas. O Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cuevas enfatizou que a relação jurídica existente entre as partes é de consumo, cabendo uma interação entre a Lei nº 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor, porque está em discussão “bens sensíveis”, devendo o contrato assegurar eventual e devido tratamento. Pontuou que, antes da Lei nº 9.656/98, a maioria dos contratos não continha previsão de cobertura para doença mental, hoje é obrigatória<sup>226</sup>, e com a atualização do “Rol da ANS”, por meio da Resolução Normativa nº

---

<sup>224</sup> Argumento principal do juiz: “(...) não é o plano de saúde quem estipula o tempo de terapia necessária, mas sim a prescrição médica diante da situação do paciente, que pode variar para prazo menor ou maior”.

<sup>225</sup> “Abuso na recusa baseada em restrição contratual e também na RN nº 338/2013 da ANS que fere a razoabilidade e desrespeita as peculiaridades de cada paciente. Reconhecimento da obrigação da ré de fornecer o tratamento, independente da limitação genérica constante de cláusula contratual”.

<sup>226</sup> “Até 1998, a atenção aos transtornos mentais estava excluída da quase totalidade dos contratos das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde no Brasil. A partir da promulgação da Lei 9.656/98, a cobertura passou a ser obrigatória a todos os contratos celebrados a partir de janeiro de 1999 ou nos planos antigos que foram adaptados em consonância com a Lei.” SILVA, Paulo Fagundes da e COSTA, Nilson do Rosário. Saúde Mental e os Planos de Saúde no Brasil. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. vol. 16, nº 12. Rio de Janeiro: Abrasco, 2011.



387/2015, ampliou-se para dezoito<sup>227</sup> sessões, porém, considera um *número exíguo*, baseado na solicitação do Conselho Federal de Psicologia<sup>228</sup>, sendo que a delimitação da prestação culminará na cessação do tratamento, afetando a recuperação mental do consumidor, violando-se assim, “os princípios consumeristas e a atenção integral à saúde”. Evidenciou, citando precedentes<sup>229</sup>, que

---

<sup>227</sup> O *Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde* foi atualizado por mais duas vezes, sendo que este item continua com a mesma diretriz, ou seja, com 18 (dezoito) sessões, conforme Resolução Normativa, nº 465/2021 – Anexo II.

<sup>228</sup> “(...) *Considerando esses dados, é válido notar que as pesquisas citadas neste documento descrevem, na maioria das vezes, o número de cobertura mínimo necessário para se obter quaisquer resultados positivos. Exemplificam-se 16 semanas de tratamento para pacientes com dificuldades pós-puerperais, 12 meses para controlar surtos esquizofrênicos, 2 anos para pacientes cardíacos, entre outros. Os procedimentos psicológicos passam, portanto, peremptoriamente pela quantidade do tempo que o psicólogo e o paciente têm para abordar determinada demanda. A eficácia de um procedimento psicológico, por enfatizar a relação interpessoal, independentemente da abordagem psicológica, permeia o estabelecimento de aspectos subjetivos como confiança, empatia, vínculo e respeito. O estabelecimento de um limite de tempo, por si só, coloca-se como verdadeiro óbice na construção desses elementos, essenciais para galgar resultados positivos em atendimentos psicológicos na área da saúde. Além de não levar em consideração esses aspectos da subjetividade humana, um limite de atendimentos psicológicos não planejados de forma embasada pelo paciente e o psicólogo pode constituir sérios impedimentos de se alcançar resultados satisfatórios com pacientes com transtornos de personalidade, por exemplo. Há de se considerar, igualmente, que além destes, há vários outros padrões de patologias, cujos prognósticos não são promissores, que demandam atendimento constante e, talvez, ilimitado. Não bastasse a realidade oferecida pelos planos de saúde distar drasticamente da necessidade da praxe dos profissionais de Psicologia, restringe, ainda, ao número irrisório de doze sessões de atendimento por ano para várias patologias da CID-10. É necessário que se esclareça os motivos de um plano de saúde considerar doze sessões suficientes para tratar de pacientes com diagnóstico de transtorno de desenvolvimento psicológico (CID F 80, 81, 83, 88 e 89), por exemplo. De que modo seria possível auxiliar eficazmente uma criança a superar enurese noturna nesse lapso de tempo? (CID F98). Essa idiosincrasia anacrônica dos planos de saúde no Brasil distancia-se, mesmo, dos serviços de saúde pública no país. Dignos de evidência são os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), que levam devidamente em consideração essa necessidade de não impor limites a atendimentos psicológicos, reconhecendo assim a individualidade de cada usuário do sistema de saúde e as diversas formas que cada patologia pode assumir, a depender do contexto.*” Disponível em: [http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/camara\\_tecnica/2013\\_gt\\_revis\\_ao\\_rol/20130506\\_doc8\\_contribucpf-psicologia.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/camara_tecnica/2013_gt_revis_ao_rol/20130506_doc8_contribucpf-psicologia.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021 (grifos nosso).

<sup>229</sup> Agravo Interno no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.622.150/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 18/08/2017 e Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.533.684/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 21/02/2017.

o STJ firmou jurisprudência na linha de que cabe ao médico ou profissional habilitado estabelecer a melhor terapêutica da doença coberta, não podendo haver limitação do número de sessões por parte da operadora. Entretanto, na busca da justiça contratual, entendeu que para as sessões excedentes, ao número mínimo estabelecido pelo órgão regulador, pode incidir a coparticipação<sup>230</sup>, para inibir o “prolongamento em demasia” da terapia, bem como “restabelecer o equilíbrio contratual”<sup>231</sup>, afirmando que as sessões excedentes não fizeram parte do cômputo atuarial, evitando-se com isso a onerosidade excessiva. Por fim, deu parcial provimento, explicando que não pode ocorrer prejuízo na reabilitação do consumidor, em virtude da cláusula delimitativa da prestação, e que as sessões remanescentes serão custeadas entre as partes, mediante a implantação da coparticipação, a qual terá como referência o percentual de contribuição já previsto no contrato para a internação psiquiátrica.

O Poder Judiciário ao não admitir como legais as regras delimitação da prestação de sessões de terapias em geral criadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) gera mais um conflito entre o Estado Juiz e o Estado Regulador. Diga-se, com isso, que o consumidor ao reclamar nos canais de relacionamento com a ANS receberá a informação que a operadora de plano ou seguro de saúde não violou as suas normas, conseqüentemente, não abri-

---

<sup>230</sup> Conforme transcrito no precedente Recurso Especial nº 1.566.062-RS (DJe, 01/07/2016): “(...) *A coparticipação pode ser definida como um gênero de que a franquia e os limites financeiros das coberturas seriam espécies. A franquia é instituto típico do direito securitário e pode ser vista como uma das medidas inibitórias das condutas descuidadas ou pródigas dos segurados, dos credenciados e referenciados. Sabendo que parte do custo da cobertura do seguro será carregada ao patrimônio do usuário, é certo que ele e seus dependentes serão mais parcimoniosos no uso das coberturas. A contratação de alguma forma de coparticipação também implica a diminuição do custo do seguro ou da mensalidade do plano. A participação do segurado ou do usuário do plano não pode ser tão elevada que se constitua um entrave à utilização ou empeco ao acesso do segurado aos tratamentos estipulados.*” (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde**: comentada artigo por artigo, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 161 – grifou-se). Registre-se que a Lei nº 9.656/98, especificamente no artigo 16, inciso VIII, permite a inclusão de cláusula contratual sobre coparticipação, desde que indicados com clareza.

<sup>231</sup> Nesse sentido, o julgado Recurso Especial nº 1.642.255-MS: “Se por um lado, impor ao consumidor o pagamento integral representa desvantagem exagerada, por outro lado, impor exclusivamente à operadora de plano de saúde importa perigoso desequilíbrio financeiro, entre prestações e contraprestações. (...) “Valoriza-se, a um só tempo, a continuidade do saudável e consciente tratamento do paciente enfermo sem impor à operadora o ônus irrestrito de seu financiamento, utilizando-se a prudência como fator moderador de utilização dos serviços prestados de atenção à saúde.”.

rá processo administrativo sancionatório. Percebe-se que não há intenção do órgão regulador alterar suas regras, eis que entrou em vigor, no dia 1º de abril de 2021, a atualização do “Rol da ANS”, através da Resolução Normativa nº 465/2021, sem qualquer modificação em relação as anteriores. Com efeito, a judicialização continuará a existir, movimentando a máquina pública judicial e regulatória, com desperdício de dinheiro, mão-de-obra e tempo, bem como somente será favorecido o consumidor que tiver acesso à justiça. A indicação, como possível resolução para a justiça contratual, baseada na implementação da coparticipação das sessões remanescentes é um caminho a ser trilhado pelo mercado de saúde suplementar, pois permitirá constar dos cálculos atuariais para a precificação do prêmio, além de evitar custas judiciais, honorários advocatícios e indenização por danos extrapatrimoniais. Lado outro, é da competência da ANS estudar, avaliar e atualizar o “Rol da ANS”, portanto, sua opinião é de extrema relevância, contudo, não se pode valer somente da manifestação do Conselho de classe que, salvo sua ética e responsabilidade, tem muito interesse no alargamento das sessões em benefício dos seus profissionais associados.

Pertinente fazer uma breve contextualização sobre a discussão no julgado Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.432.075-SP, tendo como suporte fático, uma criança de dez anos diagnosticada como portadora de “Transtorno do Espectro Autista”, lhe sendo prescrito *tratamento psicológico por método denominado A.B.A (Applied Behavior Analysis ou Análise do Comportamento Aplicada)*, e ainda, sessões de fonoaudiologia, terapia ocupacional, “musicoterapia”, “equoterapia” e “hidroterapia”. A recusa da operadora em custear o tratamento foi baseada no artigo 10, I da Lei nº 9.656/98 por considerá-lo como tratamento experimental, não reconhecido pela ANS, além das limitações das sessões já imputadas anteriormente. Chama-se à atenção, que além das terapias tradicionalmente rechaçadas pelo Poder Judiciário, especificamente por causa da limitação do número de sessões, tem-se também novo método e novas formas terapêuticas (*musicoterapia, equoterapia e hidroterapia*) que estão sendo concedidas pelo STJ sob o argumento principal de que “à luz do Código de Defesa do Consumidor, devem ser reputadas como abusivas as cláusulas que nitidamente afetam de maneira significativa a própria essência do contrato, impondo restrições ou limitações aos procedimentos médicos, fonoaudiológicos e hospitalares (v.g. limitação do tempo de internação, número de sessões de fonoaudiologia, entre outros) prescritos para doenças cobertas

nos contratos de assistência e seguro de saúde dos contratantes”<sup>232</sup>. É nítido o alargamento da cobertura, sem a devida contraprestação, sendo que a solução possível para mitigar a judicialização passa pela alteração legislativa, no que tange ao reconhecimento do “Rol da ANS” como obrigação imperativa, e não como mínimo legal, para o empreendedor que queira atuar no mercado de saúde suplementar não ser compelido a arcar com o custeio de forma integral de toda e qualquer cobertura assistencial mediante prescrição do médico ou profissional habilitado.

### 3.3.3. *Entendimento favorável às operadoras*

Nos estudos apresentados até este momento foi crível abarcar que o STJ tem posicionamento dominante a favor do consumidor, prestigiando a prescrição do médico ou profissional habilitado, ampliando as coberturas não previstas pelo órgão regulador ou não concordando com as delimitações por ele impostas, por entender serem abusivas ou porque contrariam a finalidade do contrato. Entretanto, na última edição do Jurisprudência em tese – Plano de Saúde III, publicou-se uma tese favorável às operadoras de planos ou seguradoras de saúde, sobre a qual serão cunhadas algumas reflexões para compreensão dos pressupostos de validade utilizados no controle incidental que descaracterizam a ilicitude. Na mesma edição firmou a tese<sup>233</sup> que “as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA”. Entretanto, o fez porque o Supremo Tribunal Federal manifestou sobre esse tema nas ações contra o Poder Público. Entende-se como um avanço para o mercado de saúde suplementar e para as políticas públicas de

---

<sup>232</sup> Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.219.394/BA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 7/2/2019, publicado no DJe: 19/2/2019.

<sup>233</sup> No informativo “Jurisprudência em teses” do STJ consta os acórdãos que sustentam a tese, a saber: a) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.810.369/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/02/2020 e publicado no DJe: 19/02/2020, b) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.458.353/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 02/12/2019 e publicado no DJe: 05/12/2019; c) Agravo Interno nos Embargos Declaratórios no Agravo no Recurso Especial nº 845.302/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 29/10/2019 e publicado no DJe: 19/11/2019; d) Agravo Interno nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 1.654.572/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 04/11/2019 e publicado no DJe: 11/11/2019 e e) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.423.148/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 30/09/2019 e publicado no DJe: 04/10/2019.

assistência à saúde, pois nos dois cenários eram compelidos a arcarem com os custos de medicamentos sem registro, haja vista na sua quase totalidade prevalecer, na visão do Poder Judiciário, que o médico que acompanha seu paciente é quem sabe o melhor tratamento que ele precisa, não levando em consideração a medicina baseada em evidências.

Far-se-á, também, algumas anotações sobre a consolidação, após decorridos mais de vinte anos, do entendimento sobre a não aplicação da Lei nº 9.656/98 aos contratos firmados antes da sua vigência.

### 3.3.3.1. Cobertura financeira do tratamento de fertilização **in vitro**

De partida, a tese firmada diz que “*A operadora de plano de saúde não está obrigada a proceder a cobertura financeira do tratamento de fertilização in vitro requerido pela beneficiária, na hipótese de haver cláusula contratual de exclusão, uma vez que tal procedimento não se confunde com o planejamento familiar de cobertura obrigatória, nos termos do inciso III do art. 35-C da Lei n. 9.656/1998*”. O planejamento familiar tem previsão expressa na Constituição da República brasileira, especificamente no §7º do artigo 226, sendo de livre decisão do casal, determinando ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. A regulamentação deste direito subjetivo foi concretizada por meio da Lei nº 9.263/96, voltada plenamente para o Sistema Único de Saúde, inclusive por não existir a Lei nº 9.656/98 e nem a ANS, criada somente no ano de 2000. Registre-se<sup>234</sup>, que mesmo com o advento da Lei nº 9.656/98 não constou nenhuma menção ao planejamento familiar, contudo, no inciso III, do art. 10, foi permitido às operadoras delimitar a prestação de inseminação artificial. Todavia, em 2009, publicou-se a Lei nº 11.935, incluindo o inciso III no artigo 35-C, da Lei nº 9.656/98 a obrigatoriedade de cobertura nos casos de planejamento familiar. Com efeito, a ANS editou a Resolução Normativa nº 192/2009, explicitando a abrangência da cobertura sobre planejamento familiar, que depois foi revogada, eis que

---

<sup>234</sup> Registre-se, também, que consta no atual Código Civil brasileiro, em vigor a partir de janeiro de 2004, o seguinte dispositivo: Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. (...) § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”

seu conteúdo foi todo incorporado na Resolução Normativa nº 211/2010, e em todas as sucessivas resoluções, que versam sobre o “Rol da ANS”<sup>235</sup>. Em momento algum constou dos normativos infralegais qualquer menção a cobertura obrigatória da *fertilização in vitro*, baseada na delimitação legal da inseminação artificial. Ambos os tratamentos visam possibilitar que, mesmo uma pessoa acometida da doença infertilidade, possa conseguir realizar a reprodução humana, constituir uma família, diferenciando uma da outra pela técnica de como os óvulos são fecundados, sendo que a inseminação é consideravelmente mais barata que a fertilização *in vitro*. Cumpre afirmar que ambos podem ser realizados pelo Sistema Único de Saúde, mediante a espera de uma fila de pedidos.

---

<sup>235</sup> A última vigente é a Resolução Normativa nº 465/2021, que consagra: “Art. 4º Para fins do disposto nesta Resolução Normativa, são estabelecidas as seguintes **definições**: (...) VII – **no que refere às ações e planejamento familiar**, considera-se: a) planejamento familiar: conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal; b) concepção: fusão de um espermatozoide com um óvulo, resultando na formação de um zigoto; c) anti-concepção: prevenção da concepção por bloqueio temporário ou permanente da fertilidade; d) atividades educacionais: são aquelas executadas por profissional de saúde habilitado mediante a utilização de linguagem acessível, simples e precisa, com o objetivo de oferecer aos beneficiários os conhecimentos necessários para a escolha e posterior utilização do método mais adequado e propiciar a reflexão sobre temas relacionados à concepção e à anticoncepção, inclusive à sexualidade, podendo ser realizadas em grupo ou individualmente e permitindo a troca de informações e experiências baseadas na vivência de cada indivíduo do grupo; e) aconselhamento: processo de escuta ativa que pressupõe a identificação e acolhimento das demandas do indivíduo ou casal, relacionadas às questões de planejamento familiar, prevenção das doenças sexualmente transmissíveis/síndrome da imunodeficiência adquirida – dst/aids e outras patologias que possam interferir na concepção/parto; f) atendimento clínico: aquele realizado após as atividades educativas, incluindo anamnese, exame físico geral e ginecológico para subsidiar a escolha e prescrição do método mais adequado para concepção ou anticoncepção; e g) inseminação artificial: técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, entre outras técnicas.

(...)

Art. 9º As **ações de planejamento familiar** de que trata o inciso III do art. 35-C da Lei n.º 9.656 de 1998, devem envolver as atividades de educação, aconselhamento, contracepção e atendimento clínico previstas nos Anexos desta Resolução Normativa.

(...)

Art.18 – Plano Ambulatorial (...) VI – **ações de planejamento familiar, listadas no Anexo I desta Resolução Normativa**, para segmentação ambulatorial;”

Feitos estes esclarecimentos preliminares, passa-se a explicitar os argumentos e fundamentos que motivaram as duas Turmas de Direito Privado do STJ considerarem que o tratamento denominado fertilização *in vitro* prescrito pelo médico, da doença infertilidade prevista no contrato, ao possuir cláusula expressa de delimitação da prestação não é considerada abusiva. A tese teve como base seis julgados<sup>236</sup>, sendo citado por eles mais quinze<sup>237</sup> julgados diferentes, todos analisados para auxiliar na compreensão do tema. Destaca-se na pesquisa o fato que todos os julgados principais são de peças processuais denominadas de Agravo Interno no Recurso Especial ou Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial, ingressadas pelos consumidores, isto porque, conseguiu-se identificar que nas instâncias ordinárias o pedido de custeio ou reembolso do tratamento fertilização *in vitro* foi julgado procedente<sup>238</sup>, portanto, a inter-

---

<sup>236</sup> 1) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.835.797/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 04/02/2020, publicado no DJe: 13/02/2020; 2) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.524.177/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 09/12/2019, publicado no DJe: 12/12/2019; 3) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.808.176/SP, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 25/11/2019, publicado no DJe: 29/11/2019; 4) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.808.166/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 30/09/2019, publicado no DJe: 07/10/2019; 5) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.395.187/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 30/09/2019, publicado no DJe: 03/10/2019 e 6) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.803.712/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/08/2019, publicado no DJe: 30/08/2019.

<sup>237</sup> 1) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.247.888/MS; 2) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.718.594/SP; 3) Recurso Especial nº 1.780.022/CE; 4) Recurso Especial nº 1.692.179/SP; 5) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.748.518-DF; 6) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.788.114-SP; 7) Recurso Especial nº 1.590.221/DF; 8) Agravo Recurso Especial nº 1.391.863/SP; 9) Recurso Especial nº 1.731.364/SP; 10) Recurso Especial nº 1.795.867; 11) Recurso Especial nº 1.790.368-SP; 12) Recurso Especial nº 1.759.667-SP; 13) Agravo Recurso Especial nº 1.433.040-SP; 14) Recurso Especial n.º 1.696.438 e 15) Recurso Especial n.º 1.731.295.

<sup>238</sup> Da leitura atenta dos julgados que trouxeram os argumentos dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça, pode-se concluir que são os mesmos amplamente utilizados pelo Ministros para decidir favoravelmente ao consumidor em outros temas já expostos, mas não aplicaram para esse tema, pelo contrário, julgaram a favor da operadora. Exemplificando, veja no Recurso Especial nº 1.790.368-SP: “*Ora, a patologia que acomete a autora, qual seja, infertilidade, está listada na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde. Assim, estando o procedimento de fertilização in vitro intimamente ligado com a infertilidade que acomete a autora e sendo o único tratamento indicado pelo corpo clínico que a assiste para viabilizar a reprodução, este deve ser custeado pela ré. Ademais, ainda que a Lei 9656/98 exclua de cobertura o procedimento, em seu artigo 10, inciso III, tem-se que o art. 35- C, que foi incluído pela Lei n. 11.935/2009, assevera ser obrigatória a*

posição do Recurso Especial foi realizado pela operadora de plano ou seguro de saúde, que conseguiu reverter<sup>239</sup> por meio das decisões monocráticas dos Ministros. Indignados, os consumidores tentaram retorno do *status a quo*, mas não lograram êxito, mantendo-se a decisão monocrática proferida pelo STJ.

Retornando ao enunciado da tese, o STJ destacou que a fertilização *in vitro* não se confunde com planejamento familiar, este sim de cobertura obri-

---

*cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar. Portanto, a interpretação neste caso deve ser a mais favorável ao consumidor, motivo pelo qual, se entende que a negativa de cobertura, frustra o objetivo principal do contrato, o que é vedado pelo já mencionado artigo 51 do CDC.*”. Também, no Recurso Especial nº 1.731.295-PR: “É de se ressaltar, ainda, que o planejamento familiar, antes de ser regulado por uma Resolução Normativa, é previsto na Constituição Federal, em seu artigo 226, § 6º, sendo norma de eficácia limitada, regulada pela Lei n. 9.263/96. Referida lei estabelece que o planejamento familiar é “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 2º). Ainda define que “o planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e peia garantia c/e acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.” (art. 4º). Ou seja, a interpretação que se faz; da cobertura do planejamento familiar, é, sobretudo sob o ponto de vista constitucional, “a garantia de acesso a métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”. Contudo, compulsando os teores dos julgados que se posicionam em favor da negativa de cobertura da fertilização *in vitro*, verifica-se que boa parte se funda na expressa exclusão contratual e/ou regulamentação pela ANS respeito. Entretanto, permissa vertia, em termos de hierarquia, a Constituição Federal se sobrepõe à lei infraconstitucional, que é superior às resoluções normativas, que pôr sua vez se sobrepõem à contratação.”

<sup>239</sup> “Desse modo, a operadora rigorosamente obedeceu às regras vigentes no ordenamento jurídico ao incluir em seu contrato de plano de saúde cláusula de exclusão de cobertura para inseminação artificial por meio de fertilização *in vitro* e negar autorização para tal procedimento”. Adiante Maria Stella Gregori sugere: “oportuno o Congresso Nacional visitar a Lei dos Planos de Saúde, com a participação de todos os atores do setor de saúde suplementar, para debater entre outros temas, a possibilidade de ampliação da obrigatoriedade da cobertura assistencial para que nos casos de planejamento familiar seja incluída a inseminação artificial. Pois se sabe que, atualmente, a fertilização *in vitro* é técnica reconhecida, nacional e internacionalmente, como eficaz para reprodução humana assistida.” STJ – Recurso Especial 1.590.221/DF. Comentário por Maria Stella Gregori: Comentários sobre a exclusão de cobertura de inseminação artificial nos contratos de planos de saúde e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.590.221/DF). Revista de Direito do Consumidor. vol. 117, ano. 27. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2018, p.545. Em sentido contrário, por considerar abusiva a cláusula que exclui a fertilização *in vitro* veja em: MASCARENHAS, Igor de Lucena; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da. Fertilização *in vitro* e do direito ao planejamento familiar: a ilegalidade do Enunciado 20 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça e a teoria da captura aplicada à ANS. Revista de Direito do Consumidor. vol. 121. ano 28. p. 323-346. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2019.



gatória pela operadora. O precedente Recurso Especial nº 1.692.179-SP, publicado em 15 de dezembro de 2017, foi sistematicamente citado, tornando-se a referência principal para análise do tema. Pontua-se, somente a título de constatação, que o julgado principal Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.524.177, reporta praticamente na íntegra o voto do julgado precedente. Como primeiro argumento, destacou o Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze que diante da *amplitude* da expressão *planejamento familiar* e a previsão na Lei nº 9.656/98 compelindo a ANS regulamentar o artigo 35-C, as regras foram delineadas pela Resolução Normativa nº 192/2009, estabelecendo consulta, tratamento e procedimento obrigatórios, bem como limitou a prestação da inseminação artificial e do fornecimento de medicamentos de uso domiciliar, alinhados com a própria disposição legal (art. 10, incisos III e VI), evidenciando a não abrangência da fertilização *in vitro* como parte do planejamento familiar. O segundo argumento diz que a inseminação artificial é mais *simples e de baixo custo*, não sendo de cobertura obrigatória, seria incoerência exigir o custeio pela operadora de outro tratamento para a mesma finalidade, porém, que se utiliza de técnica distinta e por sua complexidade, mais cara. O terceiro argumento consiste em afirmar que a Resolução<sup>240</sup> que determina a atualização do “Rol da ANS” limitou não somente a inseminação artificial, mas qualquer técnica que proporcione a reprodução assistida. Como quarto argumento disse que a expressão planejamento familiar não foi tecnicamente bem utilizada pelo legislador, por se tratar de um termo amplamente abstrato, admitir seu global alcance impacta no “equilíbrio econômico-financeiro” do contrato, prejudicando a sustentabilidade do mercado de saúde suplementar. Citou que a redação originária do projeto de lei continha o seguinte texto: “III – de planejamento familiar, **desta forma compreendidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos.**”, sendo que sua exclusão evidencia que o legislador entendeu por garantir o essencial e não a ampliação irrestrita de tratamentos e procedimentos. Concluiu que a cobertura obrigatória para os casos de planejamento familiar “são aqueles disciplinados nas respectivas resoluções da ANS”.

---

<sup>240</sup> RN nº 211/2010: “Art. 16 (...), §1º (...) III – inseminação artificial, entendida como técnica de reprodução assistida que inclui a manipulação de oócitos e esperma para alcançar a fertilização, por meio de injeções de esperma intracitoplasmáticas, transferência intrafalopiana de gameta, doação de oócitos, indução da ovulação, concepção póstuma, recuperação espermática ou transferência intratubária do zigoto, **entre outras técnicas;**”. Atualmente, RN nº 465/2021 (art. 4º, inciso VII, alínea “g”).

Constata-se que para este tema, diferentemente dos temas anteriores apresentados no item anterior do trabalho, as normas administrativas do órgão regulador serviram de supedâneo jurídico para o convencimento do STJ. Há um flagrante contrassenso nos argumentos para se aplicar ou não a regulamentação da ANS, ou a própria Lei nº 9.656/98, eis que a base legal recai, principalmente, na cláusula geral de boa-fé, esculpida no artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor. Dentre esses argumentos, o STJ estabelece que é possível limitar a doença, porém, o tema envolve a doença denominada de infertilidade, à época<sup>241</sup>, prevista no CID, feminina N97 e masculina N46, ou em outros casos a endometriose N80, conseqüentemente, *a priori*, de cobertura obrigatória. Ainda, estabelece que não pode limitar o tipo, o método ou a técnica quando prescrito pelo médico ou profissional habilitado, pois o consumidor já estava em tratamento, fato é que a prescrição para a técnica fertilização *in vitro* existe, pois sem ela não ocorreria o processo judicial, bem como tentou outros tratamentos, assim, se a doença está prevista no contrato, ocorreu a prescrição médica para determinada técnica, a conclusão também deveria ser a cobertura pela operadora. Tem-se, inclusive, a determinação para cobertura de tratamento experimental, mesmo com a expressa limitação legal e contratual, sendo certo que a técnica fertilização *in vitro* não se encaixa neste conceito, portanto, a cobertura seria viável. No que tange ao desequilíbrio econômico-financeiro, em todos os casos, quando não há previsão no cálculo atuarial para composição do prêmio, é presumível que ele existirá, impactando os demais consumidores e até o complexo sistema de saúde privado, afetando a melhor remuneração do prestador e investimento em tecnologias ou na ampliação dos serviços. Neste diapasão, surge incitar que a forma e o momento de interpretar o direito beira a perversão do seu uso, manobrando-se as normas jurídicas, em virtude do infundável arcabouço jurídico, e firmando-se posicionamentos contraditórios, em total desobediência à segurança jurídica.

O que realmente difere para o STJ aceitar ou não as regulamentações da ANS? Ao que tudo indica busca-se preservar a integridade física ou psíquica da pessoa humana no momento de fragilidade, o que não o convence ao se tratar da técnica de fertilização *in vitro*, por mais que a pessoa não consiga naturalmente reproduzir, o tratamento pretendido torna-se um sonho para constituir

---

<sup>241</sup> A Organização Mundial de Saúde (OMS) publicou em 2018, após dez anos de preparação, a nova CID 11 – Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, que entrará em vigor janeiro de 2022. Mais informações: <https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases>. Acesso em: 05 nov. 2021.

uma família e não por estar num estado clínico debilitado ou que possa sofrer um agravamento que mereça a tutela judicial, devendo arcar com os custos de forma particular. Pode-se ir além nesse pensamento, ao imaginar a existência de preconceitos sobre determinada doença ou experiências pessoais, familiares ou de amigos, que potencializam essa fragilidade para concessão da tutela. Lado outro, o empreendedor que atua nesse ramo de negócio tem como objeto contratual finalístico bens valiosos e sensíveis, a saúde e a vida, ou seja, a negativa de cobertura atacará a finalidade do contrato, sendo esse um argumento genérico que possibilita muitas interpretações. É imprescindível harmonizar essa relação de consumo, com a centralidade na pessoa humana, para que ela possa receber, com qualidade, o mais adequado procedimento ou tratamento, mas não de maneira integral através de interpretações jurídicas criadas para essa finalidade, deve ater-se a segurança jurídica, firmando teses sólidas<sup>242</sup> que possam conscientizar o consumidor qual o alcance do seu verdadeiro direito no contrato de plano ou seguro de saúde e não estimulando a judicialização. De suma importância a convergência entre o Estado Juiz e o Estado Regulador, ao invés do conflito ora existente, um passo importante, como foi dado neste julgado, e que deveria servir para os demais temas, é o reconhecimento da delimitação da prestação na saúde privada, abandonando o discurso que o *Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde* é somente o mínimo obrigatório, passando a compreender e decidir que ele é sim taxativo, é tudo que a operadora deve realizar para conseguir recuperar a saúde do consumidor. A judicialização acontece com o caso clínico em andamento, não por falta de campanha de prevenção, mas por uma necessidade pontual, na maioria das vezes de resposta imediata, que por meio de interpretação das normas jurídicas de determinado caso estimula o outro a buscar também o suposto direito à assistência à saúde, gerando assim uma infinidade de ações judiciais.

Por fim, nos estudos dos julgados deparou-se com o Agravo em Recurso Especial nº 1.247.888-MS que decidiu favoravelmente ao consumidor por

---

<sup>242</sup> O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão entende pela necessidade de julgar com base em precedentes, como no sistema *common law*, adverte: “Aqui no Brasil, o que é que ocorre? É um cipoal de legislação federal interpretada por um sem número de juízes e tribunais. Se não houver precedente vinculante em vários temas, o resultado é caótico! Cada um interpreta de um jeito. Então, volto para a importância, no cenário de segurança jurídica, de se cumprirem precedentes.” SALOMÃO, Luis Felipe. Atuação judicial e a interpretação dos contratos. In: *Judicialização da saúde* / organizadores Marco Villas Boas, José Cechin. Palmas: Editora Esmat, 2020, p. 276.

não constar nenhuma cláusula de limitação da prestação em relação a reprodução assistida. Com efeito, está em sintonia com o enunciado da tese que prevê na “hipótese de haver cláusula contratual de exclusão” a desoneração da operadora na cobertura financeira do tratamento. Além disso, restou destacado que por ser um contrato de adesão cabe obediência ao artigo 54, §4º do Código de Defesa do Consumidor, que assevera a necessidade de as cláusulas delimitativas serem redigidas com destaque e clareza, para que não fujam da percepção leiga do consumidor. Nos demais julgados analisados, fez-se referência a existência de cláusula no sentido de “*estão expressamente excluídas da cobertura desse seguro saúde as despesas a seguir relacionada: (...) 6.3 Inseminação artificial*”. Fato incontroverso é a não existência de cláusula de limitação da prestação de fertilização *in vitro*, mas sim, de inseminação artificial. O STJ preferiu não utilizar do trivial argumento que a cláusula deveria ser interpretada de maneira mais favorável ao consumidor ou de outro corriqueiro que consiste em considerar como abusiva quando restringe procedimentos ou tratamentos médicos, pelo contrário, interpretou de maneira extensiva a delimitação da prestação de inseminação artificial para abarcar o tratamento de reprodução assistida pela técnica de fertilização *in vitro*, e como já dito, utilizando-se da Resolução sobre o “Rol da ANS” que regulamenta, dentre outros, o inciso III, do art. 10 da Lei nº 9.656/98, ao citar “entre outras técnicas”.

O pressuposto de validade do controle incidental, sem dúvida, contradiz a maioria dos argumentos dos temas anteriores, principalmente pelo reconhecimento da aplicação do ato normativo do órgão regulador, além de não exaltar o Código de Defesa do Consumidor, aplicando somente os ditames da Lei nº 9.656/98.

#### 3.3.3.2. Caso da irretroatividade da Lei dos Planos de Saúde

No dia 31 de outubro de 2008, foi publicado no Diário da Justiça, o reconhecimento da repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 578.801<sup>243</sup>,

---

<sup>243</sup> A origem do Recurso Especial foi o Recurso de Apelação Cível, proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nº 70020745139. Com a desistência da parte recorrente no processo anterior, passou-se a origem a ser o recurso interposto pela Unimed Porto Alegre – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., contra acórdão proferido pela Segunda Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais do Estado do Rio Grande do Sul, autuado no STJ como Recurso Especial nº 948.634.

sobre o direito intertemporal na questão relacionada à aplicação retroativa da Lei nº 9.656/98, que versa sobre plano e seguro de saúde, aos contratos firmados antes da sua edição, por possível ofensa direta, e não indireta ou reflexa, ao artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição da República. Com desistência da recorrente, e a devida homologação em 20 de dezembro de 2010, ocorreu a substituição final para o Recurso Extraordinário nº 948.634, tendo como questão fática a condenação da operadora, nas instâncias judiciais anteriores, em arcar com os custos do procedimento médico denominado “manometria esofágica”, declaração de nulidade de cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde, condenação de danos extrapatrimoniais no valor de R\$4.000,00 (quatro mil reais) e aplicação da Lei nº 9.656/98 ao contrato firmado antes da sua entrada em vigor.

Antes de prosseguir sobre o julgamento do recurso extraordinário, cumpre registrar que o Superior Tribunal de Justiça reiteradamente aplicava a Lei nº 9.656/98 aos contratos anteriores à sua edição, inclusive publicou, em 2013, a jurisprudência em tese com o seguinte teor: “2) É possível aferir a abusividade das cláusulas dos planos e seguros privados de saúde celebrados antes da Lei n. 9.656/98, em virtude da natureza contratual de trato sucessivo, não havendo que se falar em retroação do referido diploma normativo.”. Para suportar essa tese, o STJ baseou-se em seis acórdãos<sup>244</sup> e quatro decisões monocráticas<sup>245</sup>, com o principal argumento que não estavam retroagindo no tempo

---

<sup>244</sup> 1) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 008.057/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 06/08/2013 e publicado no DJe: 12/08/2013; 2) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 327.547/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 25/06/2013 e publicado no DJe: 01/08/2013; 3) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 300.954/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013 e publicado no DJe: 12/06/2013; 4) Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 866.840/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013 e publicado no DJe: 11/06/2013; 5) Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 064.677/PR, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 26/02/2013 e publicado no DJe 04/03/2013 e 6) Recurso Especial nº 1.011.331/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 17/04/2008 e publicado em DJe: 30/04/2008.

<sup>245</sup> 1) Agravo no Recurso Especial nº 063.613/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallozzi, Quarta Turma, julgado em 02/10/2013 e publicado no DJe: 09/10/2013; 2) Agravo nº 1.301.332/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 02/10/2013 e publicado no DJe: 04/10/2013; 3) Agravo no Recurso Especial nº 126.457/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 30/08/2013 e publicado no DJe: 03/09/2013 e 4) Agravo no Recurso Especial nº 131.545/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 05/06/2013 e publicado no DJe: 14/06/2013.

as disposições da Lei nº 9.656/98, mas sim, que o contrato de plano ou seguro de saúde possui a característica de “trato sucessivo”, ou seja, a cada renovação automática e contínua do contrato advinda na vigência da lei nova, essa deve ser aplicada aos fatos ocorridos por já está em vigor, o que não significa ofensa ao ato jurídico perfeito.

A regulamentação legal do mercado de saúde suplementar ao instituir a obrigatoriedade de coberturas assistências mais abrangentes daquelas corriqueiramente praticadas acabou por elevar os preços dos prêmios, contribuindo para que os consumidores permanecessem nos seus “contratos antigos”, levando ao Poder Judiciário sua querela, mesmo quando da existência de cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde, obtendo, na sua maioria, êxito na demanda. Nesse sentido, a alegação das operadoras por violação ao princípio da isonomia, porque aquele consumidor que contratava o plano novo e pagava o preço correspondente, estava recebendo o mesmo tratamento do consumidor que se quedou em permanecer no plano antigo e lhe é concedido pelo Estado Juiz a mesma cobertura contratual, além da violação ao ato jurídico perfeito.

Retornando ao julgamento do recurso extraordinário, a análise foi justamente sobre a alegada ofensa direta ao ato jurídico perfeito. Sobre o tema o Ministro Relator evidenciou que desde os primórdios a legislação brasileira impõe rejeição à retroatividade da lei, sedimentando no seu voto o reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro, dos ensinamentos da doutrina italiana de Carlos Francesco Gabba, tendo no Brasil o seu maior expoente Carlos Maximiliano. Contextualiza que a espécie contratual em discussão prima pela equação atuarial, quanto maior o risco coberto, mais o consumidor pagará pelo prêmio, tornando-se “indissociável à natureza dos contratos de planos de saúde” a dimensão temporal, eis que necessário para que a operadora possa aferir a probabilidade dos riscos futuros, conseqüentemente, “conferindo-se estabilidade aos direitos subjetivos”, através da ciência evidente das regras às quais todos estão vinculados e da segurança jurídica. Pontuou que a Corte Especial já reconheceu a mitigação da irretroatividade da lei civil, em situações excepcionais, contudo, o entendimento predominante é de assegurar a “máxima efetividade” das cláusulas pétreas pela retroatividade mínima<sup>246</sup>.

---

<sup>246</sup> O Supremo Tribunal Federal já havia julgado, em 08/06/2018, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931 (distribuída em 10 de dezembro de 1998, ou seja, após 20 anos) que discutia irretroatividade da mesma Lei nº 9.656/98, porém, sobre outros varia-

Outro ponto relevante trazido pelo Ministro Relator foi que a própria lei facultou aos consumidores adaptarem ou migrarem para os contratos novos sob o manto da legislação especial, destacando que “aqueles que não o fizeram permaneceram vinculados aos termos da contratação originária, mantidos o valor da mensalidade antes ajustado e as mesmas limitações e exclusões pactuadas no contrato ao qual se obrigaram.”.

Ao final, propôs a seguinte tese com repercussão geral: “As disposições da Lei 9.656/1998, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, somente incidem sobre os contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como nos contratos que, firmados anteriormente, foram adaptados ao seu regime, sendo as respectivas disposições inaplicáveis aos beneficiários que, exercendo sua autonomia de vontade, optaram por manter os planos antigos inalterados”.

Inicialmente, acompanharam o voto os Ministros Marco Aurélio, Carmen Lúcia, Rosa Weber. O Ministro Edson Fachin disse concordar com o Relator no que tange aos *atos nascidos sob a égide da legislação anterior à Lei 9.656/98*, considerando atos jurídicos perfeitos, devendo à análise de eventual cláusula contratual de *cobertura e suas exclusões* subordinar-se à legislação futura sob pena de *desvirtuar seu propósito*. No mérito, ao julgar o caso concreto em discussão, inaugurou a divergência para aplicar a nulidade da cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde com base no Código de Defesa do Consumidor. Os Ministros Dias Toffoli e Luis Roberto Barroso seguiram a divergência.

Julgamento suspenso, após pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, que em sessão posterior examinou o processo e proferiu seu voto

---

dos assuntos, especificamente sobre a imposição de atuação do órgão regulador em alguns temas, o Ministro Relator Marco Aurélio Melo consignou que: “Os dispositivos em análise preveem a incidência das novas regras relativas aos planos de saúde em contratos celebrados anteriormente à vigência do diploma. A norma destoa do Texto Maior. A vida democrática pressupõe segurança jurídica, e esta não se coaduna com o afastamento de ato jurídico perfeito e acabado mediante aplicação de lei nova. É o que decorre do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal: Art. 5º [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; É impróprio inserir nas relações contratuais avençadas em regime legal específico novas disposições, sequer previstas pelas partes quando da manifestação de vontade. [...] A toda evidência, o legislador, com o intuito de potencializar a proteção do consumidor, extrapolou as balizas da Carta Federal, pretendendo substituir-se à vontade dos contratantes. Salta aos olhos a inconstitucionalidade.”. Todos os dados disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=1931&numProcesso=1931>. Acesso em: 05 nov. 2021.

acompanhando o Relator, destacando, em situações excepcionais, a possibilidade de retroatividade mínima em contratos de “trato sucessivo”, todavia, não para o caso em testilha, por inexistir “razões jurídico-constitucionais” que justifiquem a sua aplicação, eis que não houve ajuste entre as partes para o novo modelo legal, bem como “não há flagrante risco a direitos fundamentais ou pessoas em condições vulnerabilidade extrema” que justifique a mitigação pelo Estado Juiz, permitindo a ampliação da cobertura sem a devida contrapartida do consumidor.

Na sequência votou o Ministro Gilmar Mendes, salientando que o julgamento deve se restringir a proteção da ordem jurídica objetiva, e não os direitos subjetivos que interessam as partes, dito isso, acompanhou a proposta de tese do Relator, sem adentrar aos fatos da ação judicial. Não participaram do julgamento os Ministros Celso de Melo e Luiz Fux.

Portanto, por maioria, firmou-se a tese: “Tema 0123: As disposições da Lei 9.656/1998, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, somente incidem sobre os contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como nos contratos que, firmados anteriormente, foram adaptados ao seu regime, sendo as respectivas disposições inaplicáveis aos beneficiários que, exercendo sua autonomia de vontade, optaram por manter os planos antigos inalterados.”.

Relembre-se que a primeira manifestação do STF, para esse caso, de reconhecimento da alegação de repercussão geral foi no ano de 2008, sendo que a publicação do julgamento final ocorreu após doze anos (18/11/2020), e vinte um anos depois do início de vigência da oferta dos contratos novos, período em que milhares de processos judiciais foram decididos com fundamentação inconstitucional, por ofensa direta ao ato jurídico perfeito, prescrito no artigo 5º, XXXVI da Constituição da República, beneficiando individualmente o consumidor da demanda ao alargar sua cobertura assistencial e prejudicando a coletividade de consumidores que suportaram os custos através do fundo mutualista.

Chama-se à reflexão sobre a possibilidade de eventual relativização da retroatividade da lei para, nos dizeres do voto do Ministro Alexandre de Moraes, garantir

“flagrante risco a direitos fundamentais ou pessoas em condições vulnerabilidade extrema”, expressões abertas que demandam análise particularizada do caso concreto. O direito subjetivo em discussão era a não autorização para realização da “manometria esofágica”, que de acordo com a Sociedade Brasileira de Motibilidade Digestiva e Neurogastroenterologia trata-se de um exame que “mede a força e a função dos músculos do esôfago— órgão que trabalha para conduzir e empurrar a comida e líquidos da boca para o estômago”, com



duração média de 20 (vinte) minutos, anestesiando uma narina na qual passará um fino tubo flexível até o esôfago. Indaga-se: está diante de *risco a direitos fundamentais ou condição de vulnerabilidade extrema*? Pela explicação acima, entende-se que a resposta é negativa. Certo é que não constou, formalmente, essa exceção na redação final da tese firmada pelo STF, mas fica o alerta para seu uso em possível provocação futura sobre aplicação da retroatividade mínima da lei.

#### 3.3.4. *Conflito entre o Estado Juiz e o Estado Regulador: efeitos*

De maneira suscita, propõe-se evidenciar a insegurança jurídica vivenciada pela operadora perante as demandas dos consumidores as quais refletem no conflito de entendimento do direito à assistência à saúde manifestado pelo Estado Juiz e pelo Estado Regulador<sup>247</sup>, cada qual no seu âmbito de atuação.

O cenário contemporâneo se apresenta da seguinte maneira: as operadoras não estão sendo punidas pelo Estado Regulador sobre sua atividade econômica, por entender que não houve violação à legislação do setor regulado, mas estão sendo obrigadas pelo Estado Juiz a custear procedimento ou tratamento sobre o mesmo fato, o que tem gerado intranquilidade e insatisfação para todos os envolvidos nessa relação jurídica de consumo<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> A ANS realizou, em 2018, pesquisa com órgãos públicos que detinha acordo de cooperação, do total de 28, 16 responderam os seguintes questionamentos: Quais os temas mais judicializados na área de atuação deste órgão? Para cada um dos temas apontados no item anterior, qual o número de demandas/reclamações registradas neste órgão?

Do total das 12.755 ações judiciais registradas pelos órgãos respondentes, 3.559 dizem respeito ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, com destaque para negativa de cobertura assistencial e em segundo lugar, com 305 demandas, sobre cláusulas contratuais. O órgão regulador conclui que o tema cobertura assistencial aliado ao Rol é o mais judicializado pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Procon porque no “exercício de suas missões institucionais expandem suas análises para outras legislações, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor” e também mediante a existência de uma “cultura disseminada de considerar princípios aplicáveis ao Sistema Único de Saúde (SUS) à saúde suplementar, especialmente quanto à garantia universal de acesso”. Disponível em: [ans.gov.br/Resultado\\_da\\_pesquisa\\_com\\_os\\_parceiros.pdf](https://ans.gov.br/Resultado_da_pesquisa_com_os_parceiros.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>248</sup> “Embora a própria Lei 9.656/98 tenha instituído e definido a competência de órgãos como Conselho de Saúde Suplementar – CONSU (art. 35-A), suas regulamentações e resoluções são explicitamente desconsideradas pelos juízes. A própria Agência Nacional de Saúde – ANS, criada pela Lei 9.961/2000, enfrenta uma série de resistências para se firmar

A ANS disponibiliza para todos os consumidores de plano de assistência à saúde canais de relacionamento, inclusive para reclamação. Após os devidos trâmites procedimentais, a operadora poderá ser sancionada administrativa por sua conduta, conforme explicitado na Resolução Normativa nº 124/2006.

Para uma melhor compreensão, utilizar-se-á os temas que foram objeto das teses do STJ e devidamente abordados no item anterior deste trabalho.

Inicia-se com o caso das próteses ou órteses, que estão previstas no clausulado firmado antes da Lei nº 9.656/98, de forma clara, possibilitando compreender que se trata de delimitação da prestação imposta pela operadora para não cobertura assistencial, portanto, não prevista para fins de cálculos atuariais na formação do preço do prêmio. A divergência entre os poderes públicos reside na não aceitação pelo Estado Juiz que a operadora deixe de fornecer a prótese ou órtese solicitada pelo médico do consumidor, sendo que o Estado Regulador entende se tratar de cláusula válida. Registre-se que caso o órgão regulador entenda como inválida a cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde, a sanção para a operadora por descumprimento de natureza contratual é de R\$60.000,00 (sessenta mil reais), independentemente, do valor da prótese ou órtese em contenda. Para os contratos firmados posteriormente à Lei nº 9.656/98, a discussão gira em torno da melhor eficácia relatada pelo médico prescritor da prótese ou órtese ser importada, a qual se apresenta com custo mais elevado que o produto nacional ou nacionalizado, este sim autorizado pela operadora. De um lado tem-se o poder absoluto concedido pelo Poder Judiciário ao médico prescritor e de outro o órgão regulador, ao incluir de forma categórica a exclusão assistencial de produtos (dentre eles, prótese ou órtese) para a saúde importados não nacionalizados, no inciso V, do parágrafo único, do artigo 17 da Resolução Normativa nº 465/2021.

Outra divergência diz respeito ao “*método ou técnica*” no uso de exame ou cirurgia. A ANS, ao receber a incumbência legal de divulgar e atualizar o “Rol da ANS” explicita o método ou a técnica que deve ser garantido pela operadora ao consumidor. A evolução tecnológica é dinâmica e salutar, mas envolve custo acentuado, ainda mais, quando não há concorrência leal que

---

como órgão de regulação do setor, gerando alguns vácuos de indefinição de competência regulatória.” LOPES, José Reinaldo de Lima e GARCIA NETO, Paulo Macedo. Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos). Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde. Coordenação Cláudia Lima Marques...[et.al.]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 166.

permita ocorrer a regra elementar da oferta e da procura. Há, também, casos em que a técnica é criação de um determinado profissional, não reconhecida pela sociedade médica. Nessas situações que se configura o conflito de entendimentos, pois a operadora segue os ditames do órgão regulador, inclusive quando determina a incorporação de nova tecnologia sem poder cobrar mais um centavo, autorizando somente o previsto nas normas, sendo a reclamação arquivada na esfera administrativa, contudo, em caso de ajuizamento de ação sobre o mesmo fato é compelida a arcar com os custos mediante decisão do Poder Judiciário, baseado sempre no pedido médico.

A imposição do Estado Juiz em determinar o fornecimento de medicamento, via oral, para o consumidor fazer uso no seu domicílio é outro tema que gera assimetria. A Lei nº 9.656/98 permite, como regra geral, que a operadora não forneça medicamento para tratamento domiciliar, sendo relativizada com alteração da lei para abarcar os antineoplásicos, conjuntamente, caso seja necessário, com os medicamentos para controle dos efeitos adversos, todavia, restrito aqueles que fazem parte do “Rol da ANS”. Esse é ponto conflitante, somente os medicamentos do Rol e não todo e qualquer medicamento prescrito para o consumidor. O Estado Juiz não concorda com essa restrição, entende que o Rol é meramente exemplificativo e a ANS impõe como taxativo.

A situação se torna mais abrangente nos casos envolvendo “internação domiciliar” (*home care*), quando o consumidor recebe alta hospitalar, porém necessita de cuidados de saúde, os quais são prescritos pelo seu médico e surge a controvérsia, eis que não consta na Lei nº 9.656/98 e nem nos atos normativos expedidos pelo órgão regulador a obrigatoriedade de a operadora arcar com os custos da internação domiciliar. Algumas operadoras pactuam essa prestação como acréscimo, ou até fornecem, em alguns casos específicos como mera liberalidade, principalmente nos primeiros dias, no intuito de auxiliar a família como proceder nos cuidados ao paciente. O Estado Juiz é enfático em determinar que a operadora arque com todos os cuidados necessários por entender que se trata de uma extensão à internação hospitalar, sendo sua obrigação precípua a recuperação da saúde do consumidor. A ANS sanciona a operadora se contiver cláusula contratual que determine a obrigatoriedade da prestação de cuidados, caso contrário, arquiva a reclamação do consumidor ou do seu representante por não violação às normas legais vigentes.

Outro caso típico encontrado na jurisprudência está relacionado a não cobertura assistencial das cirurgias reparadoras em detrimento ao procedimento submetido pelo consumidor de obesidade. Há previsão obrigatória para realização da retirada de excesso de pele do abdômen, mediante as diretrizes

de utilização criadas pela ANS, entretanto, não há previsão no normativo para retirada de pele para outras partes do corpo, por exemplo, braços e coxas. Dois problemas conflituosos, o primeiro que não há observância do Estado Juiz para os critérios definidos pelo órgão regulador e o segundo o discurso de fundamentação que se a doença obesidade mórbida está coberta, as cirurgias reparadoras são uma extensão para a devida reabilitação do consumidor. Por sua vez, o Estado Regulador para delimitar a caracterização ou não da cirurgia como estética, essa sem cobertura obrigatório por força da própria Lei nº 9.656/98, definiu os critérios científicos, porém, somente para o abdômen, não incluindo no “Rol da ANS” as demais partes do corpo que são atingidas devido ao grande emagrecimento do consumidor.

O propósito desta breve contextualização foi apontar como o Estado Juiz e o Estado Regulador se posicionam diametralmente de maneira oposta para o mesmo fato, provocando o sentimento no consumidor que somente o Poder Judiciário pode aliviar seu sofrimento e fazer Justiça contra seu parceiro contratual, sendo este a operadora, que se sente injustiçada por constar a delimitação da prestação de cuidados no clausulado com base nas diretrizes e normas expedidas pelo Estado Regulador mas que não são aceitas pelo Estado Juiz, haja vista entender que está garantindo o “direito fundamental à saúde”.

Diante desse panorama, a judicialização não será mitigada, é preciso aperfeiçoamento das normas e maior diálogo entre órgãos envolvidos, eis que a polarização do tudo ou nada somente gera insegurança jurídica e traz prejuízos emocionais e materiais para todos os envolvidos.

### *3.3.5. Ausência da “judicialização nos cuidados de saúde” em Portugal: situações ensejadoras*

Diversas situações comportamentais e legais auxiliam para entender os motivos da ausência em Portugal do fenômeno denominado no Brasil de “judicialização da saúde”. De partida, a Constituição portuguesa prevê, no âmbito do serviço público, ser a saúde um dever de todos (art. 64º)<sup>249</sup>, *ten-*

---

<sup>249</sup> A nova Lei de Bases da Saúde (Lei nº 95/2019) explica na Base 1: “2. O direito à proteção da saúde constitui uma responsabilidade **conjunta** das pessoas, da sociedade e do Estado e compreende o acesso, ao longo da vida, à promoção, prevenção, tratamento e reabilitação da saúde, a cuidados continuados e a cuidados paliativos. 3 – A sociedade tem o **dever** de contribuir para a proteção da saúde em todas as políticas e setores de atividade.”.

*dencialmente* gratuito, enquanto a Constituição brasileira impõe o dever ao Estado (art. 196). Prosseguindo no texto constitucional português verifica-se a existência de delimitação da assistência à saúde pelo Estado, restando previsto que lhe cabe garantir os cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação mediante *socialização dos custos*. Essa e outras situações de delimitação do escopo da assistência à saúde já estavam presentes desde a década de 90 com a edição da Lei de Bases da Saúde e foram devidamente confirmadas e pormenorizadas na nova Lei de Bases da Saúde<sup>250</sup>, *v.g.*, que todos tem acesso aos cuidados *de acordo com a melhor evidência científica disponível e seguindo as boas práticas de qualidade e segurança em saúde*; a política nacional tem que se adaptar ao *progresso do conhecimento científico e às necessidades, contextos e recursos da realidade nacional, regional e local, visando a obtenção de ganhos em saúde*; garantir a *equidade na distribuição de recursos e na utilização de serviços*; gerir os *recursos disponíveis segundo critérios de efetividade, eficiência e qualidade* e sendo princípio inafastável do SNS a *sustentabilidade financeira, tendo em vista uma utilização efetiva, eficiente e de qualidade dos recursos públicos disponíveis*.

O cidadão português, culturalmente, reconhece os limites da prestação do Estado, eis que sua formação como pessoa na sociedade vem recebendo ao longo da vida os devidos esclarecimentos sobre a organização e funcionamento do serviço público de saúde, sempre baseado na evidência científica, diversamente em relação ao cidadão brasileiro, que a partir da Constituição de 1988 e continua, o contexto geral de “saúde é direito de todos e dever do Estado”, não enfatizando o restante da regra que diz “mediante políticas sociais e econômicas”, e ainda, a previsão expressa do “atendimento integral” em relação as ações e serviços, contudo, se trata de uma diretriz (art. 198) sendo que o texto continua dizendo “com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”, lançando a compreensão individualista que se pode exigir toda e qualquer assistência à saúde às expensas do Estado. Acredita-se que não há uma visão do dever à assistência à saúde com bem coletivo, de justiça distributiva<sup>251</sup>, existindo sim a preocupação somente com viés individualista,

---

<sup>250</sup> Revogou a Lei nº 48/90, de 24 de agosto.

<sup>251</sup> “O processo judicial foi pensado com foco nas questões bilaterais da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são apenas aqueles das partes devidamente representadas. Contudo, a problemática subjacente aos direitos sociais envolve sobretudo questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, já que, diante da escassez, garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais.” SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO;

com o *eu* oposto de *nós*, no argumento simplório no seguinte sentido: se pago meus tributos tenho direito de exigir o meu direito fundamental e social à saúde previsto na Constituição brasileira. A reforma constitucional portuguesa que incorporou, em alguns casos, a comparticipação para os utentes também deve ser considerada como fator que contribuiu para o entendimento do cidadão português que os recursos são finitos e que todos aqueles que podem contribuir para a estabilidade e sustentabilidade do sistema público de saúde.

Julga-se de extrema relevância o teor contido no texto constitucional<sup>252</sup>, pois através dele surgiram várias teses para se exigir a realização do direito subjetivo à assistência à saúde, não somente perante o serviço público, mas por permitir a presença da iniciativa privada nesta prestação de relevância pública se estendeu às operadoras de plano ou seguros a obrigatoriedade em diversos julgados dos cuidados integrais. Nessa seara, não resta dúvida que sem a alteração do texto constitucional brasileiro e, conseqüentemente, da Lei nº 8.080/90, que se equipara, *mutatis mutandis*, a Lei de Bases da Saúde portuguesa (Lei nº 95/19), a judicialização perante o Estado continuará por longos anos, refletindo também no mercado de saúde suplementar. É preciso debater o assunto de forma ampla, sem hipocrisia ou ideologia política, principalmente partidária, com a efetiva participação da sociedade<sup>253</sup> imbuída no propósito de disseminar, fazer compreender e estabelecer um consenso sobre os limites da prestação a serem exigidas, é no jargão popular dizer: “esclarecer as regras do jogo”.

Particularmente sobre a atuação da iniciativa privada na prestação dos cuidados de saúde, de maneira geral, o mercado segurador português<sup>254</sup>, e da própria União Europeia, goza de credibilidade e estabilidade. Especificamente quanto ao operador de seguro de saúde, entende-se como situação preponderante da ausência da judicialização a *legítima expectativa* que o consumidor português tem na prestação dos cuidados à saúde que são ofertados e garantidos nos instrumentos jurídicos contratuais<sup>255</sup>. Há uma forte presença da liber-

---

Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 581-582.

<sup>252</sup> WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. *Revista de Direito Sanitário*. vol. 9. São Paulo: Ed. LTr, jul./out. 2008.

<sup>253</sup> O modelo de Conselhos, ora existentes, devem ser aperfeiçoados, pois a maioria da população não tem conhecimento das suas atuações.

<sup>254</sup> Histórico das Empresas de Seguros Estabelecidas em Portugal entre 1975 e 2020. Lisboa: Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, 2021.

<sup>255</sup> Ana Prata contextualiza que a tutela, junto aos tribunais, a ser perseguida pelo con-

dade contratual, inclusive incentivada no preâmbulo do próprio texto legal do Regime Jurídico do Contrato de Seguro que diz: “Merece destaque a reafirmação da autonomia privada como princípio director do contrato, mas articulado com limites de ordem pública e de normas de aplicação imediata,”. Adiante, no artigo 214º, é categórico que o segurador se obriga *apenas* as prestações convencionadas ou das despesas efetuadas, anualmente, restrito a um *plafond*. Verifica-se no texto da lei uma mensagem direta ao consumidor que se está contratando uma prestação de serviço delimitada e não integral, sendo que enquanto sobressair essa arquitetura o risco de insolvência do segurador é mínimo e mantém-se erguido o setor, eis que é permitido estabelecer a delimitação da prestação de cuidados de saúde, tanto no viés das patologias convencionadas, baseadas nas evidências científicas, quanto referente aos valores das despesas.

Mais uma vez, reporta-se a Lei de Bases da Saúde por ter explicitado na Base 27 como obrigação natural dos operadores de seguros o dever de informação das condições do contrato, dentre elas, destaque para “exclusões e limites da cobertura”, com a devida integração com as demais legislações, *v.g.*, o regime legal de defesa do consumidor e o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais. Dito isso, entende-se que há um estado de lealdade entre os operadores de seguro e os consumidores portugueses, dentro de um ambiente baseado na confiança, com a delimitação da prestação de cuidados de saúde compreendida dentro dos parâmetros legais vigentes.

Nesse sentido, alia-se a situação da mínima intervenção estatal, eis que a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) monitora de forma global as empresas seguradoras com a missão de garantir o cumprimento das obrigações contratuais e assegurar a estabilidade e solidez do mercado segurador, produzindo poucas normatizações específicas, deixando que as regras gerais previstas nas legislações se amoldem aos interesses das partes.

Situação inversamente oposta ocorre no Brasil, que possui uma autarquia federal, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), exclusiva para

---

sumidor individualmente “tem uma eficácia reduzida”, porque muitas das vezes são ações de “bagatelas jurídicas” ou “ou por falta de informação ou por hábitos culturais de resignação”, não à propõe. Adiante, esclarece que com base no art. 3º e 14º, nº 1, os centros de arbitragem de conflitos de consumo são órgãos de tutela que visam desempenhar a salvaguarda desses direitos. E complementa, informando sobre a criação do registro voluntário de procedimentos de resolução extrajudicial e do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios, para dirimir, também, os conflitos de consumo. PRATA, Ana. Contratos de adesão e cláusulas gerais: anotações ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 140-141.

estabelecer políticas, diretrizes e normatização para o desenvolvimento desta atividade econômica. Existe ainda, principalmente por parte dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, críticas sobre o papel institucional da ANS, disseminando que sua atuação não é em prol dos consumidores, mas sempre em benefício do mercado. O órgão regulador se defende argumentando que deve basear suas decisões na tecnicidade, equilíbrio entre os atores do mercado, visão sistêmica e garantia da sustentabilidade a longo prazo.

O que era para ser, em tese, ideal para segurança jurídica desta relação jurídica de consumo, mediante a presença do órgão regulador exclusivo, transformou-se em conflito de entendimentos, com o respaldo do Poder Judiciário que vem decidindo, na sua quase totalidade, a favor do consumidor sem observância das regras específicas prevista na legislação especial e nos atos normativos, aplicando princípios constitucionais e a cláusula geral de boa-fé objetiva. Disseminou-se um ambiente de desconfiança, com discursos variados e severos, tais como, que a operadora não autoriza a cobertura assistencial para se enriquecer ilícitamente, gerando para si lucros exorbitantes; que não pratica a função social do contrato, deixando a mercê o consumidor no momento que mais precisa de utilizar da prestação de cuidados; que o consumidor é “hipervulnerável”, não tem condições de compreender o clausulado; que a saúde não pode ser equiparada a uma mercadoria, entre outros, criando uma *expectativa exacerbada* a favor do consumidor para desacreditar que pode haver delimitação da prestação de assistência à saúde.

A realidade dos dois países são distintas, acredita-se formadas por questões culturais da sociedade, de um lado com uma legislação mais assertiva, com pulverização das informações mais claras e compreensíveis, alicerçado no ambiente de lealdade, do outro, a pretensão do “direito a tudo”<sup>256</sup> assente no texto constitucional e o descrédito no setor de saúde suplementar fundado na desconfiança.

Mais uma situação que se pode creditar é a possibilidade de resolver os litígios em instâncias alternativas<sup>257</sup> de mediação, conciliação e arbitragem,

---

<sup>256</sup> “Nesse contexto sociojurídico, erige-se a saúde como direito social fundamental que, em sua dimensão individual, guarda consonância com a noção de mínimo existencial, com profunda e inseparável conexão com os princípios da dignidade, da igualdade material e da liberdade fática, reclamando tutela judicial própria, vale dizer, aplicada na base do tudo ou nada.” DANIELLI, Ronei. A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo. 1. Reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.130.

<sup>257</sup> A ASF indica: Centros de arbitragem de conflitos de consumo de competência gené-



ao invés de recorrer diretamente ao Poder Judiciário, inclusive incentivado a criação destes centros em todos os Estados-Membros<sup>258</sup>. Aliado a isso está o Livro de Reclamações, agora também possível pelo meio on-line<sup>259</sup>, que determina o acompanhamento da reclamação por parte da entidade pública com competência fiscalizatória ou regulatória. De acordo com os dados estatísticos disponibilizados pela ASF<sup>260</sup>, no ano de 2020 foram recebidas 653 reclamações sobre o seguro de saúde, contra 458 no ano de 2019, representando um aumento de 42,6%. Em que pese não ter encontrado nenhum comentário da ASF a respeito deste aumento, presume-se que foi em detrimento da pandemia do COVID-19. A ANS, no Brasil, divulgou que em 2020 recebeu 150.756 reclamações<sup>261</sup>. Cumpre lembrar que tanto em Portugal quanto no Brasil a proporção é de ¼ do total da população que possui o contrato de plano ou seguro de saúde, tornando-se evidente a conflituosa relação de consumo existente entre as operadoras e os brasileiros. Destacam-se dois fatores que contribuem para que o brasileiro busque a solução diretamente no Poder Judiciário, a uma porque na maioria dos casos há um pedido de tutela antecipada diante da alegada *urgência* relatada pelo médico para realização dos cuidados de saú-

---

rica, bem como ao centro de arbitragem setorial, o CIMPAS – Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros ([www.cimpas.pt](http://www.cimpas.pt)). Nos termos do disposto no artigo 18º, nº1, da Lei nº144/2015, de 8 de setembro, todos os fornecedores de bens ou prestadores de serviços estabelecidos em território português devem informar os consumidores relativamente às entidades de Resolução Alternativas de Litígios disponíveis ou a que se encontram vinculados por adesão. Na pesquisa junto a ASF identificou-se que do total de 37 seguradoras autorizadas a ofertarem seguro de saúde, somente 04 (quatro) possuem autorização exclusiva para o ramo <<Não vida>> – <<Doença>>, sendo três de Portugal (Multicare, Planicare e Real Vida), uma com país sede na Espanha (ASISA), porém, com sucursal em Portugal, contudo, nenhuma delas fez adesão formal ao CIMPAS. Mas, em virtude do disposto no n.º 2, do artigo 14º da Lei n.º 63/2019, de 16 de agosto, os conflitos de consumo de reduzido valor económico (montante inferior a 5.000 euros) estão sujeitos a arbitragem necessária, pelo que, caso seja apresentada no **CIMPAS**, uma reclamação nestas condições, **todas as seguradoras são consideradas aderentes para efeito da respetiva resolução.**

<sup>258</sup> Diretiva 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a resolução alternativa de litígios de consumo e do Regulamento (UE) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a resolução de litígios de consumo em linha.

<sup>259</sup> O Decreto-Lei nº 74/2017, de 21 de junho alterou o Decreto-Lei nº 156/2005, de 15 de setembro ampliando a forma de reclamação, também, para on-line.

<sup>260</sup> [https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/4846D5B0-3684-46D4-A6A1-B3A5EC-DD6371/0/RGR\\_anual2020.pdf](https://www.asf.com.pt/NR/rdonlyres/4846D5B0-3684-46D4-A6A1-B3A5EC-DD6371/0/RGR_anual2020.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>261</sup> Deste total, 16.355 reclamações foram sobre a pandemia (Covid-19). Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/beneficiario/ans-atinge-maior-indice-de-resolucao-de-demandas-de-consumidores-desde-2013>. Acesso em: 05 nov. 2021.

de, e a duas o acréscimo nesta demanda do pedido de indenização por danos morais, o qual está sendo concedido nas instâncias originárias, contudo, o Superior Tribunal de Justiça<sup>262</sup> tem como orientação adotado não condenar por dano moral na hipótese em que a não autorização para os cuidados de saúde decorrer de “dúvida razoável na interpretação contratual”.

Em apertada síntese, são essas as situações prováveis que se deparou para justificar a ausência, do conhecido no Brasil, fenômeno da “judicialização da saúde” que, em alguns casos, extrapola a fronteira da razoabilidade, com decisões que obrigam a custear fraldas, pomadas, luvas descartáveis, alimentação específica, aluguel de cama hospitalar e até conta de energia elétrica quando o consumidor necessita instalar um aparelho elétrico em sua residência.

Não se trata de retrocesso, como a princípio pode transparecer, mas sim de adequação à nossa realidade social, aos recursos disponíveis e a justiça distributiva<sup>263</sup> contratual.

Deve-se parar com as desconfianças, principalmente em relação ao órgão regulador, tratado como adversário ou que está cooptado pela “teoria da captura”<sup>264</sup>, o qual tem o trabalho árduo de manter estável o setor, refletindo diretamente nos consumidores que poderão usufruir dos cuidados de saúde no momento que venham a precisar. Ao estabelecer de forma transparente e assertiva as prestações obrigatórias para cumprimento das operadoras está agindo com boa-fé, lealdade, sendo certo que o modelo de atualização do “Rol da ANS” pra-

---

<sup>262</sup> Recurso Especial nº 1.930.248, Relatora Ministra Nancy Andrighi: “Em situações como essa, a orientação adotada pela jurisprudência desta Corte é a de ser “possível afastar a presunção de dano moral na hipótese em que a recusa de cobertura pelo plano de saúde decorre de dúvida razoável na interpretação de cláusula contratual” (Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 846.940/SC, Terceira Turma, publicado no DJe: 01/08/2016), pois “dúvida razoável na interpretação do contrato [...] não configura conduta ilícita capaz de ensejar indenização” (Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 983.652/SP, Terceira Turma, publicado no DJe: 02/02/2017). No mesmo sentido consulte: Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.853.579/PR, Quarta Turma, julgado em 10/08/2020, publicado no DJe: 14/08/2020; Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.555.263/SP, Quarta Turma, julgado em 08/06/2020 e publicado no DJe de 25/06/2020.

<sup>263</sup> GUAZZELLI, Amanda Salis. A busca da justiça distributiva no judiciário por meio das relações contratuais: uma análise a partir dos planos de saúde. *In*: Prêmio IESS de produção científica em saúde suplementar 2011 a 2015 Direito. p. 121-156. São Paulo: Midiograf, 2016.

<sup>264</sup> CABEZA, Eliane Rocha de La Osa; CAL, Arianne Brito Rodrigues. O risco de captura das agências de regulação dos serviços públicos: uma abordagem à luz da teoria econômica. Disponível em: <http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/Trab0204.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

ticado pode e deve ser aperfeiçoado, mas acima de tudo tem que ser respeitado para a devida segurança jurídica e harmonização nas relações de consumo de plano e seguro de saúde suplementar. Vislumbra-se como um dos grandes desafios para a desjudicialização é o órgão regulador se apresentar confiável tecnicamente para os demais órgãos públicos (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Procons) e entidades de defesa do consumidor, comprovando que sua função regulatória preza pelos melhores e mais adequados cuidados de saúde existentes na prática médica, baseado em evidências científicas modernas e atualizadas, possibilitando o atendimento de qualidade e eficiência para os consumidores, bem como viabilizar a estabilidade deste mercado.

Lado outro, os órgãos e entidades que defendem o consumidor devem procurar soluções coletivas, com visão sistêmica do mercado de saúde suplementar, criando agenda comum<sup>265</sup> em torno de temas específicos que possam contribuir para a desjudicialização e a justiça contratual. Ao médico probo deve prescrever, dentro da sua experiência e conhecimento, o mais adequado cuidado de saúde desejável para o seu paciente, mas isso não pode, de forma absoluta, ser entendido como obrigação natural de custeio por parte da operadora a ser exigida com base no direito fundamental à saúde e reverberada para constituir a operadora como a vilã no momento que o consumidor mais precisava utilizar o plano. Se faz necessário também a operadora melhorar sua gestão, implantar tecnologia da informação para que o médico da rede conveniada possa saber os limites contratuais específicos daquele consumidor, possibilitando prescrever cuidados semelhantes, com a mesma eficácia, no intuito de se evitar conflitos desnecessários entre as partes. O consumidor está fragilizado, necessitando de cuidados e, principalmente, de atenção, de atendimento humanizado, sendo que a forma de dizer o “não” faz toda a diferença no prosseguimento dos fatos, que infelizmente estão culminando no Poder Judiciário.

Inquestionável que se precisa encontrar a racionalidade, a razoabilidade, a estabilidade, a justa sociabilidade desta relação jurídica de consumo<sup>266</sup>,

---

<sup>265</sup> “A produção de um pensamento e a expectativa de construção de uma agenda comum exigem que nos posicionemos em um novo campo, no qual convivam as várias linhas de interpretação que disputam hegemonia nas decisões judiciais.” FERNANDES, Antonio Joaquim Schellenberger. In: SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Judicialização da saúde suplementar*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2010. p. 12.

<sup>266</sup> “O que significa dizer, em outras palavras, com operadoras devidamente remuneradas, prestadores de serviços qualificados, consumidores adequadamente atendidos e o meio ambiente equilibrado, visando a excelência assistencial da saúde.” GREGORI, Maria Stella.

fundada em balizas contratuais sólidas, com reconhecimento do órgão regulador como parceiro técnico na defesa do consumidor, após um fórum com debates éticos<sup>267</sup> entre os representantes de todos os segmentos envolvidos sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça. É tempo de evoluir!

---

Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde. v. 108, ano 2016, p. 123-143. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2016.

<sup>267</sup> “Mostra-se urgente a adoção de uma ética de transparência, obrigatória para todos os envolvidos. Todos os atores que protagonizam esse drama – governo, empresariado, médicos, pessoal da saúde, profissionais de direito, pacientes e comunidade em geral, além da mídia e Universidade – precisam ser mais transparentes.” NALINI, José Renato. O Judiciário e a ética na saúde. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 1. ed 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

# 4.

## Contratos de Adesão de Consumo nos Cuidados de Saúde

O presente capítulo tem como escopo contextualizar a caracterização da relação de consumo na contratação dos cuidados de saúde, por meio de empresas privadas autorizadas a ofertarem seguros e planos de saúde, sob o prisma das peculiaridades da legislação geral de consumo de Portugal e do Brasil, além de apontar à aplicação<sup>1</sup> do diploma legal específico brasileiro (Lei nº 9.656/98) e do regime jurídico do contrato de seguro português (Decreto-Lei nº 72/2008) envolvendo o tema.

---

<sup>1</sup> Há situações de complementariedade entre as normas, teoria desenvolvida pelo Erick Jaime na Alemanha e denominada no Brasil por Cláudia Lima Marques como “diálogo das fontes”. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords.). *Diálogo das Fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

Em que pese não ter a intenção de retratar o histórico do surgimento do direito do consumo<sup>2</sup> ou direito do consumidor<sup>3</sup>, haja vista que já foi devidamente contextualizado por vários autores<sup>4</sup>, cumpre registrar que anteriormente ao surgimento das fontes formais primárias dos dois países, foi editada, em 1973, a “Carta de proteção do consumidor” do Conselho da Europa<sup>5</sup>, prevendo a proteção contra os danos provocados à saúde por produtos defeituosos, a proteção contra os danos aos interesses econômicos, o direito ao ressarcimento dos danos, o direito à assistência, à educação, à informação e à representação, servindo como marco para o desenvolvimento de estudos sobre a relação de consumo<sup>6</sup>. Em Portugal, foi elaborada no ano de 1974, a proposta de Lei nº 5/XI (promoção e defesa do consumidor) com prazo de regulamentação de doze meses, todavia, não se concretizou. No Brasil, tivemos diplo-

---

<sup>2</sup> MONTEIRO, António Pinto. Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 1. ano.1. p. 201-214. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999. MORAIS, Fernando Gravato. A evolução do Direito do Consumo. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, vol. 55. ano 15. p. 9-28. Coimbra: APDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo, 2011. CARVALHO, Jorge Morais. *Manual de Direito do Consumo*. 7ª ed, reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2021. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 43. ano. 10. p. 69-97. São Paulo: RT, jul./set. 2002.

<sup>3</sup> BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*. vol. 628. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 69. CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 5 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 9

<sup>4</sup> Dentre vários: VARELA, Antunes. Direito do Consumo. Estudos de Direito do Consumidor, n. 1, Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999, p. 393: “é ainda na década revolucionária de 70 que no Boletim do Ministério da Justiça aparece publicado com alguma intenção um curioso excerto da monografia de von HIPPEL, intitulada *Defesa do Consumidor*; na qual se dá pormenorizada conta duma espécie de movimento mundial de providências legislativas, tomadas em vários países americanos e europeus, a partir da célebre mensagem que o Presidente Kennedy dirigiu em 1962 aos consumidores, destinada a defender, um estilo demagógico tipicamente norte-americano, a classe político-social mais exposta aos múltiplos e variados abusos próprios de uma sociedade burguesa tipicamente consumista.” ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 30 e ss. BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 02. ano. 2. p. 7-51. São Paulo: Ed., RT, abr./jun. 1992.

<sup>5</sup> Resolução n.º 543 da Assembleia Consultiva, de 17 de Março de 1973. Veja, ainda: Resolução do Conselho da Comunidade Europeia, de 14/4/1975 e a ONU – Organização das Nações Unidas. Resolução n.º 39/248, de 16 de abril de 1985.

<sup>6</sup> “ato ou uma operação de consumo, entendido como aquele que busca a satisfação das necessidades particulares, pessoais e familiares.” GALLET, J.L. A proteção do consumidor na jurisprudência da Corte de Cassação. Tradução LIMA, Clarissa Costa. *Revista do Direito do Consumidor*. vol. 87. ano 22. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2013, p. 18.

mas legais que visavam proteger uma parte mais suscetível à injustiça, *v.g.*, o Decreto nº 22.626/1933, dispondo sobre taxas de juros nos contratos, mas a curiosidade foi a criação de um órgão de proteção e defesa do consumidor em São Paulo<sup>7</sup>, que ganhou força com a promulgação da legislação consumerista e tornou-se referência para os demais órgãos e entidades na luta dos direitos dos consumidores.

Interpretar<sup>8</sup> a devida formação da relação jurídica de consumo, por meio da identificação das figuras (i) do consumidor, sujeito de direitos especiais; (ii) do fornecedor (profissional), sujeito de deveres da prestação; (iii) do produto (bem) ou serviço (cuidados), elementos objetivos entre os sujeitos, possibilitará aclarar o campo de atuação, próprio e específico, do mercado de saúde privado, que possui nos dois países, coincidentemente,  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do total da população atrelados aos seus contratos<sup>9</sup>.

Propõe-se, ainda, neste capítulo demonstrar a relação jurídica entre o utente e o SNS (Serviço Nacional da Saúde), para compreensão se configura ou não como sendo uma relação de consumo para efeitos de utilização das regras protetivas previstas no regime legal à defesa dos consumidores em Portugal.

Com efeito, quem é esse sujeito de direitos que merece uma proteção estatal especial?<sup>10</sup> Quem pode ser entendido como um consumidor na assistência à saúde privada? Quem pode obter autorização da entidade reguladora

---

<sup>7</sup> Em setembro de 1976, por meio do Decreto nº 7.890, foi criado Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, com o objetivo de estudar e propor normas legais e regulamentares, bem como medidas visando à proteção do consumidor, após se deu a nomeação do primeiro Diretor do Procon São Paulo. Disponível em: [https://www.procon.sp.gov.br/institucional/#institu\\_historia](https://www.procon.sp.gov.br/institucional/#institu_historia). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>8</sup> “Saber as leis não é simplesmente conhecer as suas palavras; é conhecer seu sentido e alcance.”. GRAU. Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 05. ano 2. p. 183-189. São Paulo: Ed., RT, jan./mar. 1993.

<sup>9</sup> “Os serviços de cuidados de saúde prestados por pessoas físicas ou jurídicas – médicos independentes, hospitais, centros médicos etc – privados ou públicos – cuja arte de curar é a profissão, figuram entre uma das transações mais numerosas, e, por vezes mais caras, a que os consumidores se submetem durante a vida.”. BOURGOIGNIE, Thierry. Tradutora: BACKES, Simone Regina. A proteção do consumidor e a proteção do paciente: complementariedade dos sistemas de proteção. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.114. ano 26. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2017, p. 52.

<sup>10</sup> A “Carta de proteção do consumidor” trazia o seguinte conceito: “(i) Um consumidor é uma pessoa física ou colectiva a quem são fornecidos bens e prestados serviços para uso privado.”.

para ofertar seguro de saúde ou plano privado de assistência à saúde?

De maneira geral, serão apresentadas as características do contrato de adesão de seguro de saúde e as espécies que estão à disposição do pretendo consumidor que queira aderir ou já aderiu a esse tipo contratual, tanto em Portugal quanto no Brasil, além de abordar sua aplicação no tempo com a entrada de novos marcos legislativos especiais nos dois países.

#### 4.1. Consumidores – Sujeitos de direitos

##### 4.1.1. No direito português

A Constituição da República Portuguesa, promulgada em 1976, foi a primeira<sup>11</sup> no país a incluir no seu texto o sujeito de direitos denominado *consumidor*, inicialmente constou no artigo 81º, *al. h*), como incumbência prioritária do Estado “garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores”, bem como o esculpido em seu artigo 110º.

Alguns poucos anos, entrou em vigor a Lei n.º 29/81, constando no seu art. 2º o conceito de consumidor: “(...), considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens ou serviços destinados ao seu uso privado por pessoa singular ou colectiva que exerça, com carácter profissional, uma actividade económica.”. Nos dizeres do dispositivo, era presumível entender que “todo aquele” poderia ser representando tanto por pessoa natural ou física, quanto por “pessoa colectiva” ou jurídica.

Por meio da Emenda Constitucional, ocorrida em 1989, a proteção do consumidor foi deslocada para o artigo 60º, n.º s 1, 2 e 3, tornando-se parte integrante dos direitos fundamentais do cidadão português<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> As seis Constituições portuguesas (de 1822, 1826, 1838, 1911, 1933 e 1976). MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. *As Constituições Portuguesas*. 6ª ed. Cascais: Princípia, 2013.

<sup>12</sup> A realização do direito do consumidor português foi efetivada perante o Tribunal Constitucional no acórdão n.º 153/90, de 3 de maio, sendo que vários vales de correio se extraviaram, o que causou prejuízo ao destinatário que só os recebeu 6 meses mais tarde. Este pretendeu então receber uma indemnização por parte dos Correios de Portugal. Só que o Tribunal de Relação decidiu que os Correios não eram responsáveis porque uma cláusula dos estatutos destes dispunha que nas suas relações com os clientes, a responsabilidade dos



Ulteriormente, ocorreu a revogação da Lei n.º 29/81 pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho de 1996<sup>13</sup>, passando o conceito de consumidor padrão previsto no artigo 2º para: “1 – Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.”. Percebe-se que mesmo pela alteração do conceito introduzido pela nova lei-quadro, a qual se mantém presente, não se aboliu a presença da “pessoa colectiva” ou jurídica como consumidor.<sup>14</sup> Entretanto, o texto legal português não é enfático, como

correios não abrangia o *lucrum cessans*. Foi então que o lesado recorreu ao Tribunal Constitucional que declarou a norma dos Estatutos dos correios inconstitucional por esta violar o imperativo constitucional de proteção dos consumidores.

<sup>13</sup> Teresa Almeida aponta os trabalhos preparatórios para moldar esse conceito “a) Na nota justificativa do Projecto de Lei n.º 581/VI (D.A.R. I Série-A, n.º47, de 6 de Junho de 1995, pág. 755 e ss.), apresentado pelo P.S., é afirmado acolher-se ‘uma noção de consumidor mais próxima da noção estabilizada nos textos comunitários’. b) O artigo 2º, do Projecto de Lei n.º 581/VI, propunha a seguinte definição de consumidor: “...a pessoa singular a quem sejam fornecidos produtos ou serviços destinados ao seu uso privado por quem exerça, com carácter profissional, uma actividade económica”. c) No debate na generalidade (D.A.R. I Série-A, n.º 84, de 7 de Junho de 1995, pág. 2683 e ss.), a noção de consumidor foi objecto da intervenção do Deputado Luís Sá (P.C.P): “Na Lei n.º 26/84, de 19 de Julho (espanhola), para a defesa dos consumidores, aparecem, por exemplo, expressamente incluídas na definição de consumidor, as pessoas colectivas, já que elas também são consumidores. De algum modo, na Lei n.º 29/81 também é utilizada uma fórmula que inclui as pessoas colectivas, através da expressão – todo aquele que – mas não encontramos neste projecto aquela definição que procura aproximar-se da definição comunitária, contemplando, igualmente, de forma autónoma, as pessoas jurídicas colectivas enquanto consumidores, pelo que não vemos vantagem nesta alteração. d) Ainda no percurso legislativo que conduziu à aprovação da nova Lei de Defesa do Consumidor, havia sido aprovada, em 13 de Agosto, a Lei n.º 60/91, que concedia autorização (entretanto caduca) ao Governo para alterar a Lei n.º 29/81. Um dos propósitos dessa lei traduzia-se em estabelecer uma definição de consumidor a partir do critério do destino “não profissional” dos bens e serviços adquiridos, possuídos ou utilizados (art. 2º, alínea a).”. ALMEIDA, Teresa. *Lei de Defesa do Consumidor Anotada*. 2ª ed. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2001, p. 25-26.

<sup>14</sup> LAURENTINO, Sandrina. Os destinatários da legislação do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 2. p. 415-434. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2000. Para Fernando Baptista de Oliveira “É pelo menos legítimo pensar – e, mesmo concluir-, que se o legislador tivesse a intenção de adoptar a aludida noção restritiva de consumidor, tê-lo-ia feito, não deixando tudo em aberto com a abstracta expressão “todo aquele”. Pretendeu o legislador, sem dúvida para nós, deixar ao cuidado da doutrina e dos “aplicadores do direito” (a jurisprudência) a tomada de posição perante as mais diversas situações (concretas) que se deparem. [...] Não é o correcto dizer-se que a debilidade contratual é apanágio apenas das pessoas singulares.” OLIVEIRA, Fernando Baptista de. *O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 69.

por exemplo, na legislação da Espanha<sup>15</sup> e na lei brasileira<sup>16</sup>, nas quais estabelecem o consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica”, porém, a doutrina desses três países considera sua participação como sujeito especial de direitos de forma excepcional<sup>17</sup>. A finalidade do uso do bem ou do serviço, de forma não profissional, auxilia o interprete a *mens legislatoris* tendo o legislador se preocupado em não alargar o conceito que pudesse comprometer sua função de proteção, portanto, não basta a simples retirada do bem ou do serviço do mercado de consumo, a sua destinação<sup>18 19</sup> é condição primordial

---

<sup>15</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, diz: “Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expressamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o **jurídicas** que actúan en un ámbito **ajeno** a una actividad empresarial o profesional.”

<sup>16</sup> Lei n.º 8.078/90 “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica (...)”.

<sup>17</sup> O legislador português, ao transpor a Diretiva n.º 2008/48/CE, que versa sobre crédito ao consumo, por meio do Decreto-Lei n.º 133/2009, restringiu o conceito de consumidor somente às pessoas físicas. No ano de 1982, Carlos Ferreira de Almeida já assinalava que “É agora lógico concluir que não são consumidores aquelas pessoas colectivas que exerçam uma actividade empresarial, como é o caso (que a alguns tem parecido menos claro) dos hotéis e das empresas que explorem cantinas. Numa e noutra das hipóteses, consumidores são as pessoas físicas, hóspedes ou trabalhadores; as empresas respectivas são fornecedores destes, de acordo com o seu objecto, principal ou acessório. Em relação aos seus próprios fornecedores há uma relação de consumo intermediário, que não é consumo em sentido jurídico.” ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 216.

<sup>18</sup> Para Sandra Laurentino “o profissional poderá ser considerado consumidor desde que faça do bem ou serviço um uso não profissional. Assim, por exemplo, um advogado que compra um computador para a sua casa, para os seus filhos ou sem se servir dele para fins profissionais, será um consumidor.” LAURENTINO, Sandra. Os destinatários da legislação do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2000, p. 425. Atualmente, pode-se concluir, com respaldo no Supremo Tribunal de Justiça Português, processo n.º 03B1015, de 15 de maio de 2003, quem é admitido como consumidor: “I - Abrangidos pela Lei de Defesa do Consumidor são apenas os contratos celebrados entre quem exerça com carácter profissional uma actividade económica, que vise a obtenção de benefícios, e os consumidores. II – Consumidor, para efeitos de aplicabilidade do regime proteccionista estabelecido naquela Lei, é o adquirente de bens de consumo para uso pessoal, familiar ou doméstico, estranho à sua actividade profissional. (...) Está assente que o A. adquiriu na loja filial da Empresa-A, de Lamego, o mencionado retroprojector, única e exclusivamente para ser utilizado no seu estabelecimento de café, a fim de rentabilizar a sua exploração. Deste modo, tendo o A. adquirido o retroprojector para única e exclusivamente ser utilizado na sua actividade comercial, como meio de rentabilização do seu estabelecimento de café, não pode ele ser considerado “consumidor” para efeitos de aplicabilidade do regime previsto na Lei n.º 24/96.” Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6e6070e-1baf6bc40802571df0033253c?OpenDocument>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>19</sup> O Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo, no

para a correta identificação da figura do consumidor<sup>20</sup>.

Particularidade, conhecida por todos, mas necessário ressaltar, diz respeito a menção ao sujeito consumidor trazido pelas legislações<sup>21</sup> portuguesas que, direta ou indiretamente, resguardam a sua proteção em determinados assuntos, *v.g.*, às disposições constantes do Decreto-Lei nº 446/85, que versam sobre as cláusulas contratuais gerais, e do Decreto-Lei nº 57/2008, que institui o regime das práticas comerciais desleais<sup>22</sup>, desencadeado pela transposição das normas do Direito Europeu com a pretensão de *harmonização legislativa*<sup>23</sup>.

Nesse sentido, imperioso adentrar nos ditames do Decreto-Lei nº 72/2008, com alterações da Lei nº 147/2015, que dispõe sobre o Regime jurídico do contrato de seguro (RJCS), em particular, o denominado “seguro de saúde”, inserido entre os artigos 213º a 217º do Anexo do diploma legal.

Na leitura geral dos dispositivos do RJCS, a palavra consumidor aparece por seis vezes, duas no seu preâmbulo, e as demais no Anexo, sendo uma no

---

processo nº 580/2020, não considerou como consumidor uma pessoa que adquiriu “rampas zincadas” para manutenção em veículo tipo furgão, em que pese alegou, mas não provou que o veículo não era utilizado para transporte de bagagens e encomendas, não ocorrendo o “preenchimento do elemento teleológico.”

<sup>20</sup> Paulo Duarte afirma que “é inescapável reconhecer que a uma qualquer pessoa colectiva cujo fim se esgote no desempenho de uma qualquer actividade económica jamais poderá deferir-se a qualidade de consumidor. DUARTE, Paulo. O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2º/1 da lei de defesa do consumidor. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 75. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1999, p. 662-663.

<sup>21</sup> Jorge Morais relata todas as legislações que conceituam o consumidor, dentro das suas especificidades, afirmando que “não existe um conceito único, quer a nível nacional quer a nível internacional”. CARVALHO, Jorge Morais. O conceito de consumidor no direito português. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 14. p. 185-219. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2018. O Decreto-Lei nº 84/2021, com entrada em vigor em janeiro de 2022, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770, estabeleceu no artigo 2º, al. “g) «Consumidor», uma pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;”.

<sup>22</sup> MILANEZ, Felipe Comarela. *Interesses econômicos e as práticas comerciais desleais: uma abordagem a partir do Direito Português e do Direito Europeu*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

<sup>23</sup> MONTEIRO, António Pinto. Harmonização legislativa e proteção do consumidor (a propósito do anteprojecto do código do consumidor português). In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. p. 115-136. São Paulo. Atlas, 2008.

artigo 3º (remissão para legislação de defesa do consumidor), outra no artigo 9º (norma de aplicação imediata) e duas no artigo 19º (também para remissão), constando outras denominações, “tomador do seguro”, “segurado”, “pessoa segura” e “beneficiário”<sup>24</sup>. Nos artigos relacionados com o seguro de saúde consta somente a expressão “pessoa segura”.

Merece destaque o termo “proteção da parte débil”<sup>25</sup> utilizado na introdução, reconhecendo a necessidade de sua proteção, todavia, realça que a “maior proteção” acarreta acréscimo no prêmio e que os seguros são ofertados além das fronteiras dos países da União Europeia, portanto, sem deslocamento para firmar o contrato, cabendo à legislação garantir ônus proporcionais e concorrência entre os seguradores<sup>26</sup>.

O legislador pátrio entendeu pela complementariedade das normas, ao invés de estabelecer um conceito do sujeito consumidor, reportando-se para a legislação geral, inclusive isso é perceptível pela leitura do artigo 19º, que está inserido na subseção dos deveres de informação do segurador, impondo a conformação do tomador como consumidor, para receber as informações conforme determina o regime de defesa do consumidor. Caberá ao intérprete estar atento para compreender em qual momento o consumidor é reportado com as outras denominações legais.

---

<sup>24</sup> No preâmbulo do Decreto-Lei nº 72/2008, consta: “Pretendeu-se, nomeadamente, que os conceitos de tomador do seguro, segurado, pessoa segura e beneficiário fossem utilizados de modo uniforme e adequado aos diferentes problemas jurídicos da relação contratual de seguro.”

<sup>25</sup> “No âmbito da protecção da parte débil na relação de seguro, importa realçar dois aspectos. Em primeiro lugar, muito frequentemente, a maior protecção conferida ao segurado pode implicar aumento do prémio de seguro. Por outro lado, a actividade seguradora cada vez menos se encontra circunscrita às fronteiras do Estado Português, sendo facilmente ajustado um contrato de seguro por um tomador do seguro português em qualquer Estado da União Europeia, sem necessidade de se deslocar para a celebração do contrato. Ora, a indústria de seguros portuguesa não pode ficar em situação jurídica diversa daquela a que se sujeita a indústria seguradora de outros Estados da União Europeia. (...). Em suma, em especial nos seguros de riscos de massa, importa alterar o paradigma liberal da legislação oitocentista, passando a reconhecer explicitamente a necessidade de protecção da parte contratual mais débil. Não obstante se assentar na tutela da parte contratual mais débil, como resulta do que se indicou, cabe atender ao papel da indústria de seguros em Portugal. Pretende-se, por isso, evitar ônus desproporcionados e não competitivos para os seguradores, ponderando as soluções à luz do direito comparado próximo, mormente de países comunitários.”

<sup>26</sup> BASEDOW, Jürgen. Em direção a uma Lei Contratual Securitária Europeia? (trad. Thiago Villela Junqueira). *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 98. ano. 25. p. 55-76. São Paulo: Ed., RT, mar./abr., 2015.

Para melhor compreensão e delimitação do objeto deste item, tem-se quase 3 milhões de pessoas inscritas no seguro de saúde, ou seja, cidadãos portugueses que não querem dependência do Serviço Nacional de Saúde (SNS), buscando alternativa<sup>27</sup> na iniciativa privada para manter, recuperar ou melhorar sua condição de saúde. Não resta dúvida que todas as pessoas seguradas são consumidores, na estreita observância da Lei nº 24/96, para qual remeteu o Decreto-Lei nº 72/2008, cabendo ao segurador garantir os direitos previstos não somente em ambas, mas também, nas demais legislações que são compatíveis com a proteção e defesa do sujeito denominado consumidor, como exemplo, a lei das cláusulas contratuais gerais.

Ressalte-se que, o tomador de seguro, quando individualmente adere ao contrato de seguro de saúde, torna-se também uma pessoa segurada, ou seja, em eventual reclamação ou ação judicial as duas denominações legais passam a ser entendidas como única, o consumidor.

Ponto para reflexão é a possibilidade da pessoa “colectiva” ou jurídica, denominada como “tomador do seguro”, responsável atualmente pelo agrupamento da maioria das pessoas seguradas inscritas neste ramo de seguro, poder reivindicar, por exemplo, a insuficiência de informações prestadas pelo segurador no momento da contratação, que demandavam o conhecimento de cálculos aritméticos e fórmulas unilaterais, que culminaram pelos insuficientes esclarecimentos para os empregados sobre valores reembolsáveis. A discussão judicial de abusividade de eventual cláusula limitativa de responsabilidade que conste no clausulado firmado pela pessoa “colectiva”, como tomador de seguro, teria cabimento com base na seção III, das relações com consumidores finais, ou somente caberia na seção II, das relações entre empresários, ambas previstas no regime das cláusulas contratuais gerais? A rigor, a destinação dos cuidados de saúde atinge diretamente os empregados, mas o contrato firmado não visa benefício direto para o tomador, como profissional, razão pela qual se poderia cogitar, para essa situação específica, a sua caracterização como consumidor. A não ser que se alegue que ao possibilitar adesão ao grupo estaria sendo favorecido porque o empregado teria um atendimento mais ágil e retornaria ao trabalho em menos tempo, impactando positivamente na produção. O eventual litígio pela pessoa “colectiva” poderia resolver a questão para todos

---

<sup>27</sup> Antonio Penteadó Mendonça citando José Renato Nalini que disse “a opção pelo contrato de seguro é a alternativa ética à inviável fuga das desgraças” MENDONÇA, Antônio Penteadó. Temas de seguro. São Paulo: Roncarati, 2010, p. 9.

os empregados, ao ser julgada a cláusula abusiva e nula. Como anotado, são questões que demandam reflexões para a célere e eficaz proteção do consumidor.

#### 4.1.2. No direito brasileiro – “standard” (padrão)

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), instituído pela Lei nº 8.078/90, definiu, no seu artigo 2º, *caput*, como conceito padrão de consumidor “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatário final”.

Merece atenção e importância o detalhamento da identificação da pessoa física ou jurídica como elementos subjetivos na relação consumo de plano de assistência à saúde, pois há discussão<sup>28</sup> no Poder Judiciário sobre ilegitimida-

---

<sup>28</sup> “RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. AÇÃO REVISIONAL. VALIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. REAJUSTE DE MENSALIDADES. USUÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO CONTRATUAL COM A OPERADORA. ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO. INTERESSE JURIDICAMENTE PROTEGIDO. DEMONSTRAÇÃO. DESTINATÁRIO FINAL DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. 1. Discute-se a legitimidade ativa ad causam do usuário de plano de saúde coletivo para postular contra a operadora a revisão judicial de cláusulas contratuais. 2. A legitimidade exigida para o exercício do direito de ação depende, em regra, da relação jurídica de direito material havida entre as partes; em outras palavras, a ação tem como condição a titularidade de um direito ou interesse juridicamente protegido. 3. O plano de saúde coletivo é aquele contratado por uma empresa ou por pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, como conselhos, sindicatos e associações profissionais, junto à operadora de planos de saúde para oferecer assistência médica e/ou odontológica às pessoas vinculadas às mencionadas entidades bem como a seus dependentes. 4. No plano de saúde coletivo, o vínculo jurídico formado entre a operadora e o grupo de usuários caracteriza-se como uma estipulação em favor de terceiro. Por seu turno, a relação havida entre a operadora e o estipulante é similar a um contrato por conta de terceiro. Já para os usuários, o estipulante é apenas um intermediário, um mandatário, não representando a operadora de plano de saúde. 5. Na estipulação em favor de terceiro, tanto o estipulante (promissário) quanto o beneficiário podem exigir do promitente (ou prestador de serviço) o cumprimento da obrigação (art. 436, parágrafo único, do CC). Assim, na fase de execução contratual, o terceiro (beneficiário) passa a ser também credor do promitente.] 6. Os princípios gerais do contrato amparam tanto o beneficiário quanto o estipulante, de modo que havendo no contrato cláusula abusiva ou ocorrendo fato que o onere excessivamente, não é vedado a nenhum dos envolvidos pedir a revisão da avença, mesmo porque as cláusulas contratuais devem obedecer a lei. 7. O usuário de plano de saúde coletivo tem legitimidade ativa para ajuizar individualmente ação contra a operadora pretendendo discutir a validade de cláusulas do contrato, a exemplo do critério de reajuste das mensalidades, não sendo empecilho o fato de a contratação ter sido intermediada

de ativa nas ações propostas pelos consumidores que visam obter cobertura assistencial não autorizada pela operadora por conter cláusula delimitadora negativa da prestação.

Analisando os requisitos impostos pela legislação, identifica-se a presença de dois sujeitos distintos, a pessoa física e a pessoa jurídica. Com relação a pessoa física, deve ser capaz juridicamente, para contratar um plano de assistência à saúde para eventual uso próprio ou, conjuntamente, com seu grupo familiar, configurando-se assim, o consumidor *standard*, eis que adquiriu um produto<sup>29</sup> (plano) como destinatário final<sup>30</sup>. Ao inserir na sua apólice ou formulário de adesão seu grupo familiar (filhos e cônjuge) estendeu para eles a qualificação legal, devendo todos serem considerados consumidores, denominados de dependentes do titular. Detalhe perspicaz e que provoca repercussões jurídicas está no fato de que nenhum dos dependentes teve acesso a qualquer tratativa ou contato com o pacto firmado entre o titular e a operadora, contudo, são sujeitos de direitos para reivindicar a qualidade e eficiência na prestação dos serviços de assistência à saúde ou eventuais abusos.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) no seu *Glossário Temático* trata como sinônimo de consumidor<sup>31</sup> o *beneficiário* expondo na defi-

---

por estipulante. 8. Recurso especial provido;” Recurso Especial nº 1.510.697/SP, Terceira Turma, publicado no Diário da Justiça eletrônico no 15/06/2015. Na doutrina, dentre outros: ADDARIO, Marilsen Andrade. Conceituação de consumidor: destinatário final ou uso não profissional?. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 75. ano. 18. p. 166-213. São Paulo: Ed., RT, jul./set. 2010. GRUNDMANN, Stefan. A proteção funcional do consumidor – Novos modelos de consumidor à luz de teorias recentes. Trad. Laura Schertel Mendes. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.101. ano 24. p. 17-42. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2015.

<sup>29</sup> Todo plano de saúde ofertado pela operadora é devidamente registrado na ANS como produto.

<sup>30</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 74. ano. 18. p. 7-42. São Paulo: Ed., RT, abr./jun. 2010.

<sup>31</sup> Veja outros sinônimos: Consumidor, Consumidor de plano de saúde, Participante de plano privado de assistência à saúde Usuário, Usuário de plano privado de assistência à saúde e Segurado. Descrição: Pessoa física, titular ou dependente, que possui direitos e deveres definidos em legislação e em contrato assinado com a operadora de plano privado de assistência à saúde para garantia da assistência médico-hospitalar e/ou odontológica.

Notas: i) O beneficiário de plano privado de assistência à saúde pode ter contrato assinado com mais de uma operadora e/ou em mais de um plano, cada qual constituindo um vínculo distinto; cada vínculo corresponde a uma tríade beneficiário-plano-operadora diferente. ii) Esse termo é o formalmente preferido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Glossário Temático. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/glossario/?view=termo&id=40>. Acesso em: 05 nov. 2021.

nição, com clareza, se tratar tanto do titular quanto do dependente, os quais possuem direitos e deveres previstos na legislação e no clausulado firmado com a operadora.

Indubitável, perante a regra conceitual contida no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e da definição dada pela ANS, tem-se que o grupo familiar, ao serem inscritos pelo titular, são consumidores legítimos, haja vista que estão aptos a utilizarem, caso necessitem, da prestação de serviço da operadora como destinatários finais. Com efeito, quando um determinado exame ou tratamento deixa de ser autorizado para o dependente, sob alegação da operadora de cláusula delimitadora negativa da prestação, *v.g.*, que não consta no “*Rol de Procedimentos e Eventos de Saúde*” da ANS, poderá o dependente, desde que seja absolutamente capaz ou por representação<sup>32</sup>, ingressar com ação competente para dirimir o conflito de interesses sem necessitar da presença do titular como parte ativa do processo judicial.

No mesmo sentido, são consumidores os aderentes aos planos coletivos, empresarial ou por adesão, por serem inscritos como beneficiários no contrato firmado, por exemplo, entre a sua empresa empregadora ou sindicato, conselho de classe, a que pertence, e a operadora. Relembre-se que sua adesão ao contrato coletivo é realizada, através de formulário padronizado, na gerência de recursos humanos ou na sede das entidades representativas, recebendo informações básicas sobre as condições gerais contratadas.

A imposição pelo órgão regulador de que cabe a pessoa jurídica contratante efetuar o pagamento de todos os beneficiários<sup>33</sup> diretamente para a operadora não desnatura a qualificação de consumidor para exigir seus direitos, pois são eles, e não a pessoa jurídica contratante os destinatários finais que poderão utilizar do serviço de assistência à saúde disponibilizado pelas operadoras. Como exceção a essa afirmativa, vislumbra-se duas hipóteses em que não é cabível o aderente discutir, isoladamente, em juízo sobre o contrato coletivo, a primeira ao pretender a nulidade do reajuste de sua mensalidade por variação de custos anual, a segunda a manutenção do contrato rescindido entre os contraentes. Entende-se pela ilegitimidade ativa do consumidor aderente,

---

<sup>32</sup> Alerta-se para o fato que essa ação deve ser proposta no foro comum, e não no Juízo Especial, pois, de acordo com a Lei nº 9.099/95, não é possível a representação.

<sup>33</sup> Recorda-se que, no plano coletivo empresarial pode ou não haver o desconto na folha salarial do empregado, seja referente a mensalidade ou somente a título de coparticipação. Já no plano coletivo por adesão, a entidade repassa todo o custo para seus filiados.



isto porque existe um acordo bilateral entre a pessoa jurídica contratante e a operadora. Imagine na primeira hipótese, o consumidor na idade de 55 anos, de forma individualizada, obtém êxito em sua ação judicial, tendo o Estado Juiz determinado aplicação de percentual menor ao acordado entre as partes, por meio de aditivo contratual. Na prática, em um mesmo contrato teríamos o tratamento diferenciado de pessoas iguais, pois um aderente na mesma faixa etária de 55 anos pagaria mais do que o autor da ação, eis que conseguiu somente para si decotar o fatídico reajuste anual, previsto contratualmente, que foi aplicado para todas as pessoas que compõem o contrato coletivo.

Reforça-se, em se tratando de cobertura assistencial, não resta qualquer dúvida sobre a legitimidade *ad causam* do aderente titular e seus dependentes, conjunta ou isoladamente. Neste particular, adverte-se que a propositura de ação judicial proposta, mesmo que de forma particularizada pelo aderente, poderá acarretar efeitos para todos os beneficiários caso o Estado-juiz entenda pela nulidade da cláusula delimitadora negativa da prestação expressa no clausulado, considerando-a abusiva frente aos ditames do Código de Defesa do Consumidor. Em que pese esse consumidor não ter assinado o contrato de prestação de assistência à saúde, ele como destinatário final dos serviços, se sentiu vilipendiado com relação ao direito à cobertura assistencial, clamando tutela ao Poder Judiciário para extirpar a afamada cláusula do clausulado, ao transitar em julgado seu pedido procedente, essa cláusula, mesmo estando fisicamente escrita, deve ser entendida como inexistente, não podendo ser utilizada pela operadora para negar eventual tratamento a outro aderente inscrito no mesmo contrato.

De acordo com o artigo 82 do CDC, são legitimados, concorrentemente, para a defesa coletiva das ações de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que envolvem às relações de consumo, o Ministério Público, o Estado *lato sensu* e associações de defesa dos consumidores, entretanto, quem acabou conseguindo o efeito *ultra partes* foi o consumidor aderente ao contrato firmado entre a pessoa jurídica contratante e a operadora. Diferente da primeira hipótese, que somente ele foi contemplado com a decisão judicial, inclusive gerando distorções entre iguais, no que tange a cobertura assistencial todos os aderentes foram agraciados com a eliminação da cláusula delimitadora negativa da prestação.

Imperioso registrar o princípio da vulnerabilidade do consumidor, consagrado no artigo 4º, I, do CDC, que norteia o principal motivo de se existir uma legislação especial, o qual, em síntese, compreende como sendo a fra-

gilidade<sup>34</sup> do sujeito de direitos dessas relações, eis que o fornecedor que detém o *know-how* de seus produtos e serviços. Na relação de consumo de assistência à saúde a vulnerabilidade é acentuada por se tratar de pessoas enfermas, e ainda, mais exacerbada quando é enferma e idosa<sup>35</sup>. No direito brasileiro, a tese contemporânea tem denominado o consumidor pessoa idosa como “hipervulnerável”<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> “Essa fragilidade pode ser vista, ao menos, sob três enfoques, todos eles direcionados à manutenção da igualdade entre consumidor e fornecedor nas relações de consumo. Num primeiro momento, a vulnerabilidade do consumidor deve ser observada a partir da *publicidade*. Modernas técnicas de *marketing*, aliadas a uma maciça publicidade e mecanismos de convencimento e de manipulação psíquica utilizados pelos agentes econômicos, criam necessidades antes inexistentes, bem como representações ideais de situações de vida que induzem o consumidor a aceitá-las. O indivíduo tem sua manifestação de vontade fragilizada, já não mais determinando suas prioridades e necessidades, e isso ocorre normalmente de forma por ele despercebida. Num segundo momento, a vulnerabilidade do consumidor possui natureza *técnico-profissional*. Somente os fornecedores possuem o conhecimento técnico e profissional específico de sua atividade, ao contrário do consumidor, que normalmente se vê privado desse conhecimento. O terceiro enfoque que justifica a proteção do consumidor na busca pela sua igualdade frente ao fornecedor é sua vulnerabilidade *jurídica*. Somam-se às técnicas de contratação de massa, representadas pelos contratos de adesão, pelas condições gerais dos negócios e pelos demais instrumentos contratuais utilizados normalmente pelos fornecedores, empresas, setores jurídicos próprios, preparados para conflitos judiciais e extrajudiciais.” SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor: Item 2.1: Campo de aplicação do CDC e direito à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Ed, RT, 2009, p. 87.

<sup>35</sup> Para aprofundamento do tema: BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O direito à saúde da pessoa idosa. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

<sup>36</sup> “um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma permanente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de ‘planos’ de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária.” MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.194. NISHITAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 76. ano. 19. p. 13-45. São Paulo: Ed., RT, out./dez. 2010. PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.113. ano 26. p. 81-110. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2017.

É notório que o consumidor idoso<sup>37</sup> é quem mais necessita utilizar-se da prestação de serviço de assistência à saúde, seja para realização constantes de exames que visam prevenir o agravamento das doenças ou pelo fato que estão mais suscetíveis para contrair novas enfermidades pelo desgaste do corpo e pelos hábitos desenvolvidos ao longo da vida<sup>38</sup>. Anteriormente a edição da Lei nº 9.656/98, o consumidor, com poder aquisitivo médio ou bom, contratava um plano ou seguro para não depender do sistema público e, quando precisava usá-lo, recebia informação que determinado procedimento não foi autorizado por possuir cláusula expressa limitando a cobertura de *doença preexistente* ou *doença crônica*, ocasionado forte abalo emocional e sem compreensão exata do alcance real da caracterização dessas doenças consideradas como não previstas para cobertura contratual. A judicialização existia, mas era muito incipiente, sendo firmada, ao longo dos anos, pelos Tribunais<sup>39</sup> a jurisprudência nesta senda como abusiva.

O artigo 14 da Lei nº 9.656/98 foi enfático ao não permitir que a operadora deixe de contratar ou impeça a participação da pessoa idosa, como beneficiária de plano ou seguro de saúde. Ressalte-se a necessidade da operadora de cumprir seu dever de informação, para esse público, com mais ênfase e detalhamento sobre as condições de uso dos serviços quando da oferta, sob pena de constituir prática abusiva<sup>40</sup> repudiada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Além do conceito standard, o legislador optou por inserir a figura dos consumidores equiparados, que serão detalhados adiante.

---

<sup>37</sup> José de Oliveira Ascensão explica que a “idade traz fatalmente a deterioração ou perda, mais ou menos rápida, de faculdades físicas e mentais, do homem. Os gestos diários vão-se tornando mais pesados e difíceis. Está sujeito a quedas e à dependência geral em relação a terceiros.” ASCENSÃO, José de Oliveira. Aceitação, Adaptação, Esperança: as coordenadas fundamentais do envelhecimento. *Estudos do Direito do Consumidor*. vol. 10. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2016, p. 13.

<sup>38</sup> ZALAZAR, Claudia; GARZINO, M. Constanza. El paciente como consumidor hipervulnerable. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.119. ano 27. p. 49-88. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2018.

<sup>39</sup> Nesse sentido, dentre outros: Agravo em Recurso Especial nº 341.608 – SP, Ministro Marco Buzzi, publicado em 6/08/2013 e Agravo em Recurso Especial nº 14.557 – PR, Ministro Raul Araújo, publicado em 01/08/2011.

<sup>40</sup> Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 39, inciso IV, “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

#### 4.1.2.1. Consumidores Equiparados

O legislador, de forma explícita, inseriu no Código de Defesa do Consumidor três situações distintas que complementam quem pode ser o sujeito de direitos que merece uma tutela especial pelo Estado, a saber: (i) coletividade; (ii) vítimas do evento e (iii) expostos às práticas abusivas. Cumpre dizer que não se tem a pretensão de contextualizar todos os aspectos jurídicos que envolvem essa temática, ficando restrito para evidenciar o texto legal e sua aplicação nos casos de contratação de plano ou seguro de saúde.

##### 4.1.2.1.1. Coletividade

*Ab initio*, importante registrar que a figura da coletividade, como consumidor equiparado, igualmente ao consumidor *standard*, está inserida na parte geral do Código de Defesa do Consumidor, isso quer dizer que sua proteção, seus *interesses plúrimos*<sup>41</sup>, está assegurada em todo contexto da lei, não havendo restrição em relação a nenhum instituto jurídico, como será demonstrado em relação as vítimas do evento e às práticas abusivas.

O texto legal diz: “Art. 2º [...] – Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Essa regra permite que vários consumidores sejam protegidos através de ato jurídico praticado por alguém legitimado para a defesa coletiva em prol dos seus interesses, não necessitando que todos busquem, individualmente, sua proteção.

Ao que realmente interessa, na relação de consumo de assistência à saúde poderá a empresa empregadora, entidade ou órgão público (art. 82, CDC) promover a defesa dos consumidores<sup>42</sup>, tanto administrativamente por meio de abertura de reclamação junto ao órgão regulador, como, também, através de propositura de ação judicial requerendo a nulidade de cláusula delimitadora negativa da prestação que restrinja a cobertura assistencial.

---

<sup>41</sup> GOMES, Orlando. Os direitos dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 77. ano. 20. p. 19-26. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2011.

<sup>42</sup> BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Art. 81. Parágrafo único. Inciso II. 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990. “Artigo 81. (...). Parágrafo único. (...) II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;”.

A regra estampada na norma diz *ainda que indetermináveis*, ou seja, a proteção é geral e não para a coletividade identificada, por exemplo, em determinado contrato realizado entre a operadora e o conselho de classe, podendo atingir também a retirada de publicidade enganosa quando da oferta pública de planos e seguros que não possuem autorização da ANS ou não correspondem com a realidade da rede hospitalar ou clínica credenciada, bem como proibir nos atuais e futuros contratos determinada cláusula delimitadora negativa da prestação. Essa situação de proteção é classificada no CDC como difusos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Há, ainda, a proteção dos interesses individuais homogêneos<sup>43</sup>, que decorrem de uma origem comum, *v.g.*, cite-se ação julgada procedente para eliminar dos contratos cláusula expressa de não cobertura assistencial para medicamento ministrado, via oral, pelo próprio consumidor no seu domicílio para tratamento de câncer, como pedido de reembolso para todos aqueles que adquiriram o referido medicamento de forma particular.

Pontua-se que os efeitos da coisa julgada<sup>44</sup> são distintos, será *erga omnes* para os difusos e individuais homogêneos e *ultra partes* para os coletivos. Para todas as ações coletivas restou garantido o não pagamento de custas, honorários para peritos, caso seja necessária perícia, podendo somente ser condenada em honorários advocatícios de sucumbência e demais despesas processuais, desde que comprovada em juízo a sua inequívoca má-fé na propositura da ação.

Pode-se citar, como exemplo de ações coletivas envolvendo à assistência à saúde suplementar, a proposta, em 2011, pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em desfavor de seis operadoras que atuam naquele Estado, com pedido que seja autorizado, “sempre que houver indicação médica, todas as espécies de intervenções cirúrgicas reparadoras pós-gastroplastia” que culminou com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 05 de dezembro de 2019, no sentido de ser ilegítima a recusa de cobertura das cirurgias para remoção de tecido epitelial.

---

<sup>43</sup> Para mais detalhes processuais, ler os artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 1990. Artigos 103 e 104.

4.1.2.1.2. Vítimas do evento

Inicia-se pela redação da lei (CDC) que estabelece: “Art. 17. Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Saliente-se que o texto legal esculpido delimitou a aplicação da figura do consumidor equiparado, qual seja, a Seção II do CDC que aborda o instituto da “Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”.

Brevemente, sobre esse instituto jurídico, a teoria clássica, também chamada de teoria da culpa, subjetiva ou por fatos ilícitos, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. A liberdade de ação ou omissão dos homens é um direito fundamental, cabendo responsabilizá-lo quando aspectos subjetivos da sua conduta gera danos a outrem. Em não havendo culpa, não há que falar em responsabilidade civil. Na responsabilidade subjetiva, a prova da culpa (em sentido *lato*, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito) passou a ser pressuposto necessário para a indenização do dano<sup>45</sup>. No entanto, a lei impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isso acontece, entende-se que a responsabilidade é objetiva ou pelo risco, porque se satisfaz, apenas, com o dano, evento danoso e o nexo de causalidade, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado, a reparar o dano. Essa teoria tem como postulado que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. De acordo com renomados autores<sup>46</sup> portugueses a responsabilidade civil subjetiva já não permitia recompor os danos advindos de uma sociedade em evolução. Segundo o entendimento do

---

<sup>45</sup> MIRANDA, Ana Mafalda Castanheira Neves Barbosa. *Liberdade VS. Responsabilidade: A precaução como fundamento da imputação delitual*. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 110-111 (nota de rodapé n. 169) – “No início, a responsabilidade civil não tinha existência autônoma. A responsabilidade seria exclusivamente penal e mesmo essencialmente religiosa. As sanções que se conheciam eram os sacrifícios e as penitências, desprovidas de qualquer carácter indenizatório. Só mais tarde surgem as primeiras manifestações de responsabilidade civil.” Essas manifestações vieram com as codificações, por exemplo, o Código Napoleónico – 1804 (baseado na *faute*), o BGB (código civil alemão) – 1900, o Código Civil Brasileiro – 1916.

<sup>46</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10<sup>a</sup> ed. rev. e actualiz., 11<sup>a</sup> reimp. da ed. de 2000. Coimbra: Almedina: 2014, pág. 631; CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*. vol. 2. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 263; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, 12<sup>a</sup> ed., rev. e actual., reimp. Coimbra: Almedina, 2011, p. 528. MONTEIRO, Sinde Jorge. *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil: curso de mestrado*. Coimbra: [s.n.], 2001, p.8-13.

jurista brasileiro, Carlos Roberto Gonçalves<sup>47</sup>, a responsabilidade civil deslocar-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco proveito” que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum ibi onus*, isto é, quem auferir os cômodos ou lucros deve suportar os incômodos ou riscos), ora mais genericamente, como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo, em razão de uma atividade perigosa, ora; ainda, como “risco profissional”, decorrente da atividade ou profissão do lesado.

Para esse estudo a regra que merece atenção é o artigo 14 do CDC, que já traz explícita a responsabilidade objetiva, ao ser taxativo com a expressão *independentemente da existência de culpa*, referente aos *defeitos* relativos à prestação de serviços. Portanto, a operadora que causar danos à integridade física ou psíquica à pessoa, seja por si ou por meio do seu credenciado, deve responder. O *defeito* ocorre “quando o produto ou serviço não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar” (art. 14, §1º, CDC) sendo denominados na melhor doutrina<sup>48</sup> de acidente de consumo ou vício de insegurança. Para ilustrar, seriam exemplos de hipóteses configuradoras o fato de um acompanhante que estiver com o beneficiário do plano em um nosocômio vir a ser atingido por uma seringa pelo descuido da enfermeira; fraturar um osso após escorregão porque o chão estava molhado e sem sinalização; ter algum pertence furtado ou roubado dentro das dependências do hospital ou, ainda, ser atropelado por ambulância contratada pela operadora que estava procedendo à remoção inter-hospitalar. Percebe-se que em todos os exemplos citados, a relação jurídica de consumo está qualificada, porém, o lesado não foi o consumidor que usufruía da prestação de serviços, mas sim uma “vítima” ou *bystander*<sup>49</sup> estranho ao contrato, sendo que

---

<sup>47</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8ª ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 10.

<sup>48</sup> “as regras sobre acidentes de consumo têm como objetivo garantir a integridade corporal das pessoas e servem para a implementação do direito básico à segurança”. FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 68.

<sup>49</sup> No mesmo sentido, Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin: “Protege-se não só o consumidor direito, aquele que adquiriu o produto ou serviço, como ainda qualquer pessoa afetada pelo bem de consumo. Aí se inclui até o *bystander*, ou seja, o mero espectador que, casualmente, é atingido pelo defeito. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.) *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

o legislador garantiu o uso do CDC, ao invés das regras contidas no Código Civil, favorecendo-o para agilizar sua indenização, sem a discussão da culpa, pelas regras da responsabilidade objetiva pelo fato do serviço<sup>50</sup>.

Exceção à regra geral, está disciplinada no §4º do artigo 14, que prevê a verificação de culpa por danos causados pelos profissionais liberais. Caso o médico credenciado da operadora tenha prescrito um medicamento equivocado ou não prestou as devidas informações sobre as reações adversas, sem constar do consentimento informado<sup>51</sup> assinado pelo consumidor, deve perante a ele ser verificada a culpa. Todavia, o consumidor poderá ingressar em juízo somente contra a operadora, que responderá objetivamente, podendo, caso queira, agir de regresso contra o médico por ela credenciado.

#### 4.1.2.1.3. Expostos às práticas comerciais abusivas

*Data vênia*, cogente transcrever a regra legal contida no CDC, a saber: “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Mais uma vez, registre-se, o campo de aplicação deste dispositivo, referindo-se ao capítulo denominado de “Práticas Comerciais”, abrangendo

---

p. 53. TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 13. ano. 4. p. 12-17. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 1995.

<sup>50</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor: Item 2.1: Campo de aplicação do CDC e direito à saúde, p. 71-109. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

<sup>51</sup> Sobre esse tema: PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento informado na relação médico-paciente. Centro de Direito Biomédico, vol. 9. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. RODRIGUEZ, João Vaz. O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). Centro de Direito Biomédico, vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaella. Consentimento informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde (Telemedicina, Cirurgia Robótica e Inteligência Artificial). *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 33. ano. 17. p. 25-64. Coimbra: Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, jan./jul. 2020. ARRUDA, Vivian Lacerda. O consentimento informado e a responsabilidade civil no direito farmacêutico. p. 197-214. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 18. ano. 9. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. MANSO, Luís Duarte Baptista. O Dever de Esclarecimento e o Consentimento Informado em Diagnóstico Pré-Natal e Diagnóstico Genético Pré-Implantação. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 16. ano. 8. p.135-158. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.



suas várias seções: (i) da oferta; (ii) da publicidade; (iii) das práticas comerciais abusivas; (iv) da cobrança de dívidas; e (v) dos bancos de dados e cadastros de consumidores. Além dele, abrange também, o capítulo VI nominado “Da Proteção Contratual”, com as seções sobre cláusulas abusivas e contrato de adesão.

O Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer que “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas”, ampliou consideravelmente que qualquer pessoa, física ou jurídica, que estiver “exposta”<sup>52</sup> aos institutos jurídicos citados nas seções, mesmo que não mantenha vínculo ou relação direta com a operadora de plano de saúde, mas somente pelo fato de se sentir por ela prejudicada, tem o regular exercício de direito para fazer uso das normas especiais de proteção do código consumerista em eventual ação judicial. Exemplificando, a operadora ofertou, através de jornal impresso e eletrônico, seguro de saúde para as faixas etárias com os seguintes preços: a) 0 a 18 anos – R\$49,00 ;b) 19 a 23 anos – R\$59,00; c) 24 a 28 anos – R\$69,00; d) 29 a 33 anos – R\$79,00; e) 34 a 38 anos – R\$89,00; f) 39 a 43 anos- R\$99,00; g) 44 a 48 anos – R\$209,00; h) 49 a 53 anos -R\$219,00; i) 54 a 58 anos – R\$259,00; e j) 59 anos ou mais – R\$279,00, atraída, a pessoa jurídica procurou a operadora, entretanto, não conseguiu realizar a contratação sob alegação de erro na oferta publicada no jornal, pois faltou o acréscimo de R\$100,00 (cem reais) no valor para as primeiras faixas etárias. De acordo com o artigo 30<sup>53</sup> do CDC, a oferta precisa e veiculada obriga o fornecedor que a divulgou, inclusive é considerada prática infrativa, passível de multa pelo artigo 13, VI<sup>54</sup>, do Decreto Federal

---

<sup>52</sup> “O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica do consumidor para imprimir uma definição de política-legislativa! Parece-nos que, para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores-finais, o legislador concedeu um poderoso instrumento daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) *expostos às práticas abusivas*. Estas, mesmo não sendo “consumidores *stricto sensu*”, poderão utilizar das normas especiais do CDC, de seus princípios, de sua ética de responsabilidade social no mercado, de sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas.” MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9ª. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 294.

<sup>53</sup> “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”. *Ibid*, 1990.

<sup>54</sup> “VI – deixar de cumprir a oferta, publicitária ou não, suficientemente precisa, ressalvada a incorreção retificada em tempo hábil ou exclusivamente atribuível ao veículo de comunicação, sem prejuízo, inclusive nessas duas hipóteses, do cumprimento forçado do anunciado ou do ressarcimento de perdas e danos sofridos pelo consumidor, assegurado o

nº 2.181/97, que regulamentou o CDC. Outro exemplo, pessoa jurídica, fabricante de copos plásticos descartáveis, contratante de plano de saúde para seus empregados teve protestado, indevidamente, um título referente ao não pagamento da fatura mensal, além da inserção na Centralizadora dos Serviços dos Bancos S/A (SERASA), impossibilitando-lhe participar de uma licitação pública no seu município, a qual era a atual fornecedora. Nos dois exemplos, caberá ajuizamento da respectiva ação judicial com base no Código de Defesa do Consumidor.

#### 4.2. Fornecedor: o regulado privado

O fornecedor<sup>55</sup> é o outro elemento subjetivo da relação jurídica de consumo, sendo ele o principal impulsionador da economia e responsável pelos infundáveis produtos e serviços colocados à disposição do consumidor, consequentemente gerando para si vários deveres imperativos dispostos na legislação e pelos usos e costumes.

Abordar-se-á de forma sucinta e destacada os fornecedores que ofertam plano ou seguro no mercado de assistência à saúde suplementar, tanto em Portugal quanto no Brasil, além de explicitar alguns aspectos que envolvem a cadeia de fornecedores para o devido cumprimento das suas obrigações perante o órgão regulador e consequentemente ao consumidor.

##### 4.2.1. Profissional no exercício da atividade econômica em Portugal

O legislador português não definiu um conceito determinado para a figura do *fornecedor lato sensu*, como consta no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, mas destacou que se trata de uma pessoa que forneça bens,

---

direito de regresso do anunciante contra seu segurador ou responsável direto;”. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997.

<sup>55</sup> Na Lei nº 24/96, de 31 de julho, não consta um conceito, destacando o legislador (art. 2º, nº 1) que se trata “*pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*”, que receberá algumas notas adiante. Já o CDC prevê o seguinte conceito: “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.”.

presta serviços ou transmita quaisquer direitos, no exercício profissional de sua atividade econômica<sup>56</sup> com alcance de “obtenção de benefícios”<sup>57</sup>.

*Ab initio*, ao dizer pessoa, tem-se que não ficou restrito às pessoas “colectivas”, sendo possível caracterizar uma pessoa física como fornecedor, para tanto, deve exercer a atividade econômica de maneira regular<sup>58</sup>. Da leitura da Lei nº 24/96 é possível afirmar que a pessoa profissional se equipara ao *fornecedor*<sup>59</sup> de bens e ao prestador de serviços, eis que tais expressões são citadas vinte e quatro vezes ao longo do diploma legal, todas quando precisam imputar a alguém deveres, obrigações e responsabilidades perante o consumidor.

Novidade, à época da vigência da Lei nº 24/96, foi a inclusão da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos, como for-

---

<sup>56</sup> O Instituto Nacional de Estatística (INE) é o órgão responsável pela divulgação da CAE (Classificação Portuguesa das Actividades Económicas): 6512 SEGUROS NÃO VIDA 65120 Compreende as actividades de seguros dos ramos reais (não vida), nomeadamente, acidentes e **doença**, incêndio, automóvel, aéreo, marítimo e mercadorias transportadas, responsabilidade civil e de outros seguros não vida. Mais detalhes: [https://www.ine.pt/ine\\_novidades/semin/cae/CAE\\_REV\\_3.pdf](https://www.ine.pt/ine_novidades/semin/cae/CAE_REV_3.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>57</sup> Paulo Duarte, de maneira contrária, entende que basta ser onerosa e não ter lucro, veja: “a actividade de produção de bens não pode ser gratuita, não precisa de ser lucrativa, bastando que seja onerosa.” DUARTE, Paulo. O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2º/1 da lei de defesa do consumidor. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 75. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1999, p. 667.

<sup>58</sup> ALMEIDA, Teresa. Comentários aos artigos iniciais da Lei Portuguesa de Defesa do Consumidor de 1996. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 37. ano. 9. São Paulo: Ed., RT, jan./mar. 2001, p. 26.

<sup>59</sup> Entende-se o *fornecedor* como gênero da pessoa profissional que exerce atividade profissional, sendo que em outros normativos legais, *v.g.*, o Decreto-Lei nº 383/89, que dispõe sobre responsabilidade de produtos defeituosos, a nomenclatura utilizada para identificar a pessoa profissional denomina-se fabricante produtor, definindo-o, bem como estipulando figuras do fornecedor equiparado, senão veja o inteiro teor do artigo 2º “1 – Produtor é o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo. 2 – Considera-se também produtor: a) Aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua actividade comercial, importe do exterior da mesma produtos para venda, aluguer, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição; b) Qualquer fornecedor de produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses, igualmente por escrito, a identidade de um ou outro, ou a de algum fornecedor precedente.”. PORTUGAL, Diário da República n.º 255/1989, Série I de 6 Novembro de 1989.

necedoras de bens ou prestadoras de serviços. Pede-se *vênia*, para dizer que esse assunto será tratado em item específico que visa aclarar se a prestação de serviço realizada pelo SNS pode ou não ser caracterizada como de consumo.

Prosseguindo, interessa identificar a pessoa coletiva profissional<sup>60</sup> (*fornecedor*) que fornece bens ou presta serviços<sup>61</sup> de assistência à saúde aos consumidores, assegurando o pagamento direto aos estabelecimentos de saúde ou reembolsando, nos limites contratuais, as despesas de cuidados à sua saúde.

A primeira identificada é a empresa que oferta seguros de saúde. O exercício da atividade econômica da seguradora está regulado pela Lei n.º 147/2015<sup>62</sup>, denominado de regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora, o qual enquadra o seguro de saúde como do ramo “Não vida”, com a terminologia prevista no artigo 8º, “b” <<Doença<sup>63</sup>>>, nas modalidades: a) prestações convencionadas; b) prestações indenizatórias e c)

---

<sup>60</sup> O Decreto-Lei n.º 84/2021, com entrada em vigor em janeiro de 2022, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770, estabeleceu no artigo 2º, al. “o) «Profissional», uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que atue, inclusivamente através de qualquer outra pessoa em seu nome ou por sua conta, para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei;”.

<sup>61</sup> No Brasil, qualifica-se como prestador de serviços, mediante o conceito de serviço que diz: “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária,” (art. 3º, §2º, Lei n.º 8.078/90).

<sup>62</sup> “Artigo 1º. A presente lei transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2009/138/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício, alterada pelas Diretivas 2011/89/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de novembro de 2011, 2012/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de setembro de 2012, 2013/23/UE, do Conselho, de 13 de maio de 2013, 2013/58/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2013, e 2014/51/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014.”

<sup>63</sup> Torna-se curioso que a denominação legal seja ramo “doença” e não ramo “saúde”. Presume-se certo sentido porque na maioria das vezes o consumidor utiliza seu seguro quando é acometido de uma doença ou acidente pessoal, e não em busca da prevenção, que deveria ser a causa primeira para usufruir deste serviço. Ocorre que essa denominação estava prevista no Decreto-Lei n.º 94-B/98, sendo que com o advento do Decreto-Lei n.º 72/2008 o contrato típico passou a ser “Seguro de Saúde”, conforme estabelecido no artigo 213º a 217º. Revogada a legislação anterior de 1998, em virtude da entrada em vigor do novo regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora (Lei n.º 147/2015) a denominação legal do ramo se manteve como no passado, o que causa certa confusão para o intérprete, que a rigor deveria acompanhar a mesma nomenclatura da tipificação contratual, passando para ramo “saúde”.

combinações de ambas. De acordo com o artigo 12º pode atuar também como grupo de ramos ou modalidades, aplicando-se assim a alínea “a”, denominada de <<Seguro de acidentes e doença>><sup>64</sup>. A ASF informa<sup>65</sup> a existência de 37 empresas autorizadas a atuarem nesse segmento de seguro em Portugal, sendo 21 nacionais<sup>66</sup>. Identificou-se que do total de seguradoras registradas junto à ASF, somente 04 (quatro) possuem autorização exclusiva para o ramo “Não vida” – <<Doença>>, sendo três de Portugal (Multicare, Planicare e Real Vida), uma com país sede na Espanha (ASISA), porém, com sucursal em Portugal. No geral, tem-se pelo “Tipo de autorização” <<Não vida>> 27 empresas e <<Mista>><sup>67</sup> 10 empresas; e “Ramo” – <<Doença>> 22 empresas e “Grupo de Ramos” – <<Seguro de acidentes e doença>> 15 empresas.

Reportando, novamente, ao diploma do regime jurídico do contrato de seguro, detectou-se na introdução a explicação do legislador para preferência do uso da terminologia “segurador”, ao invés de seguradora ou empresa de seguros. Portanto, o segurador, devidamente autorizado pela ASF, que oferta seguro de saúde deve ser considerado pessoa profissional que fornece bens ou presta serviços?

De maneira geral, tem-se que a função típica do segurador é acobertar os riscos previstos na apólice, em eventual sinistro ocorrido em desfavor do tomador<sup>68</sup>. Na menção ao seguro de saúde o segurador deve cobrir os “riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde” à pessoa segura, que é o consumidor, garantindo-lhe o pagamento das prestações convencionadas ou das prestações indenizatórias ou de ambas, conforme estabelecido no clausulado.

---

<sup>64</sup> Tendo em vista que esse tipo de seguro represente uma mínima parte do mercado, optou-se por concentrar os estudos nas cláusulas delimitadoras negativas da prestação somente no ramo “Doença”, o qual tem por obrigação custear os cuidados de saúde, especialmente junto a sua rede conveniada.

<sup>65</sup> Verificar no sítio eletrônico da ASF, disponível em: <http://www.isp.pt/isp/Templates/Mercado/ResultadoSeguradoras.aspx>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>66</sup> Países sede da seguradora: Portugal (21), França (07), Espanha (04), Irlanda (03), Luxemburgo (02). Disponível em: <https://www.asf.com.pt/NR/exeres/085E4632-BE8C-4328-8975-F8A71F8C7C99.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>67</sup> Denomina-se tipo de contratação “mista” quando o segurador é autorizado a comercializar os ramos “não vida” e “vida”.

<sup>68</sup> “em sentido figurado, que com a celebração de um contrato de seguro o segurador «se obriga» a prestar ao segurado um bem jurídico denominado «certeza» ou «segurança» se conseguirmos encontrar, no fornecimento deste bem jurídico, uma conduta vinculada a que possamos fazer corresponder o conceito de prestação.” REGO, Margarida Lima. *Contrato de Seguros e Terceiros: estudos de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 266.

Diante desse cenário, pode-se dizer que o segurador é uma pessoa coletiva profissional que exerce atividade econômica, devidamente regulamentada, com vistas a obtenção de benefícios, obrigada ao fornecimento do bem imaterial (apólice) ao consumidor e lhe garantir, caso necessite, a prestação de serviços através dos estabelecimentos de saúde pertencentes a sua rede conveniada<sup>69</sup>, nos termos contratuais e da legislação em vigência.

A segunda identificada é a entidade gestora de fundo de pensão, regulamentada pela Lei nº 27/2020, pois consta do referido diploma a denominação <<plano de benefícios de saúde>> que consiste no “direito ao pagamento ou reembolso de despesas de saúde da responsabilidade do associado decorrentes da alteração involuntária do estado de saúde do beneficiário do plano e havidas após a data da reforma por velhice ou invalidez, sobrevivência, pré-reforma ou reforma antecipada;”. Do texto legal chama-se à atenção para o fato que sua fruição somente ocorre para o beneficiário em gozo da reforma. Cumpre dizer que os fundos de pensões podem ser fechados ou abertos, sendo que os <<planos de benefícios de saúde>> obrigatoriamente são financiados através dos fechados ou de adesões coletivas nos abertos, sendo permitida a contratação de seguro para a garantia do pagamento ou reembolso das despesas de saúde. Enfatize-se que não são todos os fundos de pensões que detém o <<plano de benefícios de saúde>>, portanto, à análise, em virtude do escopo deste estudo, incide somente naqueles que possuem esse benefício para seus participantes.

Destaca-se que as entidades gestoras exercem atividade econômica prevista na “Classificação Portuguesa, Secção k – actividades financeiras e de seguros, código 65300”, devidamente reguladas, também, pela ASF. Lado outro, o participante, beneficiário ou aderente, pessoa singular que usufrui dos benefícios de saúde, deve ser considerado um consumidor. Quanto ao elemento finalístico da <<obtenção de benefícios>> tem-se como preenchido, haja vista a obrigatoriedade legal de constar no contrato de gestão dos fundos de pensões a remuneração máxima das entidades gestoras.

---

<sup>69</sup> No sítio eletrónico da ASF, consta o seguinte: “Como funciona o sistema de rede conveniada: Num sistema de pagamento directo pelo segurador aos prestadores de serviços da rede conveniada, a pessoa segura, ao recorrer aos médicos, hospitais, laboratórios, etc, da lista que lhe é fornecida com o contrato, só paga a parte da despesa que não está coberta pelo seguro. A parte que está a cargo do segurador é paga directamente àqueles prestadores de serviços.” Disponível em: <https://www.asf.com.pt/NR/exeres/BB32013D-0F23-4E7E-974E-5D1968C37E7C.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

Diante deste contexto e do preenchimento dos requisitos legais previstos na Lei nº 24/96, afirmar que existe uma clara relação de consumo entre a entidade gestora dos fundos de pensões e o beneficiário, ao permitir que utilize do “plano de benefício de saúde”.

A terceira identificada diz respeito ao subsistema público de base profissional, destaca-se, como exemplo, a ADSE, I.P., por ser a maior, conforme já mencionado no capítulo 2. Dentre os objetivos de proteção social encontra-se os cuidados de saúde, que visa a promoção e vigilância da saúde, bem como a prevenção, tratamento e recuperação da doença. Apesar de garantir a devida prestação de serviços de cuidados de saúde, não é considerada uma atividade econômica e não visa “obtenção de benefícios”. Aliado a isso, o ingresso e permanência de beneficiários neste subsistema é restrito (art. 3º), não abrangendo a livre escolha de qualquer cidadão para dele participar, como no caso dos seguros de saúde e dos fundos de pensões abertos. Com efeito, não se vislumbra uma relação jurídica de consumo de assistência à saúde quando gerida pelo subsistema público de base profissional e seus beneficiários, titulares, familiares ou equiparados.

#### *4.2.2. As operadoras de planos de saúde no Brasil*

A Lei nº 9.656/98, no artigo 1º, inciso II, definiu operadora de plano de assistência à saúde como “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial<sup>70</sup>, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I<sup>71</sup> deste artigo”. Destaca-se que as pessoas físicas são vedadas de operar planos de saúde<sup>72</sup>. Para ANS, operar significa o exercício das atividades de administração, comercialização ou disponibilização do plano ou seguro.

As operadoras<sup>73</sup> se encaixam no conceito de fornecedor trazido pelo CDC

---

<sup>70</sup> Atualmente, denomina-se sociedade empresária, haja vista que o atual Código Civil entrou em vigor em 2003, após o advento da Lei nº 9.656/98.

<sup>71</sup> O inciso I, do artigo 1º da Lei nº 9.656/98 define “plano privado de assistência à saúde”.

<sup>72</sup> Art. 1º, § 4º da Lei nº 9.656/98 “§ 4º É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo”.

<sup>73</sup> Adalberto Pasqualotto traz a seguinte definição: “Operadoras de planos privados de assistência à saúde são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de forma societária, que prestam serviços próprios ou através de terceiros, mediante contraprestações pecuniárias.” PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à

por comercializarem contratos de assistência à saúde que geram prestações de serviços realizados diretamente pelos seus profissionais<sup>74</sup> e estabelecimentos de saúde, denominados de rede própria<sup>75</sup>, ou indiretamente, mediante a contratação de credenciados ou referenciados.

A ANS, por meio da Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 39, de 27 de outubro de 2000, classificou, na época, em sete modalidades às operadoras, administradora, cooperativa médica, autogestão, medicina de grupo, filantropia, as quais serão objeto de detalhamento mais adiante. As outras duas modalidades restantes, cooperativa odontológica e odontologia de grupo, não fazem parte do presente estudo, eis que o percentual de judicialização é inexpressivo em relação as demais modalidades que se prestam a cobertura assistencial médico-hospitalar. Por força da Lei nº 10.185/2001, foi determinado que a seguradora que já operava seguro do ramo saúde, em conjunto com outros ramos, deveria desmembrar sua atividade empresária, criando uma sociedade especializada em saúde, para se enquadrar como nova modalidade de operadora.

Antes de explicar sobre as características que diferenciam cada modalidade de operadora, cumpre traçar algumas linhas sobre a obrigatoriedade de autorização de funcionamento pelo Estado Regulador para desenvolver atividade econômica no mercado de saúde suplementar.

Não há dúvida que o cenário do mercado de saúde suplementar brasileiro foi totalmente reestruturado com o advento da Lei Federal nº 9.656/98 e posteriormente com a criação da ANS, sendo exigido dos fornecedores, denominados de “operadora de plano de assistência à saúde”, o cumprimento

---

saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Org.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 39. Antônio Joaquim Fernandes afirma que operadoras “são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de forma societária, que se dedicam a captar e administrar recursos necessários ao custeio de atividades de assistência à saúde do consumidor, prestando-as diretamente ou por terceiros.” FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999, p. 96.

<sup>74</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. O código do consumidor e o exercício da medicina. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 13. ano. 3. p. 56-77. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 1995.

<sup>75</sup> Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 39, de 27 de outubro de 2000: “Art. 2º Para fins desta Resolução, define-se como rede própria: I hospitalar: todo e qualquer recurso físico hospitalar de propriedade: a) da operadora; b) de entidade ou empresa controlada pela operadora; c) de entidade ou empresa controladora da operadora; II médica ou odontológica: a constituída por profissional assalariado ou cooperado da operadora.”.



de inúmeras obrigações, no intuito primordial de garantir a solidez, afastando empresas aventureiras e, principalmente, a eficiência na prestação do serviço a fim de não prejudicar a legítima expectativa<sup>76</sup> do consumidor adquirente do plano de saúde.

A Constituição da República brasileira de 1988 assegurou, no artigo 170, parágrafo único, o livre exercício de qualquer atividade econômica, contudo, nos casos previstos em lei, é necessária a obtenção de autorização do órgão público. Consta, também, do texto constitucional que o serviço de saúde é de relevância pública, podendo ser exercido pelo privado sobre a regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público. Nessa senda, se enquadra toda empresa ou entidade que pretende desenvolver atividade econômica no ramo de saúde suplementar, devendo, obrigatoriamente, solicitar registro perante a Agência Nacional de Saúde Suplementar, conforme estabelecido no artigo 4º, XXII, da Lei nº 9.961/00.

Para ilustrar algumas formalidades administrativas que visam conceder a devida autorização pela ANS, além das exigidas no próprio texto legal, destacam-se as contidas na Resolução Normativa nº 85, de 07 de dezembro de 2004, mais precisamente no seu Anexo I, dentre elas, a exigência de responsável técnico de saúde, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina (CRM)<sup>77</sup>; detalhamento de todos os serviços de saúde a serem executados na rede própria e pelos profissionais ou estabelecimentos credenciados ou referenciados; profissional de contabilidade inscrito no seu respectivo conselho de classe, não necessariamente precisa ser empregado da operadora; levantamento patrimonial dos imóveis, próprios ou alugados, além dos equipamentos que fazem parte do acervo que estarão disponíveis para a devida prestação de serviço ao consumidor; demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados, para conter superlotação e demora, queixas principais do serviço público de saúde e apresentação de Plano de Negócios, contendo análise de mercado (expansão geográfica planejada, público-alvo, evolução projetada de beneficiários e distribuição de produtos), aliado ao planejamento econômico-financeiro (projeção do balanço patrimonial, projeção da demonstração dos resultados do exercício e fluxo de caixa projetado).

---

<sup>76</sup> Almeja o tratamento necessário e a segurança contra riscos envolvendo sua saúde e de seus familiares.

<sup>77</sup> Art. 8º, I da Lei nº 9.656/98 (em referência a Lei nº 6.839/80).

As sociedades empresárias e as entidades que já atuavam neste mercado sentiram a diferença e desconforto, haja vista a inexistência de controle de maneira global, ficando restrito às normas sanitárias, comum para qualquer estabelecimento de saúde, e no aspecto econômico-financeiro pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) para a modalidade de seguradora, por força do Decreto-Lei nº 73/66. Dados estatísticos<sup>78</sup> da ANS mostram que no início eram aproximadamente 2.000 operadoras com registro, atualmente são 712 com beneficiários ativos, no segmento médico-hospitalar. A concentração é outro ponto de destaque, sendo que 230 operadoras detêm 90% dos beneficiários, chegando a 20 operadoras que possuem 50% do total dos beneficiários e 06 operadoras com 33% global. Há uma divisão, pela ANS, das operadoras de grande porte, com mais de 100.000 beneficiários, médio porte, de 20.000 a 100.000 e pequeno porte, até 20.000 beneficiários. A sinistralidade é acompanhada de perto, para as operadoras de grande porte, no ano de 2019 foi de 83,6% e 2020 de 77%, médio porte em 2019 foi de 82,5% e 2020 de 74,6% e pequeno porte em 2019 com 81,6% e 2020 com 71,7%. A queda<sup>79</sup> no índice de sinistralidade ocorreu em virtude da COVID-19, pois as internações para cirurgias eletivas foram suspensas para garantir leitos e evitar a proliferação da doença, além do fato que os consumidores deixaram de fazer exames e algumas terapias para não saírem de suas casas, conforme recomendação governamental. Os gastos com a sinistralidade e outras despesas (administrativa e comercialização) em 2019 perfizeram o total de R\$214.197.066.021,00, com arrecadação de R\$220.149.947.681,00, sendo que em 2020 as despesas foram de R\$209.422.910.1780,00 e a receita R\$228.148.547.949,00. Chama-se atenção para o aumento no valor do preço mensal pago pelo beneficiário, como exemplo, na operadora de grande porte em 2019 era de R\$394,45, passando para R\$400,14 em 2020, daí a razão do crescimento entre a receita e a despesa no ano de 2020, variando de 0,5% em relação ao ano anterior.

A Lei nº 9.656/98 trouxe, ainda, determinação<sup>80</sup> para as pessoas jurídi-

---

<sup>78</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/acesso-a-informacao/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>79</sup> Em virtude desta queda, a ANS determinou um desconto de 8,19% nos valores dos planos de saúde, a ser aplicado entre os meses de maio de 2021 a abril de 2022. Em Portugal, como não há uma separação específica para o seguro de saúde, constatou-se uma “diminuição da sinistralidade em alguns seguros, como por exemplo o automóvel e os acidentes de trabalho, consideram a possibilidade de refletir esta diminuição de riscos nas suas carteiras, num ajustamento dos prémios de seguro a pagar”, conforme Circular nº 1/2020, de 26 de maio da ASF.

<sup>80</sup> Lei nº 9.656/98: “Art. 34. As pessoas jurídicas que executam outras atividades além

cas, com ou sem fins lucrativos, que operam plano de assistência à saúde se tornassem independentes, para que ocorresse o devido controle e fiscalização do órgão regulador. Tal imposição legal preserva o sistema já que é baseado no mutualismo, a arrecadação advinda dos pagamentos antecipados pelos consumidores fica resguardado para essa atividade econômica específica, mitigando o risco de ser desviado para, *v.g.*, recuperar outra empresa do mesmo grupo econômico. Após dezesseis anos de vigência da regra, surgiu a Lei nº 13.127/2015 que incluiu três novos parágrafos ao texto legal, relativizando-a para permitir que a operadora na modalidade de autogestão, que já exercia atividade em conjunto relacionada à assistência à saúde, caso queira, retorne ao *status quo ante*, porém, devendo constituir filial e assegurar a segregação patrimonial, administrativa, financeira e contábil.

Feito esse périplo geral, passa-se a imputar cada modalidade de operadora, suas características marcantes e o espaço que ocupam no mercado de saúde suplementar.

#### 4.2.2.1. Formas de natureza empresarial das operadoras

##### 4.2.2.1.1. Cooperativa médica

A denominação pelo órgão regulador da modalidade cooperativa médica<sup>81</sup> ao invés, *v.g.*, de cooperativa de saúde, presume-se que seja pela sua existência desde os anos 70 e a devida consagração e reconhecimento no mercado atual. O cooperativismo, de forma geral, no Brasil<sup>82</sup> foi reconhecido com a promulgação do Decreto Federal nº 22.239, de 19 de dezembro de 1932, pre-

---

das abrangidas por esta Lei deverão, na forma e no prazo definidos pela ANS, constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos privados de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos.”

<sup>81</sup> Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000: “Art. 12. (...) sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam Planos Privados de Assistência à Saúde”.

<sup>82</sup> Historicamente, o cooperativismo surgiu através do movimento operário, a partir da Revolução Industrial dos séculos 18 e 19, sendo que a Sociedade dos Probos Pioneiros de *Rochdale*, criada na Inglaterra, em 1844, por 28 operários, é considerada como a primeira cooperativa instituída formalmente.

vendo para sua constituição a sociedade de pessoas e não de capitais, tornando-se uma forma jurídica *sui generis*, elencando a classificação das sociedades cooperativas. Hoje em dia, vigora a Lei nº 5.764/71, sendo que nem na origem, passando por suas revogações e até na atual legislação não se encontram as palavras saúde ou médica. A primeira cooperativa médica foi constituída em 1967, após a reunião de vinte médicos da cidade de Santos/SP, número mínimo exigido pelo Decreto-Lei nº 59, de 21 de novembro de 1966, que vigorava, à época, sobre a política nacional do cooperativismo. Destaca-se que nessa norma constava que as cooperativas poderiam incorporar qualquer gênero de serviço, operações ou atividades, sempre destacando a expressão “cooperativa”, fato também previsto no texto legal em vigor, não havendo a denominação da classificação das cooperativas, como ocorreu na primeira legislação.

Como agente regulado que é, deve obediência direta à Lei nº 9.656/98, aos atos normativos da ANS, bem como da Lei nº 5.764/71, lei geral das cooperativas, tendo como principal objetivo gerar trabalho e renda para seu médico cooperado. Não há subordinação empregatícia, pois o médico é o dono da cooperativa, elegendo seus pares para administração da pessoa jurídica.

As cooperativas médicas se alastram, no ano de 1969 já existiam 43, hoje são 343 espalhadas pelo país, mais conhecidas como Unimed, e representam 37% de todo o mercado de saúde suplementar. A maioria das operadoras são de pequeno porte, ou seja, com menos de 20.000 consumidores, sendo que 10% são de grande porte, contando com mais de 100.000 beneficiários. O chamado *Sistema Unimed*<sup>83</sup> congrega mais de 17 milhões de consumidores, contando com 117 mil médicos cooperados, 2.396 hospitais credenciados e 131 hospitais em sua rede própria, gerando assim, 106 mil empregos diretos, com uma receita, em 2020, de R\$79.016.959.937,00 e despesas R\$72.436.704.375,00, perfazendo um o montante de 85% de diferença. Em que pese adotarem a denominação de *Sistema Unimed*, cumpre registrar que as cooperativas são autônomas, distintas, independentes administrativa e financeiramente, cabendo, única e exclusivamente, aos médicos cooperados votarem e serem votados na sua respectiva cooperativa para o exercício regular da sua administração frente o ente regulador. Todavia, há entre elas algumas normatizações internas, tais como, a Constituição Unimed, as Normas Derivadas e Manual de Intercâmbio, que regem os acordos de cooperação nos atendimentos prestados

---

<sup>83</sup> Disponível em: <https://www.unimed.coop.br/web/guest/home/sistema-unimed/a-unimed>. Acesso em: 05 nov. 2021.

aos clientes uma das outras, entre outros assuntos. Portanto, se o consumidor necessita ser submetido a procedimento médico-hospitalar, por ter sido vítima de acidente em sua viagem de férias, poderá ser atendido em hospital da rede própria ou contratualizado pela operadora cooperativa médica de destino que depois irá faturar todos os gastos para a operadora de origem do beneficiário<sup>84</sup>.

Lado outro, não é admissível pelo “Sistema Unimed” que o consumidor escolha a unidade hospitalar credenciada pela Unimed da qual não possui contrato para realizar o procedimento que necessita, devendo respeitar a sua área de abrangência. Contudo, existe plano ou seguro de saúde com alcance nacional, nessa situação, a escolha é devida. A Unimed de origem se utiliza das demais para a formação da rede assistencial nacional, não necessitando contratar e negociar diretamente com cada hospital localizado em diversos municípios, possibilitando o atendimento ao consumidor por meio dos protocolos internos denominado de “Intercâmbio”.

É de bom alvitre dizer que é direito do consumidor receber informação clara, precisa, destacada, de fácil compreensão, sendo dever da operadora atender os preceitos legais, evitando dúvida na interpretação dos contratos<sup>85</sup> e na sua execução. O dever anexo de informação, consagrado pelo princípio geral da boa-fé, deve ser mais bem compreendido pelas operadoras, pois sobre elas recai o risco do empreendimento.

Aspecto específico e que perdurou por muito tempo em debate diz respeito a “Unimilitância”, que versa, em síntese, no impedimento do médico cooperado se tornar credenciado de outra operadora que não pertença ao “Sistema Unimed”. Observe-se que a Lei nº 9.656/98, no seu artigo 18, inciso III<sup>86</sup>, já impedia as operadoras impor contratos de exclusividade ou de restri-

---

<sup>84</sup> A operadora cooperativa médica registra seu plano no órgão regulador e se compromete a desenvolver o trabalho médico dentro de sua área de atuação, além informar os estabelecimentos de saúde que o consumidor poderá usufruir, seja da rede própria ou credenciado. Há ações judiciais que discutem a lesividade do Sistema Unimed que transparece como uma única “Cooperativa Médica Nacional”, permitindo o atendimento em qualquer operadora, mas na verdade na prática isso não ocorre, induzindo em erro o consumidor, ferindo o princípio da transparência. Para detalhes, entre outros, no Superior Tribunal de Justiça: (i) Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.633.513, publicado em 16/04/2021; (ii) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 1.715.038, publicado em 01/02/2021 e (iii) Recurso Especial nº 1.776.865, publicado em 16/10/2020.

<sup>85</sup> O art. 47 do CDC diz: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

<sup>86</sup> Lei nº 9.656/98, art. 18, se refere à “aceitação, por parte de qualquer prestador de

ção à atividade profissional. O principal argumento da Unimed era que o seu médico cooperado é “dono” da cooperativa e não poderia fomentar a atividade econômica de outra operadora. Os processos administrativos perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na ANS e os processos no Poder Judiciário colocavam sempre o assunto em pauta, muito em virtude que em determinadas localidades todos os médicos eram cooperados da Unimed, impedindo qualquer forma de concorrência naquele município, fenômeno conhecido como *foreclosure* (fechamento do mercado), ficando os consumidores reféns daquela única operadora.

Em 2008, a ANS, como forma de coibir a situação, expediu ato normativo determinando a inclusão no Estatuto Social de cada operadora registrada sob a modalidade de cooperativa médica a seguinte cláusula: “Nenhum dispositivo deste Estatuto deverá ser interpretado no sentido de impedir os profissionais cooperados de se credenciarem ou referenciarem a outras operadoras de planos de saúde ou seguradoras especializadas em saúde, que atuam regularmente no mercado de saúde suplementar, bem como deverá ser considerado nulo de pleno direito qualquer dispositivo estatutário que possua cláusula de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.<sup>87</sup> O CADE, em 14 de dezembro de 2009, publicou a Súmula nº 07<sup>88</sup>, segundo a qual, em caso de

---

serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, referenciado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei implica as seguintes obrigações e direitos: (...) III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independentemente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.”

<sup>87</sup> Redação introduzida pela Resolução Normativa, nº 175, de 22 de setembro de 2008, que exigiu, sob pena de não renovação da autorização ou não concessão do registro definitivo, a inserção nos estatutos de todas as operadoras na modalidade de cooperativa. Está tramitando, após alguns arquivamentos, na Comissão de Seguridade Social e Família, o projeto de decreto legislativo (PDC nº 2.349/09), de autoria do Deputado Arnaldo Jardim, que pretende a revogação da RN nº 175/08. O relator, em 09/11/2011 opinou favoravelmente pela revogação, porém, o último andamento foi o desarquivamento em 20/02/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=464476>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>88</sup> Paolo Zupo Mazzucato explica que: “O estudo dos dez julgados indicados pelo CADE como referências para a edição da Súmula nº 07 revela que a análise empreendida não se aprofundou em importantes temas (ao contrário do que ocorre em julgados mais atuais da autoridade), como a delimitação do mercado relevante, a verificação de posição dominante e dos efeitos anticompetitivos da obrigatoriedade de unimilitância.”. MAZZUCATO, Paolo

posição dominante, constitui infração da ordem econômica. Perante o Poder Judiciário, buscou-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que após pesquisa com a expressão “unimilitância” deparou-se com os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 191.080-SP, publicado em 08 de abril de 2010, no qual foi firmado o entendimento de ser inválida a cláusula inserta em estatuto de cooperativa de trabalho médico que impõe exclusividade aos médicos cooperados, pela melhor interpretação do artigo 29, parágrafo 4º, da lei geral das cooperativas. Essa decisão é utilizada como paradigma para as outras, conforme exemplo mais recente no Agravo em Recurso Especial nº 1.518.661 – ES, publicado no dia 09 de outubro de 2019.

#### 4.2.2.1.2. Medicina de Grupo

A modalidade operadora medicina de grupo<sup>89</sup> definida pela ANS pode ser entendida como aquela que não é classificada como autogestão, cooperativa médica, filantropia e seguradora especializada de saúde, podendo ser constituída como empresa ou entidade, que ofertam plano de assistência à saúde. Esse segmento surgiu na década de 60, sendo que em 08 de agosto de 1966, foi fundada a ABRAMGE – Associação Brasileira de Medicina de Grupo, entidade sem fins lucrativos, que vislumbrou uma oportunidade de negócio em virtude da extinção, pelo Governo, dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), criando em seguida o INPS (Instituto Nacional de Previdência Social) e o INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, órgão responsável para prestar atendimento médico aos contribuintes que possuíam carteira de trabalho assinada pelo empregador, que apesar de possuir estabelecimentos próprios, a demanda era superior a sua capacidade de atender, hoje desmembrado no INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) e no SUS (Sistema Único de Saúde). O papel da ABRAMGE, naquela época e permanece, visa agregar empresas e entidades que exploram o mercado privado de assistência à saúde em substituição ao sistema público, fortalecendo a

---

Zupo. As cooperativas médicas e o CADE. *Jornal das Faculdades Milton Campos*, Nova Lima, n. 134, ano XVI, mar. 2010. p. 07.

<sup>89</sup> Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000: “Art. 15. (,,) as empresas ou entidades que operam Planos Privados de Assistência à Saúde, executando-se aquelas classificadas nas modalidades contidas na Seções I, II, IV e VII desta Resolução” (art. 15). As modalidades são: Seção I – Administradora; Seção II – Cooperativa Médica; Seção IV – Autogestão e Seção VII – Filantropia.

participação da iniciativa privada nessa prestação de serviço e representando suas associadas perante o Governo e órgãos públicos, bem como traçando estratégias para melhorar o poder de compra de insumos, materiais especiais, órteses, próteses e negociação com os estabelecimentos de saúde não próprios.

Em pesquisa no sítio eletrônico<sup>90</sup> da ABRAMGE, identificou-se 138 associadas que são operadoras de planos de saúde (ex: Amil, Hapvida, Notre Dame Intermédica, Plano Hospital Samaritano), que reunidas possuem quase 40% de todo o mercado de saúde suplementar, portanto, se consolida como a maior modalidade de operadora que atuam junto ao consumidor. A receita desta modalidade, no ano de 2020, superou R\$69 bilhões e as despesas R\$62 bilhões, com índice geral de sinistralidade, de 73,5%, sendo que no ano anterior, 2019, foi de 81,2%<sup>91</sup>. Como já dito, explica-se a queda da sinistralidade em virtude da COVID-19.

Por fim, constatou-se a denominação de um *Sistema Abramge*, que possibilita o consumidor vinculado a qualquer das associadas receber tratamento de urgência e emergência quando estiver em deslocamento, assemelhado ao “Sistema Unimed”.

#### 4.2.2.1.3. Filantropia

Historicamente, tem-se que a filantropia<sup>92</sup>, na área da saúde, teve seu início no Brasil com a edificação das *Santas Casas de Misericórdia*, as quais surgiram<sup>93</sup> em Portugal, na época, visando dar tratamento as pessoas carentes

---

<sup>90</sup> Disponível em: <http://abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/institucional/quem-somos>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>91</sup> ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Operadoras e beneficiários: perfil, 2021a.

<sup>92</sup> Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000: “Art. 17. As entidades sem fins lucrativos que operam Planos Privados de Assistência à Saúde e tenham obtido certificado de entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social CNAS e declaração de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça ou declaração de saúde de utilidade pública estadual ou municipal junto aos Órgãos dos Governos Estaduais e Municipais.”

<sup>93</sup> “A primeira Santa Casa do mundo foi criada em 15 de agosto de 1498, em Lisboa, pela rainha Leonor de Lencastre, esposa de Dom João II, originando a “Confraria de Nossa Senhora de Misericórdia”, em um período da história lembrado por tragédias, guerras e pelas grandes navegações. Nesse cenário, o surgimento das Santas Casas ficou marcado pela retomada de sentimentos como a fraternidade e a solidariedade. Prova disso é que, muitas vezes, a Irmandade não precisou de uma instituição física: ela foi ao encontro dos enfermos



que não tinham acesso a outro serviço de saúde. Depois se expandiu para as conhecidas beneficências portuguesas, hospitais filantrópicos e alguns ligados a religião, como os chamados hospitais evangélicos. A maioria era mantida com doações, principalmente, de famílias ricas. Os trabalhadores, a partir da década de 30, tinham acesso ao atendimento de saúde por serem filiados aos seus Institutos de Aposentarias e Pensões, muitos deles com rede própria. Já em 1966, em pleno regime militar, com a criação do INAMPS, as Santas Casas foram conveniadas pelo poder público para atender a demanda, eis que todo cidadão contribuinte da previdência social passou a ter direito à prestação de serviços de assistência à saúde, antes restritos aos trabalhadores filiados aos referidos Institutos.

Com a escassez das doações e a dependência de repasse dos pagamentos pelo governo, fizeram com que iniciassem a oferta de assistência à saúde para famílias e empresas, no intuito de alavancar suas receitas, firmando-se assim, a operadora na modalidade de filantropia. Certo é que a principal fonte de recursos continua sendo o poder público através do SUS que “herdou” toda a estrutura do antigo INAMPS, após a promulgação da Constituição da República brasileira de 1988, porém, para muitas a oferta é vista como estratégica para viabilizar, em parte, a sua sustentabilidade financeira.

A regulamentação do mercado de saúde suplementar acarretou várias exigências para garantir a solidez desta operação, inibindo a continuidade de algumas filantrópicas ofertarem seus contratos. Dados estatísticos revelam que juntas (65) possuem aproximadamente 900 mil beneficiários, representando quase 2% do total geral de consumidores. Para comparar, no ano de 2013 eram 1.4 milhão de consumidores. Obtiveram, em 2020, uma receita de R\$6,15 bilhões de reais e despesas na ordem de R\$5,82 bilhões<sup>94</sup>.

A particularidade em relação a modalidade de filantropia está na condição *sine qua non* de apresentar certificado emitido pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e declaração de utilidade pública.

---

e inválidos, onde quer que eles estivessem. Assim, chegou à Ásia, África, se espalhou pela Europa e, claro, pelas Américas. Naquele mesmo ano, foram fundadas dez filiais, sendo oito em Portugal e duas na Ilha da Madeira.” Disponível em: <https://www.cmb.org.br/cmb/index.php/institucional/quem-somos/historico>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>94</sup> ANS, 2021a.

#### 4.2.2.1.4. Seguradoras especializadas em saúde

Anteriormente ao advento da Lei nº 9.656/98, a seguradora que ofertava seguro do ramo “saúde”, geralmente conjugado com o seguro de vida, devia obediência aos ditames prescritos no Decreto-Lei nº 73/66, registre-se, ainda em vigor para outros ramos de seguros. Com a vigência da legislação específica da saúde suplementar a seguradora, no primeiro momento, não foi contemplada, basta ver na Resolução de Diretoria Colegiada nº 39/2000, que não contemplou essa classificação como modalidade de operadora. A situação foi pacificada com a entrada em vigor da Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, que enquadrou a sociedade seguradora como operadora, porém, constando a exigência<sup>95</sup> de criar uma empresa especializada, vedando a atuação de quaisquer outros ramos. Após, a ANS, por meio da Resolução de Diretoria Colegiada nº 65/2001<sup>96</sup>, estabeleceu as diretrizes de funcionamento para essa modalidade, em harmonia com as normas da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) e o CNSP (Conselho Nacional de Seguros Privados), versando mais sobre o aspecto econômico-financeiro.

A Federação Nacional de Saúde Suplementar, mais conhecida como FenaSaúde, é a entidade de representação das seguradoras registradas como operadora especializada em saúde suplementar, sendo composta por 16 grupos empresariais<sup>97</sup>, 14 deles do segmento assistencial médico-hospitalar e 02 assistencial odontológico. São operadoras<sup>98</sup> que não possuem rede própria, mas referenciam uma rede de serviços, seja arcando com as despesas geradas pelo

---

<sup>95</sup> Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, consignou, em seu artigo 1º, que: “As sociedades seguradoras poderão operar o seguro enquadrado no art. 1º, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades.”

<sup>96</sup> Esse normativo foi revogado pela Resolução Normativa nº 209/2009, que por sua vez foi revogada pela Resolução Normativa nº 451/2020.

<sup>97</sup> Para maiores informações, disponível em: <https://fenasaude.org.br/associados/#content>. Acesso: 5 nov. 2021.

<sup>98</sup> Januário Montone explica que: “No modelo típico de seguro não é oferecida uma rede de prestação de serviços. O usuário vai ao prestador de serviço de sua preferência, paga e solicita o reembolso à seguradora. Claro que esse processo nem sempre é muito rápido. As empresas oferecem então uma facilidade aos seus clientes. Uma lista de prestadores de serviços referenciados. Nesses prestadores, indicados e reconhecidos pela operadora, o usuário não faz o pagamento dos serviços, apenas da guia ou documento similar, e o prestador do serviço recebe diretamente da seguradora.” MONTONE, Januário. *Planos de saúde: passando e futuro*. Rio de Janeiro: MedBook, 2009, p. 45.

consumidor, pagando diretamente o prestador, seja reembolsando o consumidor, nos limites da apólice, caso opte por ser atendido em estabelecimento ou por profissional de saúde da sua livre escolha, portanto, não constante do catálogo de referenciados.

A Lei nº 10.185/2001<sup>99</sup> equiparou o seguro saúde a plano privado de assistência à saúde, desta forma, não há distinção entre *plano de saúde* e *seguro de saúde* pelas regras do direito brasileiro, todavia, o uso das duas nomenclaturas é alastrado como sendo diferentes. Na prática são diferentes, pois somente no *seguro de saúde* que ocorre o reembolso ao consumidor, sendo que as demais modalidades de operadora não registram seus planos com a permissão da livre escolha do prestador, conseqüentemente com o limite de reembolso, devendo o consumidor comparecer somente na sua rede própria ou nos seus credenciados.

As seguradoras especializadas em saúde são responsáveis pelo atendimento de 6 milhões de beneficiários, o que equivale a 12% do mercado global. De acordo com a ANS, essa modalidade de operadora, em 2020, foi responsável pelo pagamento de despesas na ordem de 46 bilhões de reais e uma receita de mais de 48 bilhões de reais.

Pontua-se a presença da empresa Amil, referência na modalidade de medicina de grupo, e da Unimed, cooperativa médica, como seguradoras, presume-se que seja para atender determinadas pessoas jurídicas contratantes que exigem um plano diferenciado para seus proprietários e, principalmente, seus executivos, pois o valor da mensalidade do seguro de saúde, em alguns casos, chega a ser o dobro do valor dos preços praticados pelas outras modalidades de operadora.

#### 4.2.2.1.5. Administradora de Benefícios

Como a própria denominação diz, trata-se de uma empresa constituída exclusivamente para administrar<sup>100</sup> plano de assistência à saúde, fazendo a

---

<sup>99</sup> Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001: “Art. 2º Para efeito da Lei nº 9.656, de 1998, e da Lei nº 9.961, de 2000, enquadra-se o seguro saúde como plano privado de assistência à saúde e a sociedade seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde.”

<sup>100</sup> Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000: “Art. 11. (...) empresas que administram exclusivamente planos de saúde, financiados pela contratante, e que não assumem, portanto, o risco decorrente da operação desses planos, nem

interligação entre a pessoa jurídica contratante e a operadora, sendo essa que continuará assumindo todo o risco da operação para melhor atendimento ao consumidor e prestar suas obrigações junto ao órgão regulador.

Esse segmento empresarial se desenvolveu a partir da revogação da Resolução CONSU nº 14/1998, pela Resolução Normativa nº 195/2009, que exigiu novos requisitos para participação dos pretensos beneficiários nos contratos coletivos por adesão e com a edição da Resolução Normativa nº 196/2009, dispondo especificamente sobre as *Administradoras de Benefícios*.

Por quase dez anos o Estado-Juiz era instado a se manifestar sobre reajuste anual abusivo neste tipo de contratação, eis que era permitido aderir ao plano quem possuía vínculo associativo com a pessoa jurídica contratante, ficando conhecido como o “plano falso coletivo”. Isto porque, um clube recreativo ou uma associação da terceira idade era cooptada a contratar com a operadora diretamente, bastando seus diretores propagarem novas adesões, inclusive, a depender do contrato, poder-se-ia incluir familiares, sem qualquer garantia de pagamento, haja vista que a cobrança era individualizada para cada associado e não como hoje obrigação exclusiva da pessoa jurídica contratante. Daí, o apelido de “falso coletivo”, em que pese para aderir a pessoa esteja associada, toda a relação adiante era entre o beneficiário e a operadora, como se fosse um plano individual ou familiar. O atrativo era o preço, ao equiparar os valores, sempre o coletivo por adesão era mais barato do que o individual ou familiar. Contudo, as regras regulatórias para reajuste e rescisão contratual eram diferentes para os dois tipos de planos, fato omitido pela operadora quando da adesão dos associados, que como dito, eram atraídos pelo menor preço. Ocorre que quando chegava o período de reajuste anual, a operadora verificava a sinistralidade do decorrer de todo ano anterior e o montante arrecado, além de projetar os eventuais custos para todo o ano seguinte, apresentando um percentual elevado. Os diretores da associação ou do clube recreativo, em assembleia ou não, pois estavam outorgados com poderes para administração, assinavam termo aditivo, na grande maioria sem qualquer conhecimento técnico do funcionamento do mercado de saúde suplementar, refletindo diretamente nas faturas individualizadas dos associados, gerando assim os conflitos litigiosos. Para melhor compreensão, o mesmo consumidor se tivesse aderido

---

possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos.”.

ao contrato individual ou familiar, o reajuste anual a ser aplicado na sua fatura somente seria possível após determinação do percentual pelo órgão regulador.

Com efeito, a ANS editou a Resolução Normativa nº 196/09<sup>101</sup>, regulamentando a atuação das Administradoras de Benefícios, que contribuiu para a qualificar a negociação com a operadora, mas para isso tem um custo, que com certeza é repassado integralmente para o consumidor. Destaca-se que sua atuação pode ocorrer sendo ela estipulante ou não no contrato, caso atue como estipulante cabe a ela garantir o pagamento integral e mensal das faturas perante a operadora e não mais a pessoa jurídica contratante.

Ponto importante diz respeito a vedação da *Administradora* atuar como representante, mandatária ou prestadora de serviço de qualquer operadora, bem como pertencer ao mesmo grupo econômico desta. A intenção do legislador infralegal é permitir que a Administradora procure as melhores condições que atendam as pessoas jurídicas contratantes, não ficando aprisionada a determinada operadora.

Especificamente com relação ao consumidor, o normativo regulatório enfatizou disposição da Lei nº 9.656/98, ou seja, não pode a *Administradora* praticar seleção de risco, como forma de impedir ou restringir a sua participação no contrato, bem como dificultar o acesso às coberturas assistenciais.

Nesse sentido, reforça-se que a *Administradora de Benefícios* é acompanhada pelo órgão regulador, entretanto, não tem as mesmas obrigações das outras modalidades de operadora, tais como prestar todas as informações sobre beneficiários, atendimentos, reajustes, seu papel principal é a intermediação, por desinteresse ou falta de capacidade da pessoa jurídica contratante em gerir esse contrato diretamente com a operadora, culminando em mais custos para os aderentes, que suportarão os custos da presença da Administradora.

---

<sup>101</sup> Resolução Normativa nº 196/2009: “Art. 2º. (...) pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos, desenvolvendo ao menos uma das seguintes atividades: I – promover a reunião de pessoas jurídicas contratantes na forma do artigo 23 da RN nº 195, de 14 de junho de 2009; II – contratar plano privado de assistência à saúde coletivo, na condição de estipulante, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar; III – oferecimento de planos para associados das pessoas jurídicas contratantes; IV – apoio técnico na discussão de aspectos operacionais, tais como: a) negociação de reajuste; b) aplicação de mecanismos de regulação pela operadora de plano de saúde; e c) alteração de rede assistencial.”.

4.2.2.2. *Autogestão: particularidades*

*Ab initio*, cumpre explicar que se preferiu apartar a modalidade de operadora denominada autogestão<sup>102</sup> das demais explicitadas no item anterior, por

---

<sup>102</sup> Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000: “Art. 14 Classificam-se na modalidade de autogestão as entidades de autogestão que operam serviços de assistência à saúde ou empresas que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, responsabilizam-se pelo Plano Privado de Assistência à Saúde destinado, exclusivamente, a oferecer cobertura aos empregados ativos, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos, limitado ao terceiro grau de parentesco consanguíneo ou afim, de uma ou mais empresas, ou ainda a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados.” Esse conceito foi revogado, vigorando atualmente três conceitos na Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006, que dizem: “Art. 2º Para efeito desta resolução, define-se como operadora de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão: **I** – a pessoa jurídica de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários: a) sócios da pessoa jurídica; b) administradores e ex-administradores da entidade de autogestão; c) empregados e ex-empregados da entidade de autogestão; d) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à entidade de autogestão; e) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; e f) grupo familiar até o quarto grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, criança ou adolescente sob guarda ou tutela, curatelado, cônjuge ou companheiro dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; **II** – a pessoa jurídica de direito privado de fins econômicos que, vinculada à entidade pública ou privada patrocinada, instituidora ou mantenedora, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários: a) empregados e servidores públicos ativos da entidade pública patrocinadora; b) empregados e servidores públicos aposentados da entidade pública patrocinadora; c) ex-empregados e ex-servidores públicos da entidade pública patrocinadora; d) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; e) sócios ou associados da entidade privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora da entidade de autogestão; f) empregados e ex-empregados, administradores e ex-administradores da entidade privada patrocinadora ou mantenedora da entidade de autogestão; g) empregados, ex-empregados, administradores e ex-administradores da própria entidade de autogestão; h) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à própria entidade de autogestão ou a sua entidade patrocinadora ou mantenedora; i) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; j) grupo familiar até o quarto grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, criança ou adolescente sob guarda ou tutela, curatelado, cônjuge ou companheiro dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; k) as pessoas previstas nas alíneas “e”, “f”, “h”, “i” e “j” vinculadas ao instituidor desde que este também seja patrocinador ou mantenedor da entidade de autogestão; ou **III** – pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, constituída sob a forma de associação ou fundação, que opera plano privado de assistência à saúde aos integrantes de determinada categoria profissional que sejam seus associados ou associados de seu instituidor, e aos seguintes beneficiários: a) empregados,

entender que contém aspectos peculiares envolvendo, principalmente, a configuração da relação de consumo.

De acordo com a União Nacional das Instituições de Autogestão (UNIDAS)<sup>103</sup>, a autogestão é o segmento da saúde suplementar em que a própria instituição é a responsável pela administração do plano de assistência à saúde oferecido aos seus empregados, servidores ou associados e respectivos dependentes. A operadora autogestão se constitui de formas variadas, destacam-se: (i) Associação de classe – para melhor entendimento cite-se como exemplo a Associação de Assistência à Saúde da Amagis, nome fantasia AMAGIS SAÚDE, sendo a Amagis à associação que congrega os magistrados que atuam no Estado de Minas Gerais. Trata-se de operadora devidamente registrada na ANS sob o nº 41.669-0, possuindo dois planos, Amagis Saúde Estadual e Amagis Saúde Grupo de Estados (área de atuação: Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo). Ao ler os regulamentos dos planos chama-se à atenção para o seu objeto que visa à assistência ambulatorial, hospitalar com obstetrícia, incidindo a cobertura de todas as doenças do CID, todavia, compatíveis com o “Rol da ANS”, vigente à época do evento<sup>104</sup>. Para cobertura assistencial adicional existe o “Programa Checkup”, sendo enfático no regulamento que se trata de benefício assistencial não obrigatório, ofertando por liberalidade. Portanto, há limitação de prestação no próprio plano de assistência à saúde dos magistrados, em referência ao “Rol da ANS”, mas nas decisões judiciais o que se presencia é o alargamento da cobertura sem respeitar os limites impostos pelo Estado-regulador; (ii) Caixas de Assistência – *v.g.*, CASSI – Caixa de Assistência do Banco do Brasil, por existir no mercado brasileiro há mais de setenta anos e possuir o maior número de beneficiários nesta modalidade, atualmente, são mais de 635 mil; (iii) Sindicatos e Fundações e (iv) departamentos de recursos humanos das próprias empresas. Em todas as formas, a não finalidade do lucro é condição *sine qua non*, podendo a contribuição do beneficiário se dar

---

ex-empregados, administradores e ex-administradores da própria entidade de autogestão; b) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à própria entidade de autogestão; c) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; d) grupo familiar até o quarto grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, criança ou adolescente sob guarda ou tutela, curatelado, cônjuge ou companheiro dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores.” Registre-se que esse artigo 2º sofreu pontuais alterações pelas Resoluções Normativas ANS nºs 148/2007, 272/2011 e 355/2014.

<sup>103</sup> Para mais informações sobre a UNIDAS, disponível em: <<https://unidas.org.br/a-unidas/>>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>104</sup> Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1zy6BSofNgOdN3ai9dS32Dl-LHYeCDGVPA/view>. Acesso em: 05 nov. 2021.

de maneira integral, hipótese caracterizada como não patrocinada, ou parcial, denominada de patrocinada.

A UNIDAS representa aproximadamente 4,2 milhões de beneficiários e mais de 100 filiadas, entre públicas e privadas, que correspondem a 10% do total do setor de saúde suplementar, tendo arrecadado, em 2020, R\$25,7 bilhões e gasto R\$22 bilhões. Cumpre dizer que em havendo alguma demanda judicial do beneficiário a ação terá no polo passivo à associação de classe, fundação, caixa de assistência e não a UNIDAS, pois essa atua em favor dos interesses das operadoras junto ao órgão regulador, aos estabelecimentos de saúde, aos fabricantes de insumos e, eventualmente, como *amicus curiae* nas demandas coletivas.

Por se constituir numa organização mais restrita, sem característica mercadológica, preocupa-se em realizar campanhas prevenção à saúde, como vacinação, incentivo a submissão de exames específicos para determinado público alvo, *v.g.*, mamografia para diagnóstico de eventual câncer ainda em fase precoce, além de cobertura assistencial mais abrangente daquela imposta pelo órgão regulador, inclusive com maior possibilidade de concessões de autorização, mediante análise do caso concreto e equilíbrio nas contas, pois, como dito, não visam lucro.

Há relação de consumo entre o beneficiário e a operadora da modalidade de autogestão?

Para responder essa pergunta, pontua-se que o Superior Tribunal de Justiça publicou, no dia 06 de dezembro de 2010, a Súmula 469, com o seguinte teor: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde”. As operadoras de autogestão jamais concordaram com os posicionamentos anteriores do Poder Judiciário que culminaram na referida súmula, por entenderem que como organizações sem fins lucrativos as regras devem ser do Código Civil e não do Código de Defesa do Consumidor. Após oito anos o Superior Tribunal de Justiça cancelou a súmula e editou nova, a saber: “Súmula 608. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde, salvo os administrados por autogestão”. Identificou-se treze<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> 1) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.358.893-PE, publicado no DJe:23/11/2017; 2) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.563.986-MS, publicado no DJe: 06/09/2017; 3) Recurso Especial nº 1.673.36-RS, publicado no DJe: 21/08/2017; 4) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 943.838-SP, publicado no DJe:27/06/2017; 5) Recurso Especial nº 1.644.829-SP, publicado no DJe: 23/02/2017; 6) Recurso Espe-



precedentes que sustentam o novo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, sendo que o Recurso Especial nº1.285.483-PB ocorreu no âmbito na Segunda Seção, que compreende a reunião da Terceira e Quarta Turmas de Direito Privado. Particularmente nos autos, consta que ocorreu assassinato, por estrangulamento, do beneficiário da CASSI que estava internado em estabelecimento de saúde mental por ela credenciado, cometido por outro paciente. O Código de Defesa do Consumidor impõe responsabilidade objetiva, visando a reparação de danos, por defeito na prestação de serviço de todos os fornecedores que contribuíram com o evento danoso. A primeira instância julgou procedente a legitimidade da operadora de autogestão, contudo, o Tribunal de origem reformou a sentença, excluindo-a da lide, condenando somente o hospital. Em virtude da propositura do recurso especial pelo pai, esposa e filha do *de cuius*, o Superior Tribunal de Justiça<sup>106</sup> firmou posicionamento consolidado das Turmas, que essa modalidade de operadora, sem fins lucrativos, atua com público determinado de beneficiários, diferente das empresas que exploram essa atividade econômica que visam lucro, inexistindo relação de consumo.

Em 21 de fevereiro de 2020, ocorreu a publicação da Edição nº 143 do Informativo Jurisprudência em Teses, apesar de não possuir caráter vinculati-

---

cial nº 1.285.483-PB, publicado no DJe:16/08/2016; 7) Recurso Especial nº 1.121.067-PR, publicado no DJe: 03/02/2012; 8) Recurso Especial nº 1.106.557-SP, publicado no DJe: 21/10/2010; 9) Agravo Regimental no Agravo nº 1.250.819-PR, publicado no DJe: 18/05/2010; 10) Recurso Especial nº 418.572-SP, publicado no DJe: 30/03/2009; 11) Recurso Especial nº 285.618-SP, publicado no DJe: 26/02/2009; 12) Recurso Especial nº 986.947-RN, publicado no DJe: 26/03/2008; 13) Recurso Especial nº 251.024-SP, publicado no DJ: 04/02/2002.

<sup>106</sup> Recurso Especial nº1.285.483-PB, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 16 agosto de 2016: “EMENTA RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE. PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO. FORMA PECULIAR DE CONSTITUIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO. PRODUTO NÃO OFERECIDO AO MERCADO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA DE FINALIDADE LUCRATIVA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. 1. A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários. 2. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro. 3. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo.”.

vo, expressa o entendimento consolidado do STJ em vários ramos do Direito, onde consta: “2) Aplica-se aos planos de saúde na modalidade de autogestão o princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*), sendo necessária a observância das regras-gerais do Código Civil em matéria contratual, em especial a da boa-fé objetiva e de seus desdobramentos.”<sup>107</sup>. Verifica-se que após a publicação da Súmula 608, o STJ interveio novamente no tema, ao não considerar uma relação de consumo atraiu para o Código Civil análise das condições gerais contratuais, principalmente a boa-fé e seus deveres anexos, como forma de coibir eventuais abusos na execução contratual, bem como a falta de informação que possam comprometer e desnaturar a prestação de serviço de assistência à saúde.

#### **4.3. Plano privado de assistência à saúde no Brasil: elemento objetivo *sui generis*?**

O ensinamento por todos da doutrina brasileira, para a devida conformação da relação de consumo, perpassa pela identificação de elementos objetivos, seja o produto ou o serviço. Importante registrar que o artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.656/98, conceituou o plano privado de assistência à saúde como sendo a “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, 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;”. Recordar-se que a Lei nº 10.185/2001, enquadrou o seguro saúde como plano para todos os

---

<sup>107</sup> Esse entendimento teve como base seis acórdãos: 1) Agravo Interno nos Embargos Declaratórios no Agravo no Recurso Especial nº 1.443.526/RJ, Rel. Ministro Moura Pinheiro, Terceira Turma, DJe: 19/02/2020; 2) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.810.061/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe: 19/12/2019; 3) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.809.914/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe: 22/10/2019; 4) Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial nº 835.892/MA, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe: 30/08/2019; 5) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.712.056/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe: 18/12/2018 e 6) Recurso Especial nº 1.644.829/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe: 23/02/2017.

efeitos decorrentes da legislação envolvendo o mercado de saúde suplementar, conseqüentemente, o uso da palavra plano engloba todos os contratos.

A definição de produto ou serviço está textualmente prevista no Código de Defesa do Consumidor, especificamente nos §§1º<sup>108</sup> e 2º do artigo 3º, o qual traz no *caput* o significado de fornecedor, portanto, os elementos objetivos estão diretamente ligados ao sujeito que se obriga as atividades econômicas na relação de consumo.

Toda operadora que queira ofertar um plano tem obrigação de registrá-lo junto ao órgão regulador<sup>109</sup>, mediante pagamento da TRP (Taxa Registro de Produto), que, posteriormente ao cumprimento dos normativos infralegais, lhe é concedido um número de registro ao produto, podendo dele somente ser usado pela operadora solicitante. Esse clausulado torna-se um produto imaterial da operadora denominado plano privado de assistência à saúde. É assegurado a todo consumidor adquirente do plano individual ou familiar a cópia integral do clausulado, para os contratos coletivos, empresarial ou por adesão, a cópia deve ser obtida junto à pessoa jurídica contratante.

Sob outro prisma, o plano, na sua forma de clausulado, expõe, dentre outros pontos, os direitos e deveres para o pleno funcionamento da cobertura assistencial, com vistas a manter, recuperar ou melhorar à saúde do beneficiário. Para conseguir atingir a efetividade prevista no clausulado a operadora presta diretamente um serviço de atenção à saúde ou contratada profissionais e estabelecimentos de saúde. Na definição do CDC, serviço é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”, portanto, em regra, o consumidor contribuiu mensalmente e pode usufruir, caso necessite, da prestação de serviço de assistência à saúde, atrelada ao registro do produto obtido perante o órgão regulador. Adiante no conceito de serviço depara-se que o legislador foi categórico em dizer que “inclusive as de natureza (...) securitária”, sedimentando a empresa seguradora como fornecedor para todos os efeitos do CDC.

Em que pese a própria definição legal estabelecer como serviço, pode-se dizer que se configura numa situação *sui generis*, eis que a oferta somente é viável com o devido registro do produto junto ao órgão regulador, podendo

---

<sup>108</sup> Conceito de produto: “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (art. 3º, CDC).

<sup>109</sup> ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR: Resolução Normativa nº 85, de 07 de dezembro de 2004.

ou não o consumidor utilizar, no período contratual que estiver vinculado, efetivamente da assistência à saúde, porém, em ambos os elementos objetivos não resta dúvida sobre a caracterização da devida relação de consumo.

#### 4.3.1. Seguro de saúde em Portugal: bem ou serviço?

O mesmo raciocínio traçado para caracterizar o plano de saúde no Brasil como elemento objetivo *sui generis* da relação jurídica de consumo envolvendo o consumidor e a operadora, pode ser seguido em relação ao seguro de saúde ofertado em Portugal.

De acordo com o artigo 213º do Decreto-Lei nº 72/2008, o segurador deve arcar com as despesas relacionadas a devida “prestação de cuidados de saúde”. Na prática, o cidadão<sup>110</sup>, nacional ou estrangeiro, que não queira ser dependente exclusivamente do SNS, procura o atendimento do segurador para conhecer as condições de assistência à saúde. Decidindo pela contratação do seguro de saúde, recebe do segurador, obrigatoriamente, a apólice, considerada com um bem<sup>111</sup> imaterial, que lhe resguarda o direito de cuidados numa eventual necessidade ou mesmo para prevenção de acometimento de doenças indesejadas, mediante a prestação de serviços nos estabelecimentos de saúde, juntamente com os profissionais que atuam na área, com pagamento direto pelo segurador ou reembolso das despesas.

Entretanto, é possível entender, de forma mais direta, como serviço, eis que a finalidade precípua deste ramo de seguro é manter, recuperar ou melhorar à saúde do consumidor, respeitadas as prestações convencionadas, realizável através do efetivo atendimento.

---

<sup>110</sup> A contratação por ser realizada por outras pessoas, *v.g.*, empresa empregadora que oferece seguro de saúde para seus executivos.

<sup>111</sup> A palavra “produto”, na relação de consumo, está mais ligada a segurança geral (Decreto-Lei nº 69/2005) ao ser disponibilizado no mercado ao consumidor, senão veja-se: “«Produto» qualquer bem, novo, usado, recuperado ou utilizado no âmbito de uma prestação de serviços, destinado aos consumidores ou susceptível de, em circunstâncias razoavelmente previsíveis, por eles ser utilizado, mesmo que lhes não seja destinado, fornecido ou disponibilizado, a título oneroso ou gratuito, no âmbito de uma actividade profissional, com excepção dos bens imóveis; «Produto seguro» qualquer bem que, em condições de utilização normais ou razoavelmente previsíveis, incluindo a duração, se aplicável a instalação ou entrada em serviço e a necessidade de conservação, não apresente quaisquer riscos ou apresente apenas riscos reduzidos compatíveis com a sua utilização e considerados conciliáveis com um elevado nível de protecção da saúde e segurança dos consumidores, tendo em conta, nomeadamente:”.

#### 4.4. A prestação de serviço público de assistência à saúde pelo SNS: é uma relação de consumo?

Com a inserção do nº 2 do artigo 2º na Lei nº 24/96, ampliou-se a figura da pessoa profissional que fornece bens ou presta serviços aos consumidores, eis que incluiu, taxativamente<sup>112</sup>, os organismos da Administração Pública, as pessoas coletivas públicas, as empresas de capitais público, as regiões autónomas, as autarquias e as empresas concessionárias de serviços públicos, todas subordinadas ao âmbito da referida legislação.<sup>113</sup>

Imperioso destacar que a Lei nº 23/96 não trata como consumidor aquele que se relaciona juridicamente com as concessionárias de serviços públicos essenciais, é chamado de utente, inclusive no texto legal é expresso a determinação da “pessoa colectiva” ser considerada como utente, independente da destinação final dos serviços que lhe são disponibilizados. No referido diploma também resta claro que o serviço de assistência à saúde não se enquadra como concessão, afastando-se assim, a incidência dessa lei para o nosso estudo<sup>114</sup>.

No capítulo 2, do presente trabalho, abordou-se sobre o SNS, não restando dúvida que pertence à Administração Pública, com previsão na Lei de Bases da Saúde o dever do Estado prestar, diretamente ou por outros entes públicos ou por entidades privadas, cuidados de saúde ao sujeito de direitos denominado de utente<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> “2 – Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.” (art. 2º/2, Lei nº 24/96)

<sup>113</sup> Observe-se a tendência legislativa para inclusão da Administração Pública, eis que na alteração do Decreto-Lei nº 446/85, promovido pelo Decreto-Lei nº 220/95, especificamente sobre a eliminação da exceção prevista na alínea c) do nº 1 do artigo 3º sobre “cláusulas impostas ou expressamente aprovados por entidades públicas”, constou como justificativa no preâmbulo o seguinte: “Na verdade, assiste-se, não só à equiparação tendencial da Administração Pública, enquanto fornecedora de prestações e produtora de bens, aos profissionais da esfera privada, mas também à progressiva desregulamentação dos mercados”.

<sup>114</sup> MONTEIRO, António Pinto. *A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais*, in “AJURIS- “Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul”, Edição especial sobre o 1º Congresso Inter-Americano de Direito do Consumidor, tomo I, Março 1998, pp. 220-238 e também em: Estudos de Direito do Consumidor. vol. 2. p. 333-350. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2000.

<sup>115</sup> Para Nuno Cunha Rodrigues “A noção de utente é mais ampla que a de consumidor.”. RODRIGUES, Nuno Cunha. *Regulação da Saúde. Regulação em Portugal: novos tempos*,

Com efeito, tem-se a identificação dos elementos subjetivos e objetivos, o SNS que presta serviços e o utente que recebe os cuidados de saúde. Mas, o SNS presta serviço com carácter profissional, caracterizada com atividade econômica para obtenção de benefícios? A princípio, a resposta é negativa, eis que a ele é atribuída a autoridade de fiscalizar e normatizar os estabelecimentos de saúde.

Todavia, deve-se analisar, a partir de 2002, a reforma do sistema público de saúde, com a criação das parcerias público-privadas<sup>116</sup> e a *empresarialização* dos hospitais<sup>117</sup>, inclusive, autorizando ao Serviço Nacional de Saúde, quando houver impossibilidade de prestação de cuidados por ele próprio, contratar serviços de entidades privadas. A *empresarialização*<sup>118</sup>, modelo inspirado no “*New*

---

*novo Modelo?* Coord. FERREIRA, Eduardo Paz [*at alli*]. Coimbra: Almedina, 2009, p. 621 (nota rodapé 8).

<sup>116</sup> Decreto-Lei nº 185/2002, autoriza a gestão e o financiamento ao setor privado, ampliando o acesso e agilizando o atendimento aos utentes.

<sup>117</sup> Iniciou-se com a publicação da Resolução do Conselho de Ministros nº 41/2002, de 7 de março. Das 34, ora existentes, 31 unidades públicas hospitalares foram transformadas em hospitais S/A, com capitais exclusivamente públicos, após três anos, em virtude do trabalho realizado pela Unidade de Missão dos Hospitais S/A, instituída pela Resolução do Conselho de Ministros nº 15/2003, editou-se o Decreto-Lei nº 233/2005, sendo que as mesmas 31 sociedades anónimas passaram a ser entidades públicas empresariais (EPE). O normativo foi alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 12/2015, de 26 de janeiro, posteriormente, alterado pelo Decreto-Lei n.º 183/2015, de 31 de agosto, revogados pelo Decreto-Lei nº 18/2017. Veja na doutrina: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Sobre as novas empresas públicas (Notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/98). vol. Comemorativo dos 75 anos do Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2003, p. 555, *passim*.

<sup>118</sup> Nas palavras de Bianca Santana: “os hospitais públicos de alguns países europeus, prestadores principais do serviço da saúde, foram vestidos com a roupagem da pessoa jurídica de direito privado, inclusive na modalidade da sociedade anónima, protótipo da grande empresa capitalista, criada originariamente para empreendimentos vultuosos, destinada ao sucesso, ao menos em tese.” Adiante a Autora alerta sobre o modelo jurídico: “a alteração jurídica operada nos hospitais transformados, que, como se viu, deixam de pertencer ao setor público administrativo, no qual eram pessoas coletivas de direito público, e passam a integrar o setor empresarial do Estado, na modalidade de empresas públicas sob a forma societária, assim, sociedades anónimas de capitais públicos e, portanto, pessoas coletivas de direito privado.” SANTANA, Bianca. A reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da *empresarialização* dos hospitais públicos portugueses. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 2. ano 1. Coimbra: Coimbra Editora, jul./dez. 2004, p. 71 e 75. Sobre o modelo jurídico dos hospitais públicos, consulte: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Sociedade Anónima, a sedutora (Hospitais S.A, Portugal, S.A.). Coimbra: Almedina (IDET – Instituto do Direito das Empresas, e do Trabalho), 2003.

*public management*<sup>119</sup>, foi implementado para obter qualidade na gestão hospitalar e eficiência do SNS, que culminou com a aprovação do Regime Jurídico da Gestão Hospitalar, através da edição da Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro, atualmente, regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 18/2017. O Estado português ao transformar<sup>120</sup> os hospitais em entidades privadas empresariais, reconheceu o desenvolvimento de uma atividade econômica típica, tendo como principal objetivo prestar cuidados de saúde a todos os cidadãos em geral, especialmente, os utentes do SNS, os beneficiários das “entidades externas” contratualizadas e cidadãos estrangeiros não residentes<sup>121</sup>.

Para Vital Moreira “os hospitais públicos empresarializados passam a ser também fornecedores de cuidados de saúde mediante um preço, tal como os hospitais privados. O facto de o pagador não ser o consumidor mas antes uma agência do Estado, não altera essa ‘mercadorização’ dos cuidados da saúde.”<sup>122</sup> Diante dessa assertiva, reporta-se ao elemento finalístico da “obtenção de benefícios”, pois é cediço que a principal fonte de financiamento das EPE’s são oriundas dos recursos públicos<sup>123</sup>, porém, existe a prestação de serviços a título oneroso para não beneficiários<sup>124</sup> do seu sistema, sendo outra fonte de recurso.

---

<sup>119</sup> Importante a análise realizada por Maria João Major e Andreia Magalhães sobre o impacto da introdução do “managerialismo”, após a empresarialização dos hospitais públicos portugueses entre 2002 e 2005. MAJOR, Maria João; MAGALHÃES, Andreia. Reestruturação do serviço nacional de saúde em Portugal: balanço da empresarialização dos hospitais públicos portugueses. *Revista de Administração* (São Paulo). vol. 49. ano. 3. São Paulo: Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, jul./set. 2014.

<sup>120</sup> Ressalte-se que ainda permanece alguns hospitais classificados como “Sector Público Administrativo” – hospitais SPA. Relação contida no Mapa III, do Anexo I, do Decreto-Lei n.º 18/2017.

<sup>121</sup> Veja crítica, em 2004, de Eugénio Rosa, com relação a mercantilização da saúde, eis que Hospitais S/A estavam negociando a contratação com companhias de seguro “oferecendo um atendimento mais atempado, célere e personalizado”, privilegiando os particulares ao invés dos beneficiários do SNS. Disponível em: [http://resistir.info/portugal/hospitais\\_mercantilizacao.html](http://resistir.info/portugal/hospitais_mercantilizacao.html). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>122</sup> MOREIRA, Vital. A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 5. Belo Horizonte: Editora Fórum, jan./mar. 2004, p. 113.

<sup>123</sup> Decreto-Lei n.º 18/2017: “Art. 25. Financiamento. 1 – As E. P. E., integradas no SNS são financiadas nos termos da base XXXIII da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro, devendo o financiamento refletir as necessidades de saúde da população abrangida e permitir um adequado planeamento da oferta de cuidados de saúde.”

<sup>124</sup> De acordo com o Despacho n.º 721/2006, que institui as cláusulas contratuais

Registre-se, ainda, outra fonte de recurso advinda do copagamento<sup>125</sup> cobrado de alguns utentes. Todavia, deve-se entender se os valores recebidos, dessas fontes de recursos, configuram a “obtenção de benefícios”. Antes, chama-se à reflexão sobre o fato que em momento algum o legislador reportou o alargamento contido no nº 2 ao contexto do nº1 do diploma legal, podendo o intérprete entender pela desnecessidade dos preenchimentos dos elementos finalísticos atribuídos aos fornecedores de bens e prestadores de serviços para configurar a pessoa profissional a ser subordinada à lei de defesa do consumidor, pois sua menção diz diretamente ao elemento objeto (bens, serviços ou direitos)<sup>126</sup>.

Paralelamente, cumpre dizer que no Brasil, por não possuir uma forte *empresarialização* dos hospitais públicos, a situação foi traçada com base na remuneração *uti singuli*, particular e mensurável, ou *uti universi*, indivisível e universal, não se aplicando<sup>127</sup> o CDC em relação aos atendimentos de assis-

---

gerais dos contratos-programa a celebrar entre o Ministério da Saúde e as unidades de saúde integradas no sector empresarial do Estado, são considerados beneficiários do SNS: “a) Os cidadãos portugueses; b) Os cidadãos nacionais de Estados membros da União Europeia, nos termos das normas comunitárias aplicáveis; c) Os cidadãos estrangeiros residentes em Portugal, em condições de reciprocidade; d) Os cidadãos apátridas residentes em Portugal; e) Os cidadãos estrangeiros menores em situação ilegal registados nos termos da Portaria nº 995/2004, de 9 de Agosto, e do Decreto-Lei nº 67/2004, de 25 de Março. Veja em: [http://www.acss.min-saude.pt/wp-content/uploads/2016/12/Despacho-n\\_-721\\_2006.pdf](http://www.acss.min-saude.pt/wp-content/uploads/2016/12/Despacho-n_-721_2006.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>125</sup> Nesse sentido, a Ana Sofia Ferreira “Estes utentes não são, como nas *utilities*, <<clientes>> das entidades prestadoras, e não são nunca em sistemas do tipo SNS o seu principal financiador directo, mesmo quando se preveem co-pagamentos. Financiam, indirectamente, o Estado enquanto contribuintes, mas não existe qualquer relação directa entre contribuição e benefício dos serviços de saúde.” FERREIRA, Ana Sofia. Regulação em saúde e regulação das <<utilities>>: que diferenças? *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*. vol. 3, nº 1. Lisboa: INDEG/ISCTE; Rio de Janeiro: F.G.V, jan./mar. 2004, p. 48.

<sup>126</sup> C.f.: ALMEIDA, Teresa. *Lei de Defesa do Consumidor Anotada*. 2ª Edição. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2001. Importante dizer que o comentário da Autora foi publicado em momento anterior a empresarialização dos hospitais. Posição contrária é percebida no texto de Paulo Duarte ao afirmar “O acento finalístico da letra da lei (actividade que visse obtenção de benefícios) parece sugerir a ideia do escopo de obtenção de lucro. Trata-se, contudo, de hipótese interpretativa que é pouco consentânea com a natureza da actividade dos sujeitos jurídicos-públicos elencados no nº 2 do art. 2º da LDC.” DUARTE, Paulo. O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2º/1 da lei de defesa do consumidor. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 75. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1999, p. 670.

<sup>127</sup> Em sentido contrário: SANTIN, Janaína Rigo; SANTOS, Katiane Scharlesi Gehlen dos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor no serviço público de saúde: limites e



tência à saúde realizados pelo SUS aos cidadãos<sup>128</sup>, mas sim, quando fornecidos pelas concessionárias dos serviços públicos (energia elétrica, água, rodovia)<sup>129</sup>.

Retornando sobre a incidência da <<obtenção de benefícios>>, registre-se que antes da *empresarialização* o SNS, por meio de dotação orçamentária anual, repassava aos hospitais os recursos para proverem os cuidados de saúde, atualmente, são financiados em função de sua produção, não mais pela simples geração das despesas, tendo que aperfeiçoar sua gestão para garantir a eficiência. Essa alteração de financiamento para as EPE's e para os hospitais SPA que prestam serviços de cuidados à saúde aos cidadãos portugueses não caracteriza a “obtenção de benefícios” prevista na Lei nº 24/96, haja vista que na sua quase totalidade trata-se de financiamento público, advindos do recolhimento de impostos pelo Estado, pagos pelos próprios cidadãos que depois são repassados mediante o contratos-programas celebrados com o Ministério da Saúde.

Coutinho de Abreu adverte que o regime das empresas públicas empresariais *não impõe em lado algum o escopo lucrativo*<sup>130</sup>, todavia, quando realizam serviços públicos de interesse geral sua característica é de atuação sem finalidades lucrativa.<sup>131</sup>

---

possibilidades. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 98. ano. 23. p. 199-222. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2015.

<sup>128</sup> “o serviço está a sua disposição pela relação de justiça distributiva que o apanha na condição de contribuinte, no sentido fiscal, da pessoa que é cadastrada e/ou lançada a pagar impostos.” NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167. MOOR, Fernanda Stracke. Considerações sobre o regime público na prestação dos serviços delegados e a perspectiva dos direitos dos cidadãos frente aos serviços essenciais. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 55. ano.13. p. 106-121. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2005.

<sup>129</sup> Em 2017, foi publicada a Lei nº 13.460/71, dispendo sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, após 30 anos de omissão pelo legislador, haja vista que o artigo 37, §3º da CR/88 determinou a elaboração de lei. Ressalte-se que nela consta o não afastamento do CDC, quando caracterizada uma relação de consumo. Em relação aos serviços prestados por concessão, referida legislação deve também se ater à Lei nº 8.975/95. Para maiores detalhes: REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MAFFINI, Rafael. Nota sobre a defesa do consumidor e os serviços públicos: inovações da Lei 13.460/2017 e seu diálogo com o CDC. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 114. ano 26. p. 419-437. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2017.

<sup>130</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. As Novíssimas Empresas Públicas (Segundo o DL 133/2013). *Boletim de Ciências Económicas*, LVII / 1 (2014), p. 64.

<sup>131</sup> “la Administración Pública no tiene, en ningún caso, la condición de acreedor respecto al beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria, ni siquiera en los supuestos de urgencia (...). La relación jurídica que existe entre el beneficiario y el Sistema Nacional de Salud Pública (o la Seguridad Social) es completamente independiente de la que se establece

Para o deslinde da questão, torna-se imperioso desmembrar em duas situações: (i) os beneficiários do SNS, com ou sem copagamento, atendidos na EPE, hospitais SPA ou entidade privada em regime de PPP não são caracterizados como consumidores, por não constituir a “obtenção de benefícios” e (ii) os consumidores não pertencentes ao SNS atendidos na EPE devem ser considerados consumidores.

#### 4.5. Contrato de adesão de consumo e as cláusulas contratuais gerais

António Pinto Monteiro explica que deve ser alcunhado por contratos de adesão<sup>132</sup> a “fórmula que traduz a posição da contraparte e realça o significado da aceitação: mera *adesão* as cláusulas *pré-formuladas* por *outrem*.”<sup>133</sup> As cláusulas contratuais gerais são aquelas predispostas unilateralmente, contudo, como en-

---

entre el asegurado y la entidad aseguradora, de forma que por el hecho de que el asegurado solicite la prestación de asistencia sanitaria de alguno de los sujetos que tienen obligación de cumplirla no nace acción alguna del pagador frente al otro obligado. El Sistema Nacional de Salud Pública y la compañía de seguros no son deudores solidarios, porque sus respectivas obligaciones nacen de relaciones jurídicas diferentes, y su contenido también es distinto”. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo “La prestación del asegurador en el seguro de asistencia sanitaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2011, nº 282, 2011, p. 38-39. Posição contrária de Joaquín Cayón de Las Cuevas: “En todo caso, y con independencia de la jurisdicción competente, si asumimos que la Administración pública puede actuar como sujeto frente al que opera la tutela diseñada por el Derecho de Consumo, como esperamos haber demostrado, este ordenamiento debiera servir como elemento de unificación material de regímenes jurídicos en la medida en que su aplicación procedería tanto en los casos de prestación pública como de prestación privada, con independencia del cauce jurisdiccional por el que se desarrollara la demanda.” LAS CUEVAS, Joaquim Cayón de. *La prestación de servicios sanitarios como relación de consumo*. TESIS DOCTORAL. Universidade de Cantabria, em 2016. Disponível em: <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/8412/TJCC.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>132</sup> António Pinto Monteiro: “com efeito, contratos de adesão, condições gerais dos contratos, cláusulas contratuais gerais, contratos ‘standard’, etc, tem sido, como se sabe, a terminologia utilizada em vários direitos para designar a mesma realidade. Pondo de lado a distinção entre contratos de e por adesão – que poucos seguidores tem tido –, a alternativa tem-se colocado entre as expressões contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais (ou condições gerais dos contratos).” MONTEIRO, António Pinto. *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 62, I (Janeiro de 2002). Lisboa: O. A., p. 116.

<sup>133</sup> MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 3. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2001, p. 134-135.

sina o Autor “não se exige a intenção uniformizadora (cláusulas pré-elaboradas para um número “indeterminado” ou para um número “múltiplo” de contratos)”<sup>134</sup>, ou seja, podem ter sido pré-elaboradas para um único contrato e não para se utilizar para uma categoria ou em vários e futuros contratos.

As cláusulas contratuais gerais podem existir para estabelecer direitos e obrigações sem, necessariamente, estar inserida no contrato de adesão, mas a recíproca não é verdadeira, eis que o contrato de adesão<sup>135</sup> se aperfeiçoa com a presença intrínseca das cláusulas contratuais gerais, mediante a declaração de vontade das partes, passando a concretizar os efeitos do negócio jurídico.

Em sentido amplo, são as seguintes características do contrato de adesão: pré-formulação (confeccionadas previamente), unilateralidade (pelo fornecedor), rigidez (não se aceita negociação)<sup>136</sup>, generalidade (utilização em vários contratos) e indeterminação (difusos – vários consumidores). Comum entre as duas espécies é elaboração prévia, unilateralidade e a rigidez.

Como bem salientou Isabel Afonso exemplos típicos e difundidos são as

---

<sup>134</sup> Idem, p. 150.

<sup>135</sup> Leonardo Zanini esclarece que “O termo foi inicialmente apresentado por Raymond Saleilles, em estudo publicado em 1901, sobre a parte geral do Código Civil alemão, intitulado: *De la déclaration de volonté: Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand*. Em referido trabalho, o jurista explicitou que os contratos aderem às condições gerais de contratação (que adhére aux conditions générales). Assim, originalmente, a expressão contrato de adesão deriva do fato do contrato aderir às condições gerais de contratação, não se confundindo tal adesão com a ideia difundida acerca da adesão do próprio contratante ao contrato de adesão”. ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Contratação na sociedade massificada*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. vol. 14. p. 75-98. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 81-82.

<sup>136</sup> Cf. Filipe Albuquerque Matos “Fundamental para a convocação do regime do DL nº 446/85 é a circunstância de a cláusula não ter sido objecto de negociação particular, conquanto a mesma se destine tão-somente a uma aplicação particular, ou seja, mesmo quando nos encontremos apenas em face de um contrato de adesão.” MATOS, Filipe Albuquerque. *Seguros obrigatórios de responsabilidade e cláusulas limitativas da responsabilidade civil – Ac. do STJ de 26.2.2019, Proc. 5757/11.0TBRRG.G1.S1. Cadernos de Direito Privado*. vol. 72. Braga: Centro de Estudos Jurídicos do Minho, out./dez. 2020, p.58. Isabel Afonso “Dizem-se contrato de adesão aqueles em que um dos contraentes, não tendo a menor participação na preparação das respectivas cláusulas, se limita a aceitar o texto que o outro contraente oferece, em massa, ao público interessado. (...) que entre nós têm os seus exemplos mais vulgarizados nas várias modalidades do contrato de seguro,” AFONSO, Isabel. *Cláusulas Contratuais Gerais*. Estudos de Direito do Consumidor, vol. 1. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999, p. 467.

várias modalidades do contrato de seguro<sup>137</sup>, entre eles o contrato de adesão de seguro de saúde. Pedro Romano Martinez afirma que o contrato de seguro é celebrado por meio de cláusulas padronizadas, cabendo ao tomador ou segurado somente a subscrição<sup>138</sup>.

Para Maria Inês Oliveira Martins<sup>139</sup> impensável que a seguradora use a “técnica da mutualização dos riscos (...) sem a standardização dos clausulados (...). Sem uma standardização dos próprios clausulados, não se assegura a racionalização de custos e planeamento necessários ao serviço de uma produção em massa dirigida a um consumo também massificado.”. Realmente, inconcebível outra forma de contratação senão por meio do contrato de adesão, em que pese beneficiar somente aquele que explora a atividade econômica, pois para o consumidor o seu tamanho, a grafia, o conteúdo técnico, são fatores de desestímulo para uma devida compreensão.

A legislação brasileira de defesa do consumidor, diferente da legislação portuguesa, optou por conceituar contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”<sup>140</sup>. Nelson Nery Júnior enfatiza que “os contratos de adesão são a concretização das cláusulas contratuais gerais”<sup>141</sup>, mediante a aceitação pelo aderente.

Portanto, a primeira característica do tipo contratual seguro de saúde é ser contrato de adesão.

---

<sup>137</sup> AFONSO, Isabel. Cláusulas Contratuais Gerais. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 1. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999, p. 467.

<sup>138</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro. *Scientia Iuridica*: revista trimestral portuguesa e brasileira. Tomo 55. vol. 306. Braga: Universidade do Minho, abr./jun. 2006, p. 241. Adiante, o mesmo autor diz que “As condições gerais da apólice correspondem às cláusulas que definem basicamente o tipo de seguro acordado. Por seu turno, as condições especiais concretizam as cláusulas gerais, delimitando o tipo de seguro, nomeadamente excluindo certos aspectos do risco assumido pela seguradora. Depois de se definir o tipo de seguro, nas cláusulas gerais, especifica-se o conteúdo do contrato nas condições especiais.”. *Idem*, p. 245.

<sup>139</sup> MARTINS, Maria Inês de Oliveira. O controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais no contrato de seguro. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 10. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2016, p. 223 e 229.

<sup>140</sup> BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Art. 54. Brasília, DF, 1990.

<sup>141</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado / Ada Pellegrini... [et al.]. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 361.

#### 4.6. Características gerais do contrato de adesão seguro de saúde

Inicialmente, forçoso pontuar que a legislação especial<sup>142</sup> descreve o contrato de seguro como aquele pelo qual o segurador tem o dever de cobrir o risco determinado, realizando a prestação<sup>143</sup> convencionada quando ocorrer o sinistro, e o tomador do seguro arcar com o pagamento correspondente ao prêmio. No Brasil, está disciplinado no Código Civil<sup>144</sup>, de forma semelhante, mas utiliza-se a expressão “garantir interesse legítimo do segurado” contra riscos predeterminados.

Ao ler os artigos 213º e 214º do Regime jurídico do contrato de seguro (RJCS), retratam justamente a conotação geral, ao dizer que o segurador cobre riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde, mediante o pagamento das prestações convencionadas ou das despesas efetuadas, anualmente<sup>145</sup>. A Lei de Planos de Saúde brasileira, diferente do regime jurídico português, conceituou o plano privado de assistência à saúde, que diga-se, engloba o seguro de saúde, a saber: “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;”.

---

<sup>142</sup> Cf. Art. 1º do Decreto-Lei nº 72/2008. Maria do Céu Rueff afirma não ter encontrado na legislação a definição para contrato de seguro, citando Marque dos Santos, entende que sua definição ainda serve que nem luva: “um contrato aleatório, sinalagmático, que implica a transferência do *risco* (acontecimento futuro e incerto, de natureza desfavorável) do segurado para o segurador”. RUEFF, Maria do Céu. Dever de informar, conflitos de interesse e deontologia na relação tripartida cidadão-médico-seguradora. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 13. ano. 7. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 43.

<sup>143</sup> Como alerta Maria Inês de Oliveira Martins “a prestação devida pelo segurador em caso de ocorrência do sinistro tanto pode consistir na entrega de uma soma pecuniária (...) como na realização de uma certa actividade.” MARTINS, Maria Inês de Oliveira. O seguro de vida enquanto tipo contratual legal. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal (Coimbra Editora), 2010, p. 41-42.

<sup>144</sup> Art. 757 do Código Civil brasileiro.

<sup>145</sup> Essa mesma situação já estava prevista no artigo 14º do Decreto-Lei nº 176/95, sendo o artigo revogado com a vigência do Decreto-Lei nº 72/2008.

Diante disso, pode-se afirmar que o contrato de seguro de saúde ou de plano de assistência à saúde é típico (nominado), haja vista seu reconhecimento formal pela legislação vigente nos dois países.<sup>146</sup> Caracteriza-se, também, como bilateral (sinalagmático), em que pese a manifestação de vontade do tomador<sup>147</sup> se restrinja em aderir ou não ao clausulado unilateralmente modelado pelo segurador, ao pactuar, de forma consensual, gera direitos e obrigações para as partes, de maneira onerosa, eis que o consumidor paga antecipadamente o prêmio (mensalidade) para quando precisar utilizar do serviço, cabendo ao segurador estimar os custos das utilizações, que se transformam nos sinistros, com a obrigação do pagamento para os profissionais e estabelecimentos de saúde. Tais despesas, eventualmente, podem ou não ocorrer na vigência do contrato, isto porque se o consumidor não realizar ao longo do contrato um simples exame preventivo não acarreta despesa para o segurador, razão pela qual, demonstra outra característica, aleatoriedade, a depender de um evento futuro e incerto, em clara manifestação de transferência do risco ao segurador<sup>148</sup>. Reforça-se que o contrato não tem a pretensão de evitar a ocorrência do evento danoso, mas sim, minimizar os impactos econômicos para a pessoa segura individualmente<sup>149</sup>, que sem o seguro poderia não ter recursos suficientes para arcar com as despesas.

Outra característica que se trata de um contrato duradouro, denominados também por contrato cativo de longa duração ou contratos de execução conti-

---

<sup>146</sup> Em que pese não ser essa a situação deste tipo contratual, importante dizer que não é o nome que qualifica o contrato, mas seu conteúdo.

<sup>147</sup> No contrato de grupo pode ser caracterizado como plurilateral, pois o tomador (empregador) pactua com o segurador, e quem utilizará dos serviços é a pessoa segurada (empregado). Há possibilidade de entrada e saída de aderentes na vigência do contrato sem elaboração e a conclusão de novo contrato. O novo aderente assume direitos e obrigações de um contrato já existente, se vinculando aos termos do contrato.

<sup>148</sup> Angélica Carlini esclarece que “a operadora de saúde não assume o risco da doença pelo usuário, mas o risco dos pagamentos dos valores que será preciso despende para o tratamento do usuário. Essa é a melhor compreensão para a expressão “transferência de riscos”, ou seja, o que se transfere são os riscos econômicos, os riscos do custeio do tratamento de saúde a que o usuário terá de se submeter e que, para não afetar diretamente seu patrimônio pessoal, contrata seguro para compartilhar esse risco com outros usuários de forma organizada e administrada pelo segurador.”. CARLINI, Angélica. *Pandemia e saúde suplementar: reflexões à luz das normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)*. In: VILLAS BOAS, Marco; CECHIN, José. *Judicialização da saúde*. Palmas: Editora Esmat, 2020, p. 345.

<sup>149</sup> Cf. Sérgio Cavalieri “através do seguro, consegue-se socializar o dano, repartindo-o entre todos (ou muitos), de sorte a torná-lo suportável, por maior que ele seja.” CAVALIERI Filho, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 195.

nuada ou contratos relacionais<sup>150</sup>, pois não se contrata para fazer uso imediato e instantâneo da prestação de serviço, mas quando precisar utilizar, seja preventivamente ou em virtude de sinistro.

Deve ser entendido como um contrato solene<sup>151</sup>, apesar do RJCS<sup>152</sup> determinar que para a sua validade não depende de forma especial, consta a previsão da formalização da apólice por escrito, a qual deve prevalecer diante da complexidade que retrata o contrato de adesão de seguro de saúde. Na legislação brasileira impõe-se um “Manual” que as operadoras devem seguir na elaboração dos contratos, no verdadeiro dirigismo estatal, confirmando a sua solenidade.

Destaca-se, ainda, a característica da boa-fé, ou “mesmo de máxima boa-fé”<sup>153</sup>, conferindo a todos que participam desta relação jurídica de consumo o dever de agir com lealdade e honestidade para que o contrato atinja a sua finalidade, sem surpresas desagradáveis, enganações que possam macular o interesse das partes<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> “Admitamos que o que mais tem contribuído para a expansão do paradigma <<relacional>> é a própria cautela com que se cingiu a definição de <<relacional>> a uma questão de grau – pois é essa mesma cautela que legitima a asserção mais ambiciosa e revolucionária, que é a de que os elementos <<relacionais>> predominam na maior parte dos contratos, e que portanto, ao contrário do que presumia o paradigma clássico (tanto o do direito como o da economia), é o contrato <<relacional>> que é mais comum, e não a relação instantânea e <<discreta>> entre dois desconhecidos envolvidos numa transacção de mercado – e que até aquilo que era tradicionalmente aceite como ilustração do contrato <<pontual>> não é senão, na maior parte das vezes, um <<instantâneo>>, um retrato apenas de um momento dentro de relações mais longas e estáveis.”. ARAUJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Lisboa, Portugal: Almedina, 2007. p.419. No Brasil, o tema está detalhado na obra de MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>151</sup> No processo nº 436/14, julgado em 30/03/2017, o Tribunal de Relação de Lisboa consignou que “o contrato de seguro é um contrato formal, devendo ser reduzido a escrito na respectiva apólice.”. Disponível em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>152</sup> Art. 32 do Decreto-Lei nº 72/2008. Pedro Martinez comenta que essa previsão, ao invés da anterior do art. 426º Código Comercial, não traz grande impacto, eis que “o seguro é consensual mas tem de ser formalizado num texto escrito, designado apólice, e por via de regra, a apólice reflete de modo fidedigno o acordo, razão pela qual o contrato se consolida na apólice.” MARTINEZ, Pedro Romano...[et. al.]. *Lei do contrato de seguro: anotada*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 227.

<sup>153</sup> MARTINS, Maria Inês de Oliveira, op. cit, p. 55. POÇAS, Luís. *Problemas e soluções de direito dos seguros*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 16.

<sup>154</sup> Nas palavras de Krieger Filho é “bilateral, oneroso, consensual, de adesão, aleatório para o segurado e comutativo para o segurador, sujeito ao CDC, de execução continuada e de boa-fé”. KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. *Seguro no Código Civil*. Santa Catarina: OAB/SC, 2005, p. 26.

Cabe pontuar que no Brasil tem-se atrelado a característica “existencial” para esse tipo de contratual, haja vista que o objeto está relacionado à manutenção da vida e da dignidade<sup>155</sup>.

## 4.7. Espécies

### 4.7.1. *Em Portugal: Seguro de saúde – “não vida”*

De partida, situa-se o seguro de saúde, conforme determina a Lei nº 147/2015, no ramo “não vida – doença”, nas modalidades de prestações convencionadas, prestações indenizatórias ou a combinações dos dois tipos de prestações (art. 8º)<sup>156</sup>. Trata-se, também, de uma espécie do gênero seguro de pessoas, por força do art. 175º do RJCS.

A contratação do seguro de saúde se divide em duas modalidades: a) individual, considerado quando realizado por uma única pessoa ou quando há agregação familiar ou conjunto de pessoas vivendo em economia comum e b) por grupo<sup>157</sup>, ligados ao tomador do seguro por vínculo que não seja o de segurar, podendo ser contributivo ou não.

Cumprir esclarecer que diante da expressa previsão legal contida no 215º do RJCS, o consumidor está desobrigado de informar sobre a eventual existência de pluralidade<sup>158</sup> de seguros para a cobertura dos mesmos riscos, podendo acumular, um seguro individual para seu grupo familiar, com o seguro

---

<sup>155</sup> “os contratos e seguros de plano de saúde são considerados existenciais, por terem como objeto bem de natureza essencial à manutenção da vida e ao alcance da dignidade, e, por esse motivo, o atributo econômico, presente em qualquer relação negocial, pode e deve sofrer ponderações razoáveis em face do valor da vida humana” (Recurso Especial nº 1.450.134/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/10/2016, publicado no DJe em: 07/12/2016). Sobre o tema: MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueira de Azevedo. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 79. ano. 19. p. 265-310. São Paulo: Ed., RT, jul./set. 2011.

<sup>156</sup> Registre-se que <<Doença>> pode ser explorado em conjunto com <<Acidentes>>, adotando a classificação de <<Acidentes e Doença>>, previsto na alínea a) do art. 12º da Lei nº 147/2015.

<sup>157</sup> Veja, artigos 76º, 77º e 176º do Decreto-Lei nº 72/2008.

<sup>158</sup> CALMEIRO, Ana Serra. A pluralidade de seguros. Coimbra: Edições Almedina, 2021.



ofertado pelo seu empregador<sup>159</sup>, por exemplo, ao exercer um cargo executivo importante na sociedade comercial. Assim, poderá utilizar-se dos serviços conveniados mediante apresentação do cartão de identificação de um dos seguros a que está vinculado, bem como solicitar eventuais prestações indenizatórias a qualquer segurador.

Pode-se concluir, pela leitura do artigo 113º do RJCS, que os seguros individuais ou por grupo, podem conter a subespécie denominada de “longa duração”, ou seja, contratos celebrados com vigência inicial de cinco anos. Ressalte-se, neste particular, que a contratação do seguro de saúde pressupõe um período duradouro, tanto para prestação de cuidados preventivos, como a pretensão de se assegurar de futuras ocorrências indesejadas no seu estado de saúde que possam lhe impactar financeiramente com o tratamento prescrito. Entretanto, não são todas as pessoas que possuem uma estabilidade financeira que permitem um planejamento de gastos familiar de “longa duração”, culminando na pactuação com períodos inferiores a cinco anos. A principal consequência nefasta nesta situação reside na não aplicação direta das “limitações à denúncia” (art. 114º), que atinge somente os contratos “sem duração determinada”. Quer se dizer que em virtude do sinistro indesejado pelo consumidor no primeiro ou segundo ano de vigência do contrato, poderá o segurador denunciá-lo. Entende-se que esse permissivo legal não corresponde com a boa-fé objetiva, pois o segurador somente quer contratar com pessoas saudáveis, que não lhe traga riscos e consequentemente sinistros. Isso é uma inversão total do objeto do seguro de saúde, transferindo o risco da sua atividade econômica para a parte mais vulnerável, somente visando o “bônus”. Ponto que caberia uma intervenção do legislador para aperfeiçoar como regra não aplicável ao regime do contrato de seguro de saúde.

Retornando ao ponto central, o objeto principal do contrato de seguro de saúde é a prestação de cuidados (art. 213º, do RJCS), recaindo a obrigação para o segurador de cobrir o risco em caso de eventual sinistro, ficando a cargo do tomador arcar com o prêmio correspondente.

O busílis da questão está em saber qual a delimitação do risco relacionado com a prestação de cuidados de saúde? Diante da existência das modalidades

---

<sup>159</sup> Algumas empresas oferecem seguros de saúde para os seus trabalhadores e assumem o pagamento do prêmio no todo (não contributivo) ou em parte (contributivo), mas a inclusão do grupo familiar somente será possível caso esteja previsto nas condições contratuais, fazendo com que o empregador, com alternativa do SNS, assumira a contratação de seguro individual para sua família.

supra descritas, o risco compreende nas prestações convencionadas ou nas prestações indenizatórias ou em ambas, a depender da opção do consumidor.

Na prática depara-se com mensagens publicitárias semelhantes dos diversos seguradores divulgando a contratação por meio de pacotes predefinidos de capitais e coberturas, como hospitalização, ambulatório e parto, podendo acrescer ainda, por exemplo, estomatologia, próteses e órteses<sup>160</sup>, medicamentos, subsídio diário em caso de internamento, cobertura médica internacional por doença grave e segunda opinião médica<sup>161</sup>.

Com relação as prestações convencionadas, repita-se, que não há regulamentação da ASF ou legislação específica que determine a delimitação positiva do risco a ser garantido pelo segurador. Pressupõe-se que por anos de experiência acumulado neste mercado, baseado em cálculos atuariais, bem como em estudos científicos sobre as doenças e as idades que lhe são mais afetadas, o segurador estabelece, dentro da sua liberdade contratual (art. 405º, CCP e artigo 11º do RJCS), mesmo que mitigada em virtude de outras legislações, os cuidados de saúde que estão dispostos a garantir na ocorrência de eventual sinistro<sup>162</sup>, de um simples exame preventivo até uma intervenção cirúrgica ou parto.

O artigo 43º da RJCS é enfático ao considerar nulo o contrato que não respeitar o “interesse digno de proteção legal”. Mais uma vez, e sempre, o con-

---

<sup>160</sup> Cumpre esclarecer que não se trata de próteses e órteses que estão ligadas a intervenção cirúrgica, mas sim, para cobrir custos com a aquisição ou aluguel de aparelhos que substituem um membro ou órgão (próteses) e auxiliares de uma função (órteses), desde que prescritos por um médico: por exemplo, cadeiras de rodas, camas articuladas, óculos e lentes de contacto graduadas, aparelhos auditivos, muletas e próteses ortopédicas. De fora ficam óculos de sol, calçado ortopédico, colás ou meias elásticas, cintas e colchões ortopédicos.

<sup>161</sup> Pode o consumidor optar por contratar a segunda opinião médica, nos casos de doenças graves, que consiste na recolha pela seguradora desta opinião sobre o diagnóstico ou o tratamento perante especialistas ao nível mundial, enviando o processo clínico, agendamento de consultas e reservar transportes e alojamento no estrangeiro para a pessoa e para os seus familiares.

<sup>162</sup> Marisa Monteiro explica que anteriormente a doutrina assinalava diferença entre seguro de doença e seguro de despesas médicas, mas afirma que atualmente essa distinção é meramente doutrinal. MONTEIRO, Marisa Silva. O contrato de seguro de saúde. Estudos de Direito do Consumidor nº 15. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2019, p. 197. Sobre o tema, Francisco Luís Alves relata que na Espanha, a Lei nº 50/80 (art. 105º), distingue entre seguro doença e seguro de dependência (regulamentada pela Lei nº 39/2006). Esta última “para quem precisa de cuidados de saúde em idade mais avançada em interligação com o sector público”. ALVES, Francisco Luís. O regime do contrato de seguro de saúde no direito português. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. vol. 66. ano. 18. Coimbra: Associação Portuguesa de Direito do Consumo, 2011, p. 17 (nota rodapé 32).

sumidor almeja ter garantido pelo segurador o pagamento dos cuidados de saúde que se submeteu ou do reembolso das despesas. Quais os riscos (prestações convencionadas) fazem parte da proteção legal do seguro de saúde que não pode frustrar o interesse digno do consumidor?

Entende-se que a delimitação positiva das prestações convencionadas (riscos) pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensão (ASF) possibilita melhor compreensão do consumidor do alcance da cobertura que está contratando. Lado outro, cumpre preocupar-se com as cláusulas delimitadoras negativas da prestação contidas no contrato de adesão que podem comprometer o objeto principal que é prestar cuidados de saúde.

Na contratação do seguro de saúde somente como prestações indenizatórias, alerta-se para o maior controle da ASF, eis que o consumidor não tem condições de avaliar se o “*plafond*” escolhido para a hospitalização ou para o ambulatorio ou para parto são razoavelmente suficientes para cobrir eventuais sinistros, não podendo ser surpreendido com uma fatura contendo valores expressivos que na sua essência ou origem busca transferir a maior parte do risco do seguro para ele ao invés do segurador. Quanto custa em média um internamento hospitalar para realização de uma intervenção cirúrgica cardíaca, com honorários médicos e dos demais profissionais de saúde, dos exames de diagnóstico ou em virtude de um acidente automobilístico necessitou de intervenções cirúrgicas ortopédicas, com implantação de materiais especiais e, a depender, prótese ou órtese? Essas informações são demasiadamente técnicas e específicas do setor de seguros, o consumidor não consegue identificá-las com clareza, esse esclarecimento é de suma importância para uma escolha mais consciente.

Consta do artigo 49º do RJCS que cabe “tomador de seguro” indicar o valor para determinação do capital seguro. A realidade são padrões predefinidos de valores apresentados pelo segurador, tendo o consumidor que indicar qual alternativa prefere, fato que não justifica o cumprimento do dispositivo, caso não lhe seja devidamente esclarecido sobre os custos reais dos cuidados de saúde. Certo é que quanto maior o valor do risco escolhido pelo consumidor afetará diretamente no valor do prêmio a ser pago mensalmente. A situação pode ser agravada na contratação do seguro de grupo, eis que o dever especial de esclarecimento<sup>163</sup> é para o tomador e não para a pessoa segurada, o real consumidor, ficando dependente das informações a serem prestadas pelo tomador, e por inibição, por exemplo, em virtude do seu vínculo de emprego, acaba deixando de pedir os

---

<sup>163</sup> Cf. Art. 22º e 24º, nº 4, ambos do Decreto-Lei nº 72/2008.

devidos esclarecimentos para sua decisão. Para que o esclarecimento seja dado diretamente pelo segurador essa condição deve constar do contrato, conforme dispõe o artigo 78º, nº 4 do RJCS.

Em outro contexto, registre-se que o antigo Instituto de Seguros de Portugal (ISP) realizou Consulta Pública nº 6/2010 sobre o “Antreprojecto de Decreto-Lei – Regime especial dos seguros de saúde com cobertura graduada e dos seguros de saúde vitalícios”, visando facultar a disponibilização ao mercado segurador de “um maior leque de opções no domínio dos seguros de saúde”. A proposta, basicamente, consiste em três categorias de seguro de saúde, a saber: (i) comum – os atuais; (ii) cobertura graduada – implementação de determinadas disposições legais para garantir cuidados obrigatórios e (iii) seguro de saúde vitalício – com prazo de vigência mínimo de cinco anos, com deveres específicos ao segurador sobre as coberturas, consequências legais e aspectos técnicos. Entretanto, essa proposta não tornou realidade no mercado de seguro português, mantendo-se, o seguro de saúde comum, nas modalidades, individual e de grupo.

Após treze anos de vigência do Regime Jurídico do Contrato de Seguro (RJCS), tem-se, ainda, que alguns contratos de seguro de saúde foram celebrados em data anterior, razão pela qual, essa situação suscita apontamentos sobre qual a legislação aplicável, o que se fará a seguir.

#### *4.7.1.1. Aplicação no tempo*

O Decreto-Lei nº 72/2008 foi taxativo em determinar, como regra geral<sup>164</sup>, à aplicação do Regime jurídico do contrato de seguro (RJCS) aos contratos pactuados antes da sua entrada em vigor. Portanto, a liberdade contratual de modelação realizada anteriormente sofreu uma restrição imediata pela norma imperativa.

Em se tratando de contratos com renovação periódica, de forma genérica, aplicou-se a partir da primeira renovação, excepcionando alguns artigos, conforme redação do art. 3º, nº 1, do diploma legal. Os seguros não sujeitos a renovação, manteve-se o regime de acordo com a data da celebração do contrato.

---

<sup>164</sup> Cf. Art. 2º, nº 2 do Decreto-Lei nº 72/2008: “O regime referido no número anterior não se aplica aos sinistros ocorridos entre a data da entrada em vigor do presente decreto-lei e a data da sua aplicação ao contrato de seguro em causa.”.

Especificamente em relação aos seguros de pessoas, não sujeitos a renovação, aqui enquadrando-se o seguro de saúde, restou determinado à “adaptação” dos contratos antes da entrada em vigor do RJCS para ele se aplique nos dois anos subsequentes.

#### *4.7.2. Modalidades de contratos de plano de saúde no Brasil*

A Lei nº 9.656/98 estabeleceu, no seu artigo 16, um elenco de informações obrigatórias que devem constar do clausulado, entre elas o tipo de contratação de plano de saúde<sup>165</sup>, contudo, restringiu em três modalidades, a saber: (i) individual ou familiar; (ii) coletivo empresarial ou (iii) coletivo por adesão. Antes da criação da ANS, o Conselho de Saúde Suplementar, na época, encarregado de regulamentar os dispositivos do referido diploma legal, publicou a Resolução CONSU nº 14/1998, a qual foi revogada pela Resolução Normativa nº 195/2009, editada pela ANS, com alterações pontuais<sup>166</sup>, e plenamente vigente.

Percebe-se um verdadeiro dirigismo contratual pelo Poder Público, haja vista que a ANS estabelece uma infinidade de termos e cláusulas que são obrigatórias nos instrumentos jurídicos denominados de temas contratuais inse-

---

<sup>165</sup> “A causa do contrato em questão diz respeito à oferta de segurança ao usuário dos serviços e seus dependentes acerca dos riscos relacionados com a saúde e a manutenção da vida. Nesse sentido, constitui elemento comum de contratos de planos e seguros-saúde o fato de ambas as modalidades envolverem serviços (de prestação médica ou de seguro) de trato sucessivo, ou seja, contratos de fazer de longa duração e que possuem uma grande importância social e individual. Embora com a mesma causa, todavia, o modo de realização da finalidade do contrato pode variar. Quando se constitui como empreendimento econômico específico, submetido à devida autorização pela ANS, organiza-se sob a forma de plano de saúde, o qual se distingue pela organização de rede credenciada de profissionais médicos, hospitais e outros prestadores de serviços, bem como à remuneração da operadora de plano de saúde, que organiza a cadeia de fornecedores, mediante pagamento de mensalidade pelo usuário. Por outro lado, os seguros de saúde caracterizam-se, originalmente, por oferecer contrato de seguro, cuja estrutura contemplava exclusivamente o reembolso das despesas realizadas pelo usuário, mais os custos e a remuneração pelo serviço. Atualmente admite-se que possa operar com rede referenciada de prestadores de serviço, sendo-lhe vedado, todavia, a manutenção de rede própria de profissionais e prestadores de saúde. Daí porque conclui a doutrina que o seguro-saúde qualifica-se como plano privado de assistência a saúde no regime da Lei 9.656/98”. MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.464.

<sup>166</sup> Alterações pontuais pela Resolução Normativa nº 200/2009 e Resolução Normativa nº 204/2009.

ridos na Instrução Normativa (IN) ANS nº 23, de 1º de dezembro de 2009, com as alterações introduzidas pela Instrução Normativa nº 28, de 30 de julho de 2010. O Anexo I da IN nº 23/09, recebeu a denominação de “Manual de elaboração dos contratos de planos de saúde”<sup>167</sup>.

Neste contexto, passa-se a detalhar as modalidades de contratos permitidas pelo órgão regulador para oferta, após autorização do devido registro. Enfatize-se que regras legais e infralegais, incidem sobre a contratação de planos firmados posteriormente à Lei nº 9.656/98 ou a ela adaptados.

#### *4.7.2.1. Individual/familiar*

A ANS, alterou, em parte, o conceito anterior do CONSU, dispondo que o plano individual ou familiar “é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar”<sup>168</sup>.

Na prática, o cidadão, capaz civilmente ou representante de incapaz, procura a operadora para adquirir um plano de saúde, podendo, quando da formalização da contratação, incluir ou não seus dependentes, tais como o filho natural ou adotivo e cônjuge. Caso proceda à inclusão de algum deles, o plano de saúde é caracterizado como familiar.

A Resolução Normativa nº 195/09 inovou ao estabelecer que: “§1º A extinção do vínculo do titular do plano familiar não extingue o contrato, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes”. Entende-

---

<sup>167</sup> “Art. 6º No aplicativo RPS, para o cadastramento dos temas referentes ao Instrumento Jurídico, a operadora deverá observar o Manual de Elaboração de Contratos de Planos de Saúde constante no Anexo I desta Instrução Normativa com teor idêntico ao do Anexo II da IN – DIPRO nº 22, de 8 de outubro de 2009, podendo utilizar: I – os dispositivos, com codificação especial (DIJ), disponíveis no endereço eletrônico da ANS [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br), no perfil “operadoras”, classificadas por tema, modalidade de operadora, tipo de contratação, cobertura assistencial e abrangência geográfica do produto; II – os dispositivos de instrumentos jurídicos de outro produto que esteja de acordo com a legislação em vigor, informando seu código de identificação; ou III – novos dispositivos que deverão ser cadastrados pela operadora no aplicativo RPS. Parágrafo único. A partir da publicação desta IN, serão disponibilizados no endereço eletrônico [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br), perfil Operadora, os Contratos Orientadores, que são referências práticas para elaboração do Instrumento Jurídico”.

<sup>168</sup> Art. 3º da Resolução Normativa nº 195, 14 de julho de 2009.

-se por inovação haja vista que não consta da Lei nº 9.656/98 qualquer menção desta condição, tem-se somente previsão específica no artigo 30, que versa sobre a possibilidade de continuidade dos dependentes no plano, após a morte do titular, que havia exercido seu direito de permanência como ex-empregado, existindo um lapso temporal de no mínimo seis meses e máxima de vinte e quatro meses, a depender do tempo de contribuição no passado, permitida a descontinuidade quando do encerramento do prazo. Para a situação inovadora trazida pelo órgão regulamentador, percebe-se que há benefício para as partes, de um lado a família poderá continuar no mesmo plano, sem necessidade de nova contratação, o que implicaria fatalmente em novos preços por faixa etária, por outro a operadora manterá parte dos seus clientes. No dispositivo infralegal não diz extinção por morte<sup>169</sup>, como previsto na lei, assim, no contrato familiar, constando o marido como titular, o filho e o cônjuge como dependentes, em caso de separação do casal, poderão a ex-esposa e o filho permanecerem no plano, desde que ela queira assumir a condição de titular.

Destaca-se que essa regra inovadora não se aplica quando o contrato for extinto por inadimplência ou fraude<sup>170</sup>, sendo essas as duas únicas situações permitidas pelo inciso II<sup>171</sup>, parágrafo único, artigo 13 da Lei nº 9.656/98, para extinção unilateral do contrato pela operadora, para tanto, precisará de prova inequívoca, sob pena de restabelecimento do plano.

---

<sup>169</sup> Registre-se que a ANS editou, em 03 de novembro de 2010, a Súmula Normativa nº 13: “O término da remissão não extingue o contrato de plano familiar, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes, para os contratos firmados a qualquer tempo.”. Garantiu-se, no caso de remissão, constituído no período que o dependente do titular falecido usufruiu do plano de saúde, a depender da cláusula contratual por 03 (três) a 05 (cinco) anos, sem pagar os valores das mensalidades, o direito de continuar com o mesmo contrato, após o decurso do prazo de remissão.

<sup>170</sup> Advém de previsão expressa da Lei nº 9.656/98: “Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: (...) III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei;”.

<sup>171</sup> “Art. 13 [...] parágrafo único [...]. II – a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e [...]”. Sobre a inadimplência, frise-se a obrigação imposta a operadora de notificar o consumidor até completar 50 dias de inadimplemento, mediante prova inequívoca. Os Tribunais acatam como prova de notificação quando assinada pelo funcionário do condomínio ou outra pessoa que resida no mesmo endereço.

Neste mesmo dispositivo legal acima citado, impôs ao consumidor que firmar contrato individual ou familiar com a operadora a obrigatoriedade de permanecer a ele vinculado pelo prazo mínimo<sup>172</sup> de um ano, não cabendo qualquer cobrança a título de renovação após esse período, tornando-o indeterminado. Trata-se de uma imposição legal de vinculação que pode ser relativizada, *v.g.*, o consumidor ao usufruir do serviço contratado depara-se com mal atendimento, pedidos burocráticos para autorização de exames, cirurgias, tratamentos ou terapias, enfim, não alcança a sua legítima expectativa<sup>173</sup>, caberá propor ação competente para rescisão contratual, sem pagamento da multa compensatória<sup>174</sup>, que porventura possa estar estabelecida no clausulado.

Outra regra, constante do mesmo artigo, diz respeito, em qualquer hipótese, no caso em que o consumidor estiver internado em ambiente hospitalar, a operadora não poderá rescindir o contrato unilateralmente até sua alta médica, devendo arcar com todos os custos e depois, caso queira, exercer seu direito de cobrança. Nesse particular, entende-se a preocupação do legislador pela preservação do direito fundamental à vida e à dignidade<sup>175</sup>.

O legislador reforçou o dever de prestar informação pela operadora ao consignar no parágrafo único do artigo 16 da Lei nº 9.656/98 a obrigatoriedade de entregar ao consumidor, quando da sua inscrição, cópia do instrumento

---

<sup>172</sup> De acordo com a Instrução Normativa/DIPRO nº 23/2009: “2. considerar-se-á, para início de vigência contratual em planos individuais, a data da assinatura da proposta de adesão, da assinatura do instrumento jurídico em si ou a data de pagamento da mensalidade inicial, o que ocorrer primeiro, de forma a não haver prorrogação indevida dos prazos de carência admitidos pelo inciso V do artigo 12 da Lei 9656/1998;”.

<sup>173</sup> A legítima expectativa pode ser traduzida como uma decepção sentida pelo consumidor, podendo ocorrer quando a operadora de plano de saúde não lhe informa adequadamente sobre os mecanismos de utilização dos serviços. É o fato que ciente da forma de obtenção da prestação de serviço fatalmente ele não contraria o plano de saúde.

<sup>174</sup> A ANS estabeleceu que a operadora poderá exigir multa rescisória, nos casos em que o beneficiário titular desejar rescindir o contrato antes de completada a vigência inicial de um ano, porém, não deve ultrapassar de 10% (dez por cento) das mensalidades restantes para se completar doze meses.

<sup>175</sup> Na lição de Béatrice Maurer: “a dignidade não é algo relativo; a pessoa não tem mais ou menos dignidade em relação a outra pessoa. Não se trata, destarte, de uma questão de valor, de hierarquia, de uma dignidade maior ou menor. É por isso que a dignidade fundamental do homem é um absoluto. Ela é total e indestrutível. Ela é aquilo que chamamos de inamissível, não pode ser perdida.” MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 137.



jurídico, bem como “material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.”.

Nesse sentido, deve constar os prazos de carências, respeitando-se o limite máximo previsto no artigo 12, inciso V, sendo para os partos trezentos dias, exames, consultas, internações, terapias, cirurgias cento e oitenta dias e vinte e quatro horas para os casos de urgência e emergência. Reforça-se que a operadora poderá, para efeitos da livre concorrência, registrar seu plano junto ao órgão regulador com prazos inferiores, vedada a discriminação, ou seja, dependendo de quem seja a pessoa o prazo será maior ou menor. Cumpre lembrar que o artigo 14 do mesmo diploma legal impede a seleção de riscos, impondo à operadora contratar com quem tem interesse, independentemente da sua idade ou condição de pessoa portadora de deficiência. Para minimizar os impactos financeiros para a operadora é possível alegar que o consumidor seja portador de doenças ou lesões preexistentes<sup>176</sup>, para tanto terá que provar que o consumidor tinha conhecimento prévio das suas enfermidades. A ANS determinou a criação, pela operadora, do formulário denominado “Declaração de Saúde”, o qual deverá ser entregue ao pretendo consumidor no ato da celebração do negócio jurídico, juntamente com a “Carta de Orientação ao Beneficiário”<sup>177</sup>, documento elaborado pela ANS, no intuito de orientá-lo no preenchimento da “Declaração de Saúde”. Caso o futuro contratante insira informações sobre acometimento de doenças ou lesões preexistentes, a operadora, tendo como base o “Rol da ANS”, poderá listar somente, e desde de que relacionado exclusivamente com as doenças ou lesões, os procedimentos de alta complexidade (PAC), leitos de alta tecnologia e cirurgias, que deverão ficar suspensos de atendimento pelo prazo de vinte e quatro meses, denominada de cobertura parcial temporária (CPT)<sup>178</sup>, bem como oferecer o agravo<sup>179</sup>,

---

<sup>176</sup> Ver o artigo 11, da Lei nº 9.656/98 e mais detalhes na Resolução Normativa nº 162/2007. Disponível em: [https://www.ans.gov.br/index.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao](https://www.ans.gov.br/index.php?option=com_legislacao&view=legislacao). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>177</sup> O modelo padronizado da Carta de Orientação ao Beneficiário está disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/rn/rn162anexo.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>178</sup> A Resolução Normativa nº 162, 17 de outubro de 2008, define Cobertura Parcial Temporária (CPT) como “aquela que admite, por um período ininterrupto de até 24 meses, a partir da data da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, a suspensão da cobertura de Procedimentos de Alta Complexidade (PAC), leitos de alta tecnologia e procedimentos cirúrgicos, desde que relacionados exclusivamente às doenças ou lesões preexistentes declaradas pelo beneficiário ou seu representante legal;”.

<sup>179</sup> A Resolução Normativa nº 162, 17 de outubro de 2008, define Agravo “como

que consiste no pagamento antecipado para obter todos os atendimentos sem restrição. Saliente-se que caso a operadora tenha realizado qualquer tipo de perícia ou exame no beneficiário, não poderá alegar omissão<sup>180</sup> de informações para sua admissão.

Esses são, os enfoques mais relevantes e específicos da modalidade individual ou familiar, passando-se a contextualizar as outras duas modalidades que congregam a pessoa jurídica como contratante e os aspectos peculiares que distinguem cada contratação, sendo que ambas atingem a coletividade de pessoas a ele vinculadas.

#### *4.7.2.2. Coletivo empresarial*

Mais uma vez, socorre-se a Resolução Normativa nº 195/09, eis que ao regulamentar essa modalidade de contratação expôs o seguinte conceito: “é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à

---

qualquer acréscimo no valor da contraprestação paga ao plano privado de assistência à saúde, para que o beneficiário tenha direito integral à cobertura contratada, para a doença ou lesão preexistente declarada, após os prazos de carências contratuais, de acordo com as condições negociadas entre a operadora e o beneficiário”.

<sup>180</sup> O Superior Tribunal de Justiça, no documento Jurisprudência em Teses, consignou que: “É ilícita a recusa de cobertura de atendimento, sob a alegação de doença preexistente à contratação do plano, se a operadora não submeteu o paciente a prévio exame de saúde e não comprovou a sua má-fé.”. Essa tese foi suportada pelos seguintes julgados, a saber: (i) Recurso Especial nº 1.230.233/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011; (ii) Recurso Especial nº 980.326/RN, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/03/2011, DJe 04/03/2011; (iii) Embargos Declaratórios no Agravo nº 1.251.211/ES, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 22/02/2011, DJe 02/03/2011; (iv) Agravo no Recurso Especial nº 385.113/RJ, Rel. Ministro Sidnei Benetti, Terceira Turma, julgado em 26/09/2013, publicado em 04/10/2013; (v) Agravo no Recurso Especial nº 150.252/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 02/09/2013, publicado em 04/09/2013; (vi) Agravo no Recurso Especial nº 282.512/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 30/08/2013, publicado em 03/09/2013; (vii) Recurso Especial nº 1.285.800/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 28/06/2013, publicado em 02/08/2013; (viii) Recurso Especial nº 1.147.866/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 28/05/2013, publicado em 05/06/2013; (ix) Agravo no Recurso Especial nº 255.532/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 06/02/2013, publicado em 26/02/2013 e (x) Recurso Especial nº 1.215.413/MT, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17/10/2012, publicado em 26/10/2012.

pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária”<sup>181</sup>. Registre-se, de antemão, que o vínculo estatutário, no entender da ANS, diz respeito aos servidores subordinados aos entes públicos da administração direta ou indireta.

Totalmente diferente do individual ou familiar, tem-se aqui a presença marcante da pessoa jurídica figurando como contratante do plano, não mais a pessoa natural, a qual tem o papel de intermediação entre seu empregado ou servidor e a operadora.

Reportando-se ao conceito, verifica-se a delimitação de pessoas naturais que podem compor a massa de beneficiários. Até a entrada em vigor da Resolução Normativa nº 195/09, era possível firmar contrato coletivo empresarial quando houvesse vínculo empregatício, associativo ou sindical, por força da Resolução CONSU nº 14/98<sup>182</sup>, atualmente, a regra geral destina-se aquelas pessoas que mantêm vínculo mediante relação de trabalho. Em regime de exceção e a critério da pessoa jurídica contratante, com a devida previsão no contrato, é permitida a inclusão de outros beneficiários que com ela possuem vínculo, a saber: I – os sócios da pessoa jurídica contratante; II – os administradores da pessoa jurídica contratante; III – os demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à pessoa jurídica contratante, ressalvada a aplicação do disposto no caput dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998; IV – os agentes políticos; V – os trabalhadores temporários; VI – os estagiários e menores aprendizes; e VII – o grupo familiar<sup>183</sup> até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro dos empregados e servidores públicos, bem como dos demais vínculos dos incisos anteriores. Pontua-se que a inclusão de dependentes ou “agregados”, conforme consta do inciso VII supramencionado, do empregado é facultativa. Todavia, se no contrato contemplar a segmentação obstétrica<sup>184</sup>, por força do artigo 12, inciso III, alínea “a” da Lei nº 9.656/98, é assegurada a inclusão do recém-nascido, sem cumprimento de carências,

---

<sup>181</sup> Art. 5º da Resolução Normativa nº 195, 14 de julho de 2009.

<sup>182</sup> Restou proibido incluir novos *associados* nos contratos anteriormente pactuados, cabendo a operadora negociar novo instrumento jurídico com as empresas contratantes, isto porque o vínculo passou a ser somente empregatício ou estatutário.

<sup>183</sup> Na maioria dos contratos analisados, não se permite a inclusão de pai, mãe, sogra e sogra, pois são pessoas que costumam precisar mais da assistência à saúde, contribuindo para o encarecimento do valor do prêmio.

<sup>184</sup> É perfeitamente viável a contratação de plano coletivo empresarial sem a cobertura assistencial para atendimento obstétrico quando determinada empresa que possuir somente empregados do sexo masculino, inclusive o preço por cada beneficiário será menor.

desde que o responsável legal solicite sua adesão em até trinta dias após o nascimento. Alerta-se que o ato normativo infralegal não pode impedir essa condição, pois ela está prevista na lei. Partindo da premissa que no contrato é permitido a inclusão do grupo familiar, é imperioso que o empregado ou servidor esteja vinculado na condição de titular, não podendo somente solicitar a inclusão deles sem sua participação.

A pessoa jurídica contratante ao contratar com a operadora deverá lhe enviar algumas informações para serem reencaminhadas ao órgão regulador, se desta relação de dados constar a participação inicial de número igual ou superior a trinta beneficiários, independente se titulares ou dependentes, não poderá ser exigido pela operadora o cumprimento de nenhum prazo de carência, regra contrária à modalidade individual ou familiar, conforme visto alhures. Essa regra vale também para os casos de agravo e cobertura parcial temporária (CPT). Imagina-se que a contratação inicial não possuía trinta ou mais beneficiários, a qualquer momento, no transcurso do contrato que atingir o número de trinta consumidores, já do trigésimo primeiro aderente não poderá ser mais exigidas as carências constantes do contrato ou da lei<sup>185</sup> ou agravo e CPT. O novo empregado ou servidor pode ou não ser compelido compulsoriamente a aderir ao plano, no caso de não ser obrigado, e para ter o direito ao não-cumprimento de carência, agravo ou CPT, deverá formalizar seu pedido de admissão em até trinta dias do seu início ao vínculo empregatício. Destaca-se exceção à regra, quando a empresa oportunizou aos seus empregados aderirem ao plano e alguns não manifestaram dentro do prazo, após realizada a contratação, esse empregado caso queira aderir ao plano poderá lhe ser exigido o cumprimento de carências, agravo ou cobertura parcial temporária.

Outra particularidade imposta pelo ato normativo da ANS foi a obrigatoriedade de somente a pessoa jurídica contratante proceder ao pagamento diretamente para operadora. Cabe a pessoa jurídica, descontar ou não do seu emprego o valor referente à sua parte na contribuição do plano de saúde. A operadora poderá efetuar a cobrança diretamente, sem depender da pessoa jurídica contratante, somente para os beneficiários demitidos, exonerados, aposentados e para os servidores da administração pública direta ou indireta, mas jamais para os beneficiários que mantêm vínculo empregatício ativo.

---

<sup>185</sup> A Lei nº 9.656/98, no artigo 12, inciso V, fixou os seguintes prazos: “a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência”.

Havendo rescisão, resilição, resolução do contrato firmada entre a pessoa jurídica contratante e a operadora, todos os beneficiários serão excluídos da assistência à saúde. Caso a pessoa jurídica empregadora não celebre contrato com outra operadora, é dever<sup>186</sup> da antiga operadora ofertar plano individual ou familiar para todos, sem cumprimento de carências, contudo, com valores atuais de mercado e não ao preço que era pago por cada beneficiário no contrato coletivo empresarial. Cinge-se uma questão delicada, diz respeito ao beneficiário que está em internação hospitalar, pois a Lei nº 9.656/98, como já dito, garantiu a permanência do consumidor de plano individual ou familiar, todavia, não tem previsão para as modalidades de coletivo empresarial ou coletivo por adesão. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>187</sup> entende que não é razoável manter a contratação do plano de saúde coletivo para garantir o atendimento para um ou poucos beneficiários que estão internados, deve-se disponibilizar plano individual ou familiar<sup>188</sup>, atentando-se à possível abusividade no preço do prêmio.

Especificamente sobre o aspecto financeiro, frise-se que toda adesão de novo beneficiário dentro do contrato em vigor deve ser realizada com os preços já existentes, não podendo haver distinção com aqueles anteriormente vinculados. Geralmente, a precificação do plano atende as faixas etárias<sup>189</sup>, desta

---

<sup>186</sup> Resolução do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU nº 19, de 25 de março de 1999.

<sup>187</sup> Agravo Interno na Tutela Provisória no Agravo em Recurso Especial nº 1.697.442 – SP, Ministro Luis Felipe Salomão, publicado no Diário de Justiça eletrônico no dia 01/04/2021.

<sup>188</sup> O consumidor foi internado ainda quando estava devidamente inscrito no plano coletivo empresarial, pago pela empresa empregadora, gerando fatura dos serviços para a operadora com preços contratualizados junto ao hospital. Com a ruptura do vínculo contratual havido entre seu empregador e a operadora, sem nada pode fazer, restou desamparado num momento de vulnerabilidade exacerbada. Em que pese o dever da operadora de ofertar o plano individual ao consumidor, que arcará com a despesa integral do prêmio e não mais a seu empregador, deve-se refletir sobre a operadora continuar arcando com o pagamento dos serviços junto ao hospital e depois da alta médica cobrar da pessoa jurídica contratante, em respeito ao princípio da boa-fé e equidade.

<sup>189</sup> De acordo com a Resolução Normativa nº 63/2003, são as seguintes: I – 0 (zero) a 18 (dezoito) anos; II – 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos; III – 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos; IV – 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos; V – 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos; VI – 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos; VII – 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos; VIII – 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos; IX – 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos; X – 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.”.

forma, o novo empregado de cinquenta anos custará para a empresa empregadora o mesmo valor de outro já inscrito. Os reajustes dos valores somente são permitidos uma vez por ano, ocorrendo no mês da contratação.

O empregado, no ato da sua admissão, recebe um formulário *standard* para manifestar sua vontade em aderir ao plano coletivo da empresa, no prazo de até trinta dias, contudo, pouco lhe é explicado sobre o contrato, ficando normalmente restrito ao preço, isso no caso de ser necessário contribuir com algum valor e se pode ou não incluir seus dependentes. Com a edição da Resolução Normativa nº 204/2009, dez anos após a vigência da lei específica, tornou-se obrigatória a entrega do Manual de Orientação para Contratação de Planos de Saúde – MPS e o Guia de Leitura Contratual – GLC, devendo conter, no mínimo: I – prazos de carência; II – vigência contratual; III – critérios de reajuste; IV – segmentação assistencial; e V – abrangência geográfica. Em que pese se tratar de uma relação de consumo complexa, inegável o avanço obtido para o cumprimento do direito à informação ao beneficiário, possibilitando-o conhecer um pouco mais dos seus direitos. Como anteriormente comentado, no plano individual ou familiar, a própria Lei nº 9.656/98 exige que a operadora entregue, além do material explicativo, uma cópia do contrato, o empregado de plano coletivo deverá solicitar ao seu empregador para conhecer as cláusulas contratuais gerais.

#### 4.7.2.3. Coletivo por adesão

A última modalidade consiste no plano de assistência à saúde coletivo por adesão, por definição da ANS “é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes<sup>190</sup> pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial”. Depara-se do conceito que a contratação também deve ser intermediada por uma pessoa jurídica, porém, o requisito de vinculação com a pessoa natural não é empregatício, mas sim, com

---

<sup>190</sup> “I – conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão; II – sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações; III – associações profissionais legalmente constituídas; IV – cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas; V – caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução; VI – entidades previstas na Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.398, de 4 de novembro de 1985; e VII – outras pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial não previstas nos incisos anteriores, desde que autorizadas pela Diretoria de Normas e Habilitação de Operadoras – DIOPE.”. Art. 9º, da Resolução Normativa nº 195/2009.

entidades representativas, restrita para determinados grupos. Restou permitido, de forma facultativa, ou seja, desde que previsto no contrato, a inclusão do grupo familiar do aderente titular até o terceiro grau de parentesco consanguíneo ou até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro.

Nessa modalidade de contratação não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência em duas hipóteses: (i) desde que o beneficiário ingresse no plano em até trinta dias da celebração do contrato coletivo; e (ii) em trinta dias até a data de cada aniversário do contrato, considerado pela ANS como o mês de assinatura. Ao contrário do plano empresarial, o contrato coletivo por adesão poderá prever cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária. No que tange à contraprestação dos beneficiários, está proibida a cobrança direta, devendo a pessoa jurídica contratante efetivar o pagamento e descontar dos associados. A exceção a essa regra é somente para os demitidos e aposentados, além dos beneficiários vinculados a operadora classificada como autogestão.

A regulamentação não determina forma específica para perda da condição de beneficiário, corriqueiramente aplica-se a regra do plano individual ou familiar, quando o associado completa sessenta dias de inadimplência. Vale dizer que se a pessoa jurídica contratante romper o contrato com a operadora, todos os associados ficarão sem cobertura, podendo, cada qual, procurar outra entidade que possa se vincular ou, a depender de sua constituição societária, adquirir plano coletivo empresarial diretamente com a operadora.

#### 4.7.2.4. Dicotomia contratual: “antigos” ou “novos”

Imperioso registrar que com a promulgação da legislação especial dispendo sobre a relação jurídica de consumo de planos e seguros de saúde, as modalidades de contratação supra descritas sofrem influência do marco temporal, passando a existir uma dicotomia entre os denominados contratos antigos, firmados antes da vigência da Lei nº 9.656/98, e os contratos novos, pactuados após 2/01/1999<sup>191</sup>.

O texto primário da lei consignou, em seu artigo 12, §1º<sup>192</sup>, a proibição, após cento e vinte dias de sua vigência, da pactuação de contratos de assistên-

---

<sup>191</sup> GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 141.

<sup>192</sup> Art. 12 §1º da Lei nº 9.656/98: “Após cento e vinte dias de vigência desta Lei, fica proibido o oferecimento de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei fora das segmentações de que tratam este artigo, observadas suas respectivas condições de abrangência e contratação”.

cia à saúde em desacordo com as características por ela impostas. Em que pese o referido diploma legal ter sido publicado aos 4 de junho de 1998, constando no seu artigo 36 como vacância o prazo de 90 dias, isto é, em 2/09/1998, ocorreu a implementação de outro lapso de tempo por meio da publicação da Medida Provisória nº 1.665, no mesmo dia, antecipando a vigência de alguns dispositivos com vigência para o dia 05/06/1998, entre eles, o artigo 35-E, que versa sobre os contratos antigos. Portanto, partir do dia 02/01/1999, as operadoras ficaram obrigadas a oferecer ao consumidor, seja pessoa física ou jurídica, somente contratos novos e com os seguintes tipos de contratação: individual ou familiar; coletivo empresarial e coletivo por adesão.

A edição do artigo 35-E<sup>193</sup>, com seus parágrafos e incisos, provocou

---

<sup>193</sup> O texto original constante da ADIn-1931 questionado é o seguinte: “Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: I – qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS; II – a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS; III – é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei; IV – é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente. § 1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições: I – a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada; II – para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior; III – a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação; IV – a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS; V – na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo. § 2º Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS. § 3º O disposto no art. 35 desta Lei aplica-se sem prejuízo do estabelecido neste artigo.”



enorme insatisfação para os fornecedores que inclusive ingressaram com Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1931, trazendo à baila, sobre esse tema, questionamento de violação ao ato jurídico perfeito, previsto no artigo 5º, inciso XXXVI<sup>194</sup> da Constituição da República. Cumpre dizer que vários outros dispositivos constaram da ação, sendo que o artigo 35-E foi suspenso por medida cautelar do Supremo Tribunal Federal, em 21 de agosto de 2003, com acórdão<sup>195</sup> publicado no dia 28 de maio de 2004, mais de cinco anos após a sua propositura. O julgamento final se deu no dia 07 de fevereiro de 2018, com publicação no dia 08 de junho daquele ano, quase vinte anos depois, entendendo o Ministro Relator ser impróprio nos contratos já celebrados inserir novas obrigações sequer existentes quando da manifestação de vontade das partes, restando configurado, que no intuito de proteger o consumidor, o legislador ordinário exorbitou ao criar regras em substituição aos contraentes, em flagrante inconstitucionalidade<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> Artigo 5º, XXXVI da Constituição da República de 1988 “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Roberto Senise Lisboa conceitua ato jurídico perfeito como sendo “o ato consumado e que se encontra, portanto, com todos os elementos de sua validade e eficácia presentes antes do advento da lei nova”. LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, v. 1, p. 121.

<sup>195</sup> Transcrição, de parte, do voto do ministro Mauricio Corrêa na referida ADI: “Nesse ponto, entendo patente e indébita a ingerência do Estado no pacto celebrado entre as partes. De fato, os dispositivos acima transcritos interferem na órbita do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, visto que criam regras completamente distintas daquelas que foram objeto da contratação. A retroatividade determinada por esses preceitos faz incidir regras da legislação nova sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior, que, a meu ver, afrontam o direito consolidado das partes, de tal modo que violam o princípio consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e põem-se em contraste com a jurisprudência desta Corte de que é exemplo o acórdão proferido na ADI 493-DF, Moreira Alves, publicado na RTJ 143/724. Do voto-condutor do referido julgamento extraio os seguintes fundamentos: ‘[...] pouco importa que as normas impugnadas nesta ação direta sejam normas de ordem pública, tendo em vista o interesse público desse sistema, pois como acentuei, exaustivamente, na parte inicial deste voto, também as normas de ordem pública e de direito público estão sujeitas à vedação constitucional do artigo 5º, XXXVI [...] **daí resulta que esse contrato, como ato jurídico perfeito, tem os seus efeitos futuros postos a salvo de modificações que lei nova faça com relação a tais cláusulas, as quais somente são imperativas para os contratos que vierem a celebrar-se depois de sua entrada em vigor.**”

<sup>196</sup> No voto-vista do Ministro Luiz Fux, extrai-se: “a *ratio* da irretroatividade da lei em relação ao ato jurídico perfeito é exatamente não surpreender as partes, respeitando a segurança jurídica, porquanto desses atos exsurtem obrigações novas.”

Passados mais vinte e três anos da edição da Lei nº 9.656/98, ainda há mais de três milhões de consumidores, do total de mais de 48 milhões, vinculados a essa espécie de contrato, possuindo clausulado redigido nos anos 80 ou 90, portanto, antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil de 2002, do Estatuto do Idoso, para citar alguns exemplos de legislações que não coadunam com o conteúdo nele existente, sendo responsável por boa parte da atual construção jurisprudencial, conforme constatado em pesquisa realizada para esse estudo e evidenciada adiante em capítulo próprio da judicialização.

Adianta-se, porém, que não havendo qualquer vício que possa macular o contrato antigo, estando ele em consonância com os ditames da Lei nº 8.078/90 (CDC) e do Código Civil brasileiro, não deve ser contemplado o consumidor com decisão judicial que impõe a operadora a custear toda a nova cobertura trazida pela Lei nº 9.656/98. Entender que todo contrato antigo deve ser regido pela lei especial é considerar a inexistência do próprio pacto.

#### 4.7.2.5. “Adaptação” ou “migração” contratual: repercussão prática

Como já visto, em Portugal, o regime jurídico do contrato de seguro, instituído pelo Decreto-Lei nº 72/2008, abrangendo o seguro de saúde, impôs à adaptação do conteúdo como regra geral, ressaltando algumas exceções pontuais.

No Brasil, a legislação específica para o setor de saúde suplementar, trouxe a novidade da adaptação<sup>197</sup> contratual como mera possibilidade de opção pelo contratante. Para a ANS, a adaptação consiste na adequação dos contratos antigos às regras operacionais e garantias instituídas pela Lei nº 9.656/98<sup>198</sup>.

A redação original da Lei nº 9.656/98 estabelecia no § 1º do artigo 35 que as operadoras, após a autorização de funcionamento, teriam noventa dias para adaptarem todos os contratos celebrados com seus consumidores. Tal dis-

---

<sup>197</sup> Art. 35 da Lei nº 9.656/98: “Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir da sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre dois de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.”

<sup>198</sup> Atualmente, por força da Resolução Normativa nº 254/2011, que revogou a Resolução Normativa nº 64/2003, tem-se o seguinte conceito: “Art. 2º. (...) I- adaptação: adiamento de contrato de plano privado de assistência à saúde celebrado até 1º de janeiro de 1999, para ampliar o conteúdo do contrato de origem de forma a contemplar todo o sistema previsto na Lei nº 9656, de 1998;”.

posição foi revogada pela Medida Provisória nº 1.655/1998<sup>199</sup>, alterando para no máximo quinze meses, a contar da vigência da Lei nº 9.656/98 e não mais da autorização de funcionamento. Por meio da décima sétima edição da Medida Provisória nº 1.908-17, de 27 de agosto de 1999, ganhou nova redação, excluindo o prazo e estabelecendo as partes formalizarem à adaptação em termo próprio, mantendo a impossibilidade de exigir novos prazos de carência. Na oportunidade, foram incluídos outros parágrafos<sup>200</sup>, versando sobre aumento de contraprestação pecuniária, impossibilidade de adaptação unilateralmente pela operadora, manutenção do contrato original por prazo indeterminado, permitindo somente a inclusão de novo filho ou cônjuge, e determinando ao Conselho Saúde Suplementar (antes da criação da ANS) editar normas de regulamentares, os quais permanecem como texto vigente da lei, por força da Medida Provisória nº 2.177-44/2001. Destaca-se que foi garantido ao consumidor, pessoa física ou jurídica, continuar *sine die* com o seu contrato.

Preocupado com a baixa adesão à adaptação, principalmente pelo impacto financeiro reclamado pelos consumidores, o Governo editou a Medida Provisória nº 148/2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.850, de

---

<sup>199</sup> A Medida Provisória nº 1.665/1998, na sua quinta edição, datada de 26 de outubro de 1998, acrescentou na redação “*bem como daqueles celebrados entre 2 de setembro e 30 de dezembro de 1998*”.

<sup>200</sup> Medida Provisória nº 1.908-17, de 27 de agosto de 1999: “Art. 35. (...) § 1º Sem prejuízo do disposto no art. 35-H, a adaptação dos contratos de que trata este artigo deverá ser formalizada em termo próprio, assinado pelos contratantes, de acordo com as normas a serem definidas pelo CONSU. § 2º Quando a adaptação dos contratos incluir aumento de contraprestação pecuniária, a composição da base de cálculo deverá ficar restrita aos itens correspondentes ao aumento de cobertura, e ficará disponível para verificação pela SUSEP, que poderá determinar sua alteração quando o novo valor não estiver devidamente justificado. § 3º A adaptação dos contratos não implica nova contagem dos períodos de carência e dos prazos de aquisição dos benefícios previstos nos arts. 30 e 31 desta Lei, observados, quanto aos últimos, os limites de cobertura previstos no contrato original. § 4º Nenhum contrato poderá ser adaptado por decisão unilateral da empresa operadora. § 5º A manutenção dos contratos originais pelos consumidores não optantes tem caráter personalíssimo, devendo ser garantida somente ao titular e a seus dependentes já inscritos, permitida inclusão apenas de novo cônjuge e filhos, vedada a transferência da sua titularidade, sob qualquer pretexto, a terceiros. § 6º Os planos e seguros de assistência à saúde contratados até 1º de janeiro de 1999, deverão permanecer em operação, por tempo indeterminado, apenas para os consumidores que não optarem pela adaptação às novas regras, sendo considerados extintos para fim de comercialização. § 7º O CONSU definirá, em norma própria, os procedimentos que deverão ser adotados pelas empresas para a adaptação dos contratos de que trata este artigo.”. Houve uma simples alteração no §1º, de 35-H para 35-E, através da vigência edição da Medida Provisória nº 1.908, tornando-se toda essa redação definitiva com o advento da Medida Provisória nº 2.177-44/2001.

25/03/2004, criando uma agenda em torno do tema, com a finalidade precípua de esclarecer os consumidores e estimulá-los a repactuarem seus contratos. A ANS, usando da prerrogativa contida na Lei nº 10.850/04, publicou, no dia 22 de dezembro de 2004, a Resolução Normativa nº 64, que dispôs sobre o Programa de Incentivo à Adaptação de Contratos, gerando descontentamento aos órgãos e às entidades de defesa do consumidor, justamente no que tange ao aspecto econômico-financeiro proposto pelo órgão regulador. Na época, a Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde (ADUSEPS) propôs ação civil coletiva, obtendo, liminarmente, a suspensão do referido ato normativo<sup>201</sup>, sendo, posteriormente, revogada pelo Superior Tribunal de Justiça. O referido ato normativo inovou ao disciplinar a “migração”, algo não previsto na lei, que consiste na celebração de novo contrato com a extinção automática do contrato antigo, sendo que na adaptação<sup>202</sup> o consumidor preserva alguma condição contratual que não é obrigatória, *v.g.*, cirurgias plásticas estéticas ou atendimento domiciliar, celebrando o contrato para reger sobre as regras da lei especial com a incorporação dessas coberturas como acréscimos ao pacto. Todavia, raríssimos contratos possuíam algum tipo de cobertura assistencial mais abrangente da estabelecida pela ANS, aplicando-se na grande maioria a inovação denominada “migração”.

No ano de 2011, a ANS alterou algumas condições para adaptação ou migração contratual, ao editar a Resolução Normativa nº 254/2011, revogando a anterior, estabelecendo o teto máximo de 20,59% de reajuste nos preços, por faixa etária dos beneficiários, que continua vigente.

A migração, administrativamente, opera-se como “moeda de troca”, eis que o consumidor ao solicitar autorização para determinado procedimento e verificado que não consta cobertura, lhe é ofertada a migração para realização

---

<sup>201</sup> A ANS, em seu recurso, afirmou que a manutenção da decisão de suspensão do programa configuraria grave lesão à ordem social e à saúde pública, uma vez que “*impede que milhões de consumidores ajustem, sob condição mais vantajosa, seus contratos à Lei nº 9656, de 1998, evitando, com isso, a necessidade da via judicial, ainda que suportando majoração pecuniária em suas mensalidades na ordem de 15% a 25%.*”

<sup>202</sup> A Diretoria de Fiscalização da ANS publicou o seguinte entendimento: “A operadora que não disponibilizar o termo aditivo para proceder à adaptação solicitada pelo consumidor, conforme artigo 35 da Lei nº 9.656/98, sob alegação de não mais comercializar ou não possuir produto registrado na ANS na respectiva modalidade, estará sujeita à penalidade prevista no artigo 67 da Resolução Normativa nº 124/2006.” Instrução Normativa nº 5, de 9 de julho de 2007, Enunciado nº 1. A penalidade prevista no artigo 67 da RN nº 124/06 pode ser advertência ou multa de R\$35.000,00.

imediate, conseqüentemente, com aumento do valor do prêmio e da ampliação assistencial. Alguns consumidores, depois de submeterem ao procedimento e com a saúde recuperada, ingressavam em juízo para anular a migração, alegando estado de perigo e que seu plano antigo tinha previsão de cobertura para a enfermidade que fora acometido, não podendo a operadora negar o procedimento ou tratamento, obtendo-se assim provimento judicial.

É comum nas lides forenses, o consumidor de plano antigo pleitear determinado procedimento previsto para os contratos novos, *v.g.*, quimioterapia, a operadora prova em juízo que ofereceu a adaptação ou migração para seu beneficiário, e este não aceitou, permanecendo vinculado, por livre vontade, no pacto firmado entre as partes, contestando que ele deve suportar possíveis restrições quanto à cobertura assistencial. Existem decisões favorecendo as operadoras, mas a grande maioria beneficia os consumidores.<sup>203</sup>

Essa situação provoca reflexão sobre o princípio da isonomia, insculpido no caput do artigo 5º da Constituição da República de 1988<sup>204</sup>, prevendo a igualdade de todos perante a lei, o que implica em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Insta registrar que as operadoras elaboraram e ofertaram, antes da Lei nº 9.656/98, contratos de planos de saúde que possuíam (e aqueles em vigor ainda possuem) limitação de prestação, sendo que os valores das mensalidades eram e são compatíveis com a garantia da cobertura assistencial a ser prestada, caso o consumidor necessite de atendimento. No entanto, a Lei nº 9.656/98, ao instituir planos com coberturas muito mais abrangentes, desencadeou a necessidade de as operadoras elevarem os preços das mensalidades. Com a mensalidade majorada, vários consumidores que possuíam os contratos antigos, em razão do preço reduzido, optaram por efetivarem a adaptação ou migração, permanecendo com a mesma condição contratual. Lado outro, temos alguns consumidores, que migraram para os moldes da lei especial e vem pagando uma mensalidade harmônica com a sua nova cobertura. O Poder Judiciário,

---

<sup>203</sup> “[...] uma decisão que desconsidere a lei a propósito de proteger uma das partes é causa não apenas de insegurança na ordem jurídica como, ainda, é capaz de produzir reflexos tão nefastos que acabarão por prejudicar todo um determinado setor.” SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico, p. 4.828.

<sup>204</sup> Artigo 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”.

ao deferir procedimento em cláusula expressa de limitação de prestação, em tese, está tratando igualmente os consumidores que são contratualmente desiguais, caracterizando violação ao princípio da isonomia, pois o procedimento está previsto somente nos contratos novos. Além disso, é presumível que o consumidor que migrou para o contrato novo, desconhecendo desta situação, pois de difícil ou impossível acompanhamento, está contribuindo pelos custos no regime de mutualismo<sup>205</sup>, diante da possível decisão judicial equivocada, a qual, frise-se, deve ser analisada no caso concreto, bem como pode ser prejudicado com a delonga na implementação de métodos e novas tecnologias que visam seu benefício assistencial.

É inevitável o desejo do consumidor pelo que há de melhor para recuperação da sua saúde, porém, inviável economicamente para a imensa maioria arcar os custos de toda e qualquer cobertura assistencial, seja do contrato antigo ou contrato novo, ainda mais que 32 milhões de beneficiários, do total 48 milhões, estão vinculados ao plano coletivo empresarial, ou seja, suportado pela empresa empregadora para ter acesso à assistência à saúde privada, sem depender do SUS. Imperioso encontrar soluções que possibilitem o equilíbrio<sup>206</sup> desta relação de consumo, evitando a assimetria entre o Estado Juiz e o Estado Regulador.

Pode-se afirmar que o atual mercado de seguro de saúde português rege-se de forma mais simples, com pouca regulamentação da entidade reguladora, deixando que as controvérsias sejam resolvidas com base no RJCS e nas leis supletivas (ex: defesa do consumidor e cláusulas contratuais gerais), privilegiando a liberdade contratual de modelação pelo segurador e a livre concorrência, enquanto no Brasil a intervenção é robusta, com a existência de normativos infralegais que buscam regulamentar todos os temas que envolvem essa atividade econômica, proporcionando, de um lado, uma impressão de controle e fiscalização, e de outro, desconfiança, principalmente pelo Poder Judiciário e dos órgãos e entidades de defesa do consumidor por entenderem que tais normativos são criados como barreira para a efetivação da proteção do vulnerável.

---

<sup>205</sup> “Mutualismo constitui, portanto, a base do seguro. Sem a cooperação de uma coletividade seria impossível, ou melhor, não se distinguiria do jogo. (...) A solidariedade constitui o fundamento de qualquer tipo de seguro.”. ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 68.

<sup>206</sup> “que a segurança das relações jurídicas depende da lealdade, da equivalência das prestações e contraprestações, da confiança recíproca, da efetividade dos negócios jurídicos, da coerência e clarividência dos direitos e deveres. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 32.

# 5.

## Pressupostos de validade procedimentais e substanciais da cláusula delimitadora negativa da prestação

O surgimento da massificação<sup>1</sup> dos contratos, em contraposição ao individualismo, transformou as relações privadas, principalmente, no desenvolvimento da sociedade de consumo, passando as empresas a estabelecerem modelos pré-elaborados<sup>2</sup>, formulários que praticamente são preenchidos com

---

<sup>1</sup> Nos ensinamentos de Pinto Monteiro “Foram as necessidades de racionalização, celeridade, planeamento e eficácia, que impuseram esse novo *modus* negocial; mas com ele surgiram problemas novos ou agravados, designadamente os planos da *formação* do contrato, do *conteúdo* das cláusulas e das medidas de reação adequadas, mormente de índole *processual*. (...) Daí que a necessidade de controlo sobre os contratos de adesão se faça sentir não só ao nível da tutela da vontade do aceitante, como também ao nível de uma fiscalização do conteúdo das condições gerais do contrato, ditada por razões de justiça comutativa.” MONTEIRO, António Pinto. A contratação em massa e a proteção do consumidor numa economia globalizada. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. vol. 3961. ano 139. Coimbra: Coimbra Editora, mar./abr. 2010, p. 222-225.

<sup>2</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto: “o cliente cede ao regulamento contractual pré-elaborado pelo fornecedor, sem sequer o ler. Todo aquele conjunto de regras está normalmente impresso em caracteres tão miúdos e densos que logo sugere a decisão de não ler. Se se trata de bens ou serviços cuja aquisição não é normalmente precedida de um contacto prolongado

a qualificação do aderente e as condições de pagamento, implementando assim, agilidade no tráfego negocial e jurídico entre as partes, todavia, a falta de conhecimento do real alcance das cláusulas contratuais gerais trouxe surpresas indesejáveis na execução contratual, levando a literatura jurídica<sup>3</sup> e os legisladores a dedicarem estudos sobre o tema<sup>4</sup>.

Interessa apresentar um contexto direcionado sobre a natureza e o campo de incidência das cláusulas delimitadoras negativas da prestação que estão presentes em todos os contratos de adesão de seguro de saúde, bem como, de modo conciso, evidenciar a sua diferença com relação as cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade.

Partindo da realidade fática que a contratação do seguro de saúde sempre está baseada em cláusulas predispostas<sup>5</sup> pelo fornecedor, unilateralmente, sem espaço para modificações, ou seja, é rígido<sup>6</sup>, necessário contextualizar parte do

---

entre os interessados, a tentação de assinar sem ler é reforçada em muitas pessoas pela impressão de que se leem não se comportam como consumidor normal e são olhadas de soslaio.” PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica. p. 119-148. Sep. de “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano XX – Abril- Dezembro, nº 2-3-4. Coimbra: Livraria Atlântida, 1973, p. 121-122.

<sup>3</sup> Adalberto Pasqualotto afirma que a preocupação na Europa sobre as condições gerais do contrato devido a “monografia precursora de Ludwig Raiser, publicada em 1975, O Direito das Condições Gerais dos Contratos.” PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 6. ano. 2. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1993. p. 39.

<sup>4</sup> Almeida Costa enfatizou que “a aceleração do processo tecnológico, de que as sucessivas Revoluções Industriais, um pouco artificialmente autonomizadas, constituem os momentos mais salientes, as crises econômicas e financeiras dos últimos decénios, o moderno fenómeno da globalização, tudo aliado a mudanças inevitáveis nas esferas de valores e da cultura, trouxeram maior complexidade de situações e a exigência de diverso enfoque do direito e da sua aplicação. Às mencionadas determinantes de certeza e de segurança, satisfeitas por legalismo cristalizado, sobrepõem-se interesses que reclamam soluções flexíveis, numa intenção jurídica material e ajustada às realidades. É o tempo do chamado *direito equitativo...*”. COSTA, Mário Júlio de Almeida. Intervenções Fulcrais da Boa Fé nos Contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 2. Coimbra: Centro de Estudos do Consumo, 2000, p. 358.

<sup>5</sup> Marco Dias alerta que “A limitação da liberdade contratual do aderente e a impossibilidade de influenciar o conteúdo das cláusulas levam a que ele não possa fazer consagrar os seus interesses nas estipulações contratuais, surgindo, assim, o risco de desequilíbrio de interesses do contrato”. DIAS, Marco. O critério da boa fé no DL nº 446/85. Estudo de Direito do Consumidor. vol. 6. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2004, p. 438.

<sup>6</sup> A jurisprudência portuguesa, ao tratar do contrato de adesão, apresenta a existência de três *características essenciais*: (i) a pré-formação; (ii) a generalidade; e (iii) a imodificabilidade. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.03.2017 Contrato de adesão. Cláusulas contratuais gerais. Seguro de grupo. Consentimento. Exclusão de cláusula. I – O contrato de



conteúdo do diploma legal português, Decreto-Lei nº 446/85, especificamente, sobre as relações com os consumidores finais<sup>7</sup>, para que permita, com os subsídios doutrinários, identificar os pressupostos de validade que devem ser observados pelo julgador no enfretamento do controle incidental e abstrato da cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde.

Com efeito, se faz necessário pormenorizar a não contrariedade a boa-fé<sup>8</sup>, as normas imperativas, as normas de ordem pública, que servem de supedâneo ao julgador para prescrever o receituário jurídico sobre eventual abusividade da cláusula. Além disso, serão traçadas algumas linhas sobre o controle abstrato pela via da ação inibitória, sempre com o foco específico no contrato de adesão de seguro de saúde.

---

adesão, na sua forma pura, poderá definir-se como sendo aquele em que uma das partes, normalmente uma empresa de apreciável dimensão, fórmula unilateralmente cláusulas e a outra parte as aceita mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhe é apresentado, não sendo possível modificar esse ordenamento negocial. II – Constituem características essenciais das cláusulas contratuais gerais: (i) a pré-formação; (ii) a generalidade; e (iii) a imodificabilidade. (Processo nº 4267/12.3TBBRG.G1.S1, 2º Secção, Relator: João Trindade). Na literatura jurídica, entre vários, veja: Mário Júlio de Almeida Costa e António Menezes Cordeiro, “Cláusulas Contratuais Gerais”, 1986, p. 18; Luís António Noronha Nascimento, “As Cláusulas Contratuais Gerais na Jurisprudência do STJ”, 2003, p. 100 e Daniela Mirante, “Os Contratos de Adesão e o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais”, 2015, p. 63.

<sup>7</sup> Antes da edição do Decreto-Lei nº 446/85, estava em vigor a primeira Lei de Defesa do Consumidor portuguesa, Lei nº 29/81, de 22 de agosto, que apesar de tratar do tema (artigo 7º) era incipiente. Atualmente, vigora a Lei nº 24/96, de 31 de julho, sobre o regime jurídico aplicável à defesa dos consumidores, que estabelece no artigo 9º, nº 2 “Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados” a obrigação do fornecedor e do prestador em redigir o contrato de adesão com clareza e precisão, para fácil compreensão e não inserção de cláusula que permita significativo desequilíbrio ao consumidor, remetendo, em caso de inobservância das regras supracitadas, para o regime das cláusulas contratuais gerais (nº 3).

<sup>8</sup> LARENZ, Karl. Derecho civil: parte general. Trad. Espanhola de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Revista de Direito Privado. Madrid, 1978, p. 58. “El personalismo ético, que parte de la base de la capacidad del hombre para la autodecisión y la responsabilidad por sí mismo y que eleva respeto a la dignidade personal da cada ser humano a la categoria de imperativo moral supremo, no sería, com todo, suficiente para fundamentar um orden jurídico, y, ni siquiera um orden jurídico-privado, si no interveniera también un elemento ético social. Este elemento es, en el Código Civil, el principio de buen fe. Se basea em la consideración de que una convivencia pacífica y próspera de personas em uma comunidade aún tan falta de cohesión no es posible sin que la confianza dispensada, al menos em general, no sea defraudada sino confirmada, y que, por ello la buena fe permanezca en cuanto fundamento de las relaciones humanas”.

Abordar-se-á, também, aspectos da Diretiva 93/13/CEE, em que pese ser posterior à legislação pátria, foi transposta para o ordenamento jurídico interno, ocasionando a modificação, em parte, do texto legal sobre as cláusulas contratuais gerais.

Passe-se, depois, para demonstração das regras contidas no Código de Defesa do Consumidor brasileiro que versam sobre o direito a modificação das cláusulas, direito à informação, cláusulas abusivas, o contrato de adesão e seus principais aspectos.

A socialização dos riscos, por meio do contrato de adesão de seguro ou plano de saúde é condição inafastável para que, hodiernamente, se consiga ter uma prestação de serviços de cuidados de saúde mais ágil, presumindo uma sensação íntima de “segurança”, confiança e até de tranquilidade. A quebra dessas sensações advém com a notícia de que o cuidado de saúde não foi autorizado ou não será reembolsado por constar uma cláusula que afiance ao segurador não garantir com os custos das despesas. Esse é o momento primordial, como bem assevera João Carlos Loureiro, “*Aegrotationis medicinam ab iure peto? Peço ao direito o remédio para a doença*”<sup>9</sup>.

### 5.1. Cláusula delimitadora negativa da prestação nos cuidados de saúde

Reforça-se, o motivo da escolha da denominação, neste texto, como “cláusula delimitadora negativa da prestação”, ao invés das designações convencionais de como “cláusula de exoneração”; “cláusula limitativa de objeto”; “cláusula limitativa de conteúdo”; “cláusula limitativa de riscos”; “cláusula limitativa de exclusão”, “cláusula de exclusão de riscos” e “cláusulas limitativas de riscos extensivos ou adicionais”<sup>10</sup>. A opção baseia-se no próprio dispositivo legal que rege o seguro de saúde, constante do regime jurídico dos contratos

---

<sup>9</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Aegrotationis Medicinam Ab Iure Peto?* Notas sobre a saúde, a doença e o direito. Cadernos de Bioética. Ano XI, nº 25. Coimbra: Centro de Estudo de Bioética, abril 2001.

<sup>10</sup> Hugo Ramos Alves, mesmo considerando haver um “paternalismo contratual”, conferido por tutelas acrescidas pelo legislador, consignou que “as cláusulas de exoneração são perigosas, pois a sua inclusão em contratos nos quais a liberdade de estipulação da contraparte não existe ou está fortemente reduzida tende a favorecer a negligência da contraparte.”. ALVES, Hugo Ramos. Sobre o dito “paternalismo contratual”. Estudos de Direito do Consumo (Coord. Adelaide Menezes Leitão). vol. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2016, p. 65.

de seguros, que estipula a expressão “*prestações convencionadas*”, sendo que o segurador ao não querer prestar determinados cuidados de saúde delimita negativamente à prestação no contrato perante o consumidor. A referida denominação coaduna, também, com os artigos 398º e 399º, ambos do Código Civil português, nos quais o conteúdo das prestações futuras, positivas ou negativas, pode ser fixado livremente, dentro dos limites legais. Nesse mesmo sentido, o artigo 762º, nº. 1 do referido diploma legal diz “prestação a que está vinculado”. No caso do contrato de seguro de saúde, aplica-se, ainda, o artigo 400º do mesmo diploma, eis que as prestações dos cuidados são confiadas a terceiros, profissionais médicos ou estabelecimentos de saúde.

É de ressaltar que em todas as designações o fim perseguido pelo segurador é da não prestação, amoldando-se assim, a denominação escolhida à realidade fática e jurídica.

#### *5.1.1. Sua natureza e delimitação (positiva e negativa)*

Como já evidenciado alhures, o ordenamento jurídico português permite constar na contratação de seguro de saúde cláusula que delimite o “direito aos cuidados de saúde” do consumidor.

Nas lições de António Pinto Monteiro configura a natureza desta cláusula como sendo de afastamento das obrigações (delimitação negativa), modelando-se o conteúdo e a extensão do objeto do contrato (delimitação positiva), no caso, o de seguro de saúde<sup>11</sup>. Enfatiza o Autor que se trata de “suprimir uma obrigação”<sup>12</sup>. Extrai-se do ensinamento, *a priori*, que as partes, quando da existência de uma igualdade material<sup>13</sup> e mediante seus interesses, podem delimitar os contornos das obrigações que pretendem assumir na feitura do contrato. Sublinhe-se que a utilização desta forma de disposição contratual é

---

<sup>11</sup> “Ora, o que pode acontecer, é as partes, ao contratar, afastarem obrigações que, sem tal acordo, fariam parte do contrato, nos termos referidos. Trata-se, neste caso, de cláusulas destinadas a definir o objecto do contrato, precisando o seu conteúdo e extensão, ao abrigo da liberdade contratual, na sua vertente de liberdade de modelação (art. 405º).” MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. 2ª reimp. da obra publicada em 1985. Coimbra: Almedina, 2011, p.117.

<sup>12</sup> Idem, p. 117.

<sup>13</sup> As partes, no negócio jurídico a ser celebrado possuem, por exemplo, riscos económicos equivalentes; detém domínio das informações e poderes de negociações equilibrados.

justamente balizar a abrangência da prestação a ser assumida pelo segurador<sup>14</sup>.

A pretensão do alcance com a inserção de uma cláusula deste gênero é afirmar que não integra ao pacto subscrito entre as partes determinada prestação, portanto, não acarreta consequências de não cumprimento, haja vista não haver previsão contratual impondo sua execução, mas sim ao contrário, suprime a própria obrigação, sendo que para os contratos de seguro em geral “delimita-se o âmbito do risco coberto”<sup>15</sup> e para os contratos de seguro de saúde significa a não cobertura contratual de determinados tratamentos, cirurgias ou exames caso necessite o tomador do seguro ou a pessoa segurada.

Pode-se dizer que no contrato de seguro de saúde ao conter cláusula estipulando o conteúdo exato da prestação (delimitação positiva) e outra ressaltando as delimitações negativas da prestação de cuidado de saúde, estar-se-ia diante de um contrato justo. Mas, apesar de ser um raciocínio lógico, existem outros aspectos jurídicos que devem ser sopesados para relativizar essa verda-

---

<sup>14</sup> Exemplos utilizados na doutrina: “Uma oficina de reparação de automóveis, uma garagem de recolha de automóveis (de um hotel, p. ex.) ou um qualquer parque de estacionamento (no interior da cidade, num aeroporto, num centro comercial etc) declara, através de um aviso ou letreiro afixado no local de cumprimento do contrato ou no ‘ticket’ destinado ao utente do mesmo, que ‘não se responsabiliza pelo desaparecimento de objetos deixados no interior dos veículos’; ou que ‘não responde pelo furto dos veículos’; ou, ainda, de um modo mais explícito, que ‘a empresa limita-se a proporcionar um espaço para estacionamento da viatura’, que ‘não há contrato de depósito’ etc. Este tipo de declarações surge, igualmente, com frequência, em hotéis (e em clínicas de saúde), relativamente aos objetos de valor que os clientes deixem no quarto; ou até em parques de campismo, quanto ao material dos campistas; e não deixam de aparecer, por vezes, em contratos de locação de cofre-forte, desejando os bancos definir as suas obrigações, ou em contratos de seguro, no tocante aos riscos assumidos.” MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas do conteúdo contratual. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. vol. 19 (2º semestre). Rio de Janeiro: **Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, 2001, p. 247.

Exemplo judicial: Tribunal Cível da Comarca de Bragança, processo n.º 184/00, data da decisão: 26/02/99 “Declara nulos os artigos 3º/2 e 21º/4 das condições gerais, especiais e cláusulas da apólice de seguro n.º \_\_\_\_\_. (cláusulas relativas à definição do conceito de tempestade por deixar de fora das coberturas acordadas a maior parte dos danos e prejuízos resultantes de tempestades, inundações, etc.” Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf/3d2a49955a5bf67080256879006d6595?CreateDocument>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>15</sup> Para Pedro Romano Martinez: “Por via de regra, nas condições gerais e especiais de apólices de seguro não se exclui a responsabilidade da seguradora, pois delimita-se o âmbito do risco coberto pelo contrato de seguro.” MARTINEZ, Pedro Romano. Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro. *Scientia Iuridica*: revista trimestral portuguesa e brasileira. Tomo 55. vol. 306. Braga: Universidade do Minho, abr./jun. 2006, p. 259.

de, com o fito de conseguir encontrar a equidade<sup>16</sup> no pacto jurídico firmado entre as partes, conforme determina os artigos 398º e 405º, ambos do Código Civil português, que ordenam respeitar os limites da lei. O busílis da questão está em encontrar o limiar entre a licitude e ilicitude da cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde.

Destaca-se, para compreender a necessidade da relativização da liberdade contratual (405º) e compatibilizar o uso deste tipo de cláusula (art. 398º), que se trata de uma contratação por adesão firmada com uma parte fraca, leiga, sem conhecimento, técnico, jurídico e da verdadeira repercussão global da funcionalidade deste complexo contrato, pois não se está simplesmente adquirindo um bem para uso diário em seu ambiente doméstico.

O desafio para o julgador, no devido controle incidental, é identificar a validade jurídica da cláusula delimitadora negativa da prestação, visando, no primeiro momento, averiguar se o consumidor tem direito ao tratamento, medicamento ou internação hospitalar que não lhe foi permitido pelo segurador baseado em cláusula por ele inserida no clausulado, e ao fim e ao cabo, para que essa cláusula não seja utilizada em outros contratos e por outros seguradores.

Para a devida análise da validade da supressão da prestação ou estabelecimento da sua delimitação, deve-se observar a comunicação e informação transmitida ao aderente, a existência de normas imperativas que obriguem seu cumprimento, principalmente aquelas baseadas no princípio da boa-fé, bem como por razões ou normas de ordem pública e, ainda, quando sejam essenciais para o tipo ou fim do objetivo do contrato<sup>17</sup>, no intuito de evidenciar a

---

<sup>16</sup> Na lição de Carlos Alberto da Mota Pinto “o problema da justiça comutativa do contrato, do carácter equitativo das suas cláusulas. Admitindo que o utente do bem ou serviço leu todas as cláusulas e as compreendeu, há que aceitar, sem mais, toda e qualquer cláusulas, estabelecida unilateralmente por um dos sujeitos, aceite pelo outro sem discussão, se se apurar não serem tomados em consideração com justiça os interesses de ambas as partes?”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica*. p. 119-148. Sep. de “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano XX – Abril-Dezembro, nº 2-3-4. Coimbra: Livraria Atlântida, 1973, p. 128.

<sup>17</sup> Pedro Romano Martinez esclarece que “tendo em conta o típico risco coberto naquele contrato de seguro se inviabilizar essa cobertura por via de várias exclusões de risco, ainda que a respectiva informação tenha sido prestada, conclui-se que o objecto do contrato fica esvaziado, podendo consubstanciar uma situação ilícita. Assim, se num seguro de incêndio se determinar que estão excluídas do âmbito de cobertura as usuais causas de incêndio (curto-circuito, raio, rebentamento de bombas e foguetes, etc), pode chegar-se ao ponto de o contrato de seguro em análise se encontrar quase sem objecto, pois os riscos próprios daquela

licitude que permita a inserção da cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde nos contratos de seguro de saúde. Antes de adentrar em cada um destes aspectos, cabe expor a diferença entre essa cláusula e as cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade.

### *5.1.2 Cláusula limitativa de responsabilidade e cláusula de exclusão de responsabilidade: breves considerações*

Tece-se, brevíssimas considerações, sobre esses dois tipos de cláusulas, uma limitativa e outra exoneratória da responsabilidade, as quais possuem funções de operacionalização diferentes, e não se confundem com a cláusula delimitadora negativa da prestação, sendo essa a única razão para explanação sobre as referidas cláusulas<sup>18</sup>.

Vários fenômenos sociais e jurídicos foram desencadeados e aperfeiçoados após o processo de industrialização<sup>19</sup>. As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade, também denominadas, por alguns autores, de cláusulas de irresponsabilidade, se encaixam como exemplo de aperfeiçoamento. Elas já

---

modalidade de seguro não se encontram cobertos no contrato em causa.” MARTINEZ, Pedro Romano. Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro. *Scientia Iuridica*: revista trimestral portuguesa e brasileira. Tomo 55. vol. 306. Braga: Universidade do Minho, abr./jun. 2006, p. 260.

<sup>18</sup> Ana Prata adverte: “Ainda pode argumentar-se com o facto de, por vezes, cláusulas aparentemente exoneratórias serem, na realidade, afastadoras de obrigações. (...) Porém, a eventual dificuldade em identificar o conteúdo cláusula, se é significativa como é ténue, por vezes, a fronteira, entre um e outro tipo de estipulações, não pode constituir factor decisivo na solução desta questão, antes impondo que a interpretação do contrato e da cláusula nela inserida seja feita com cuidado. Finalmente, a teleologia do diploma pode, também ela, justificar esta interpretação.” PRATA, Ana. Contratos de adesão e cláusulas gerais: anotações ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 359. BORGES, Carla Gonçalves. Exclusão e limitação de responsabilidade em contratos de adesão. *Sub Judice – Justiça e Sociedade* vol. 39. Coimbra: Almedina, abr.-jun., 2007, p. 29 “a partir do momento em que uma obrigação não faz parte do conteúdo do contrato, a questão da responsabilidade pelo seu incumprimento nem sequer se coloca. (...) Não se trata, portanto, de excluir a responsabilidade, mas de definir o conteúdo do contrato que as partes pretendem celebrar”.

<sup>19</sup> Nas palavras de Adelaide Leitão “a industrialização foi o primeiro passo para o paradigma da abundância actual, em que o consumo surge como motor das economias nacionais e mundial.” LEITÃO, Adelaide Menezes. Soluções jurídicas para o sobreendividamento dos consumidores. *Estudo de Direito do Consumo*. vol. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2016, p. 255.

eram previstas no direito romano<sup>20</sup>, mas foram melhores estudadas e reconhecidas, sem óbice da ordem pública, para “harmonizarem com os postulados do individualismo e voluntarismo jurídico, e correspond[erem] igualmente às aspirações económicas da época, assentes na necessidade de proteger o desenvolvimento industrial, imprescindível para o bem-estar social”<sup>21</sup>.

Atualmente, em virtude da necessidade de proteger a parte vulnerável, principalmente nos contratos de adesão, nota-se uma luta por parte de órgãos e entidades de defesa do consumidor para restringir a inserção ou promover a eliminação desse tipo cláusula<sup>22</sup>.

Para António Pinto Monteiro constitui cláusula de exclusão de responsabilidade aquela “destinada a excluir antecipadamente a responsabilidade em que, sem ela, incorreria o devedor, pelo não cumprimento (ou pela mora ou cumprimento defeituoso) da obrigação”<sup>23</sup> e cláusula limitativa de responsabilidade “aquela que é destinada a restringir ou a limitar antecipadamente, de modo vários, a responsabilidade em que, sem ela, incorreria o devedor pelo não cumprimento (ou pela mora ou cumprimento defeituoso da obrigação”<sup>24</sup>.

Tradicionalmente, o devedor assume uma obrigação primária perante o credor, contudo, por algum motivo, quando não a cumpre, conforme reza estabelecido no pacto firmado entre as partes ou por imposição legal, acarreta uma obrigação sucessiva, de responder por eventuais danos causados. Porém,

---

<sup>20</sup> AGUIAR DIAS, José de. Cláusula de não-indenizar. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 15.

<sup>21</sup> MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. 2ª reimp. da obra publicada em 1985. Coimbra: Almedina, 2011, p.72.

<sup>22</sup> Considera nula cláusula com o seguinte teor: “Não nos responsabilizamos por danos sofridos pelos tecidos que se alterem com a limpeza ou a sua lavagem”, impressas em factura emitida por R.” Tribunal Judicial da Comarca de Sesimbra, processo n.º 138/04.5TBSSB, data decisão: 07/02/2005. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf?OpenDatabase&Start=119>. Acesso em: 05 nov. 2021. Ver, ainda, recentes decisões do STJ nas ações inibitórias proposta do Ministério Público, processo n.º 122/09.2TJLSB.L1.S1, julgado em 14/11/2003 e processo n.º 15/10.0TJLSB.L1.S1, ambos disponíveis em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/f83eef66ec4efcb780256879006bc015?CreateDocument>. Acesso: 15 out. 2021.

<sup>23</sup> MONTEIRO, António Pinto. Exclusões de responsabilidade na actividade médica. In: Responsabilidade civil em saúde – diálogo como o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro. Coordenação André Gonçalo Dias Pereira ... [et al.]. p. 33-58. Coimbra: Instituto Jurídico, 2021, p. 35. O próprio Autor, reporta no original para: “*Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil, Almedina, Coimbra, 1985 (entretanto já na 3.ª reimpressão, 2020, mas mantendo o texto original e sem alterações de paginação)*”.

<sup>24</sup> Idem, p. 36.

ao consignar determinada cláusula limitativa e de exclusão de responsabilidade, sendo esta válida<sup>25</sup>, o credor não poderá exigir a indenização ou terá que se contentar com os limites indenizatórios que constam no contrato<sup>26</sup>.

O Supremo Tribunal de Justiça, no processo n.º 718/06.4TVPRT.P1.S1, julgado em 24/04/2012, não considerou válida a exclusão de responsabilidade no “Seguro de Saúde/Doença – Individual/Familiar” constante na cláusula contratual que estabelecia cobertura por morte aos herdeiros, salvo quando: “acidentes resultantes de crimes e outros actos intencionais da pessoa segura, bem como o suicídio”<sup>27</sup>, determinado a indenização limitada no valor do contrato. Já em outro julgado, processo n.º 20054/10.OT2SNT.L2.S1<sup>28</sup>, de 14/12/2016, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu pela abusividade da cláusula limitativa de responsabilidade, com base no artigo 18º, c) do DL n.º 446/85, por conter estipulação do valor máximo de indenização ao limite de três meses de mensalidade, numa situação eventual de incumprimento imputável a empresa, que tem como objeto social a conservação, manutenção, reparação, montagem, comércio e a importação de ascensores, escadas rolantes

---

<sup>25</sup> Conforme António Pinto Monteiro: “Efetivamente, como temos realçado, a cláusula exoneratória, se for válida e eficaz, só prejudica o credor quanto à *indenização*. Permanecem, para sua defesa, *todos os outros direitos* que a lei lhe faculta para reagir contra o não cumprimento do devedor. [...] por exemplo, resolver o contrato (art. 801), exigir o cumprimento da obrigação (podendo até requerer, se for o caso, que o tribunal decrete, nos termos do art. 829-A, uma sanção pecuniária compulsória), recorrer à execução específica (art. 827, seg.), socorrer-se da “*exceto num adimplente contractos*” (art. 428) ou do direito de retenção (art. 754) etc.”. MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas do conteúdo contratual. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. vol. 19. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2001, p. 251.

<sup>26</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Normas de protecção e danos puramente patrimoniais. Coimbra: Almedina (Coleção: Teses de Doutoramento), 2009.

<sup>27</sup> “Por outro lado, a redacção da cláusula de exclusão, a que nos temos vindo a referir, aponta apenas para acidentes resultantes de actos perpetrados voluntariamente pelo tomador do seguro: crimes e outros actos intencionais da pessoa segura, ou em que ele interveio voluntariamente, daí a especificação dos crimes e do suicídio, uma vez que, no primeiro caso, o segurado pode ter sido abatido para obstar ao cometimento de um crime e no suicídio ele pode ocorrer sem ser o segurado o executor da acção, em consequência da qual a morte ocorreu, sem embargo de ter havido, por parte da vítima, expressão dessa vontade. Por aqui não se verifica a pretendida exclusão da responsabilidade da seguradora.” Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/90ae58438dad0a-75802579f700362b27?OpenDocument>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>28</sup> <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f4b2988201e-4fea080258089004fe609?OpenDocument>. Acesso em: 05 nov. 2021.



e quaisquer outros aparelhos de elevação e transporte, sejam quais forem os danos aos aderentes.

Cumprando evidenciar, dentre as normas imperativas, aquelas previstas no artigo 18º, *al a); c) e d)*, que tornam proibidas contratualmente excluir ou limitar a responsabilidade de “modo directo ou indirecto”<sup>29 30</sup>.

Adentrando especificamente no contrato de adesão de seguro de saúde, a legislação portuguesa<sup>31</sup> permite a presença da cláusula limitativa de responsabilidade neste típico contrato, possibilitando ao segurador, diante da sua liberdade contratual, estabelecer “*plafonds*”<sup>32</sup>, atrelados a delimitação positiva de cobertura de cuidados.

Trata-se da limitação do capital seguro<sup>33</sup>, se o consumidor adoecer o segurador arcará com os custos no limite financeiro contratado. Essa situação trouxe preocupação para a Secretaria de Estado de Saúde<sup>34</sup>, ao identificar casos

---

<sup>29</sup> Como ensina António Pinto Monteiro “Ora, a sempre poderá dizer-se, ainda que porventura impropriamente, que as cláusulas limitativas do conteúdo contratual acabam por traduzir-se num modo indirecto de excluir a responsabilidade, sendo, por isso, abrangidas por estas proibições.” MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas do conteúdo contratual. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2001, p.264.

<sup>30</sup> Conforme Acórdão do STJ, de 27 de abril de 1999, processo n.º 258/99 “(...) II – A cláusula contratual geral, para ser objecto de proibição, não tem de se referir explicitamente à exclusão ou limitação da responsabilidade, bastando que tal exclusão ou limitação dela se possa inferir.”. Disponível em Boletim do Ministério da Justiça, n.º 486, p. 291-296.

<sup>31</sup> Artigo 214º e 217º do Decreto-Lei nº 72/2008, de 16 de abril.

<sup>32</sup> No Brasil, a lei especial (Lei nº 9.656/98), proíbe essa cláusula.

<sup>33</sup> Decreto-Lei nº 72/2008: “Artigo 49.º Capital seguro 1 – O capital seguro representa o valor máximo da prestação a pagar pelo segurador por sinistro ou anuidade de seguro, consoante o que esteja estabelecido no contrato.

2 – Salvo quando seja determinado por lei, cabe ao tomador do seguro indicar ao segurador, quer no início, quer durante a vigência do contrato, o valor da coisa, direito ou património a que respeita o contrato, para efeito da determinação do capital seguro.

3 – As partes podem fixar franquias, escalões de indemnização e outras previsões contratuais que condicionem o valor da prestação a realizar pelo segurador.”.

<sup>34</sup> Doentes trocam hospitais privados por públicos a meio dos tratamentos. “A Entidade Reguladora da Saúde está a analisar casos de doentes de estabelecimentos privados que chegam aos hospitais públicos, a meio de tratamentos, por terem esgotado os ‘plafonds’ dos seguros, revelou hoje o secretário de Estado da Saúde. Em entrevista hoje à rádio TSF, o secretário de Estado da Saúde, Fernando Araújo, disse ‘estar preocupado’ com a situação, salientando que os ‘doentes não podem ser prejudicados’ e, prometendo ‘para breve regras que definam, com transparência e equidade, o acesso destes utentes que vêm do setor privado’.

de consumidores que possuíam seguro de saúde e seus tratamentos excederam o limite do capital seguro, sendo transferidos para hospitais públicos.

*Data vênia* aos que pensam em contrário, entende-se que há uma transferência avultada do risco do seguro, qual seja, as obrigações futuras de cuidados de saúde, sendo esse o objeto primordial do contrato de seguro de saúde, onerando o consumidor com um custo, por muitas vezes exagerado, em virtude do *plafond* arbitrariamente limitado pelo segurador, gerando, como constatado pelo Estado, um ônus para todos os contribuintes, ao invés de ser suportado por quem queira empreender nesta atividade econômica.

Essa modalidade de seguro de saúde permitida pela legislação vigente não é plausível para esse tipo de contrato, eis que concentra parte do risco no segurador, sendo que, nos moldes da razoabilidade<sup>35</sup>, a opção seria graduar prazos de carências e criar fatores de participação dos cuidados de saúde ou estabelecer percentuais razoáveis de reembolso do valor total da fatura hos-

---

‘Estamos preocupados. Temos estado atentos, através da entidade reguladora, que tem aqui funções e responsabilidades muito específicas, e também temos de discutir com a Ordem dos Médicos porque também aqui do lado dos médicos, (...) temos de perceber qual é a informação que é dada aos doentes nalguns privados e o grau de compromisso que é assumido, de modo a percebermos se a relação médico/doente não está a ser colocada em causa nesta abordagem’, adiantou. De acordo com Fernando Araújo, todos os hospitais estão a ser confrontados com casos de doentes que chegam a meio de tratamentos dos hospitais privados por terem atingido os limites dos ‘plafonds’ dos seguros de saúde, nomeadamente em casos de oncologia e outros relacionados com patologias com tratamentos mais caros.”. Disponível em: <http://www.dn.pt/portugal/interior/doentes-trocam-hospitais-privados-por-publicos-ameio-dos-tratamentos-5537034.html> (06 de dezembro de 2016). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>35</sup> Na decisão do STJ, processo nº 976/06.4TBOAZ.P1.S1, o relator Oliveira Vasconcelos “II – Para apreciar se existe um desequilíbrio das prestações gravemente atentatório da boa fé, importa ter em consideração todas as circunstâncias que envolvem o contrato, as quais devem ser apreciadas objectivamente, na perspectiva de um observador **razoável** (destaque nosso) e com referência não ao momento da celebração do contrato, mas daquele em que é feita valer a nulidade da cláusula. [...] para um observador **razoável** era perfeitamente aceitável o entendimento que quando eles celebraram o contrato e quando fizeram valer a nulidade da cláusula, tinham em conta que a hérnia discal, que veio a evoluir para uma fibrose epidural, provocando a incapacidade absoluta do autor para a sua profissão, preenchia o pressuposto constitutivo da verificação da invalidez absoluta. [...] Haveria um desequilíbrio significativo da situação jurídica dos contraentes em detrimento do autor se, apesar dessa incapacidade, para se preencher aquele pressuposto, ainda fosse necessário que o segurado estivesse num estado de “praticamente defunto”, ou seja, num estado em que já não se podia lavar, alimentar, vestir-se, deslocar-se na sua residência e depender de terceira pessoa para a realização desses actos.” Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/84c83a3323b267cc8025776900481bfa?OpenDocument>. Acesso em: 05 nov. 2021.

pitalar, no intuito de evitar desperdícios na utilização do seguro e estabelecer contraprestações equivalentes.

A delimitação positiva das prestações convencionadas atrelada ao justo preço do prêmio caracteriza-se pela almejada justiça comutativa do contrato, permitindo uma harmonia na relação de consumo, ao contrário, quando se tem um “*plafond*” conectado a incerteza dos cuidados de saúde que serão necessários para a recuperação do consumidor, gera insegurança, intranquilidade, eis que quem domina toda a informação sobre os custos dos cuidados de saúde é o segurador. A carteira de segurados, através do mutualismo, quem deve garantir os riscos futuros, com o devido planejamento empresarial para obtenção do lucro, sem impor preços abusivos aos prêmios.

A famigerada transferência do risco do objeto principal do contrato para o consumidor, ou para o Estado, está devidamente comprovada e deve ser objeto de estudos mais detalhados pela ASF para eventual aperfeiçoamento na legislação especial, pois entende-se que atualmente visa somente favorecer o lado mais forte da relação jurídica, o segurador.

Perceba-se que essa situação causa perversidade na própria relação jurídica entre o segurador e o estabelecimento de saúde por ela contratado para integrar a rede conveniada, isto porque, as negociações podem ser abrandadas, pois quanto maior o custo da operação mais rápido atingirá o “*plafond*”, conseqüentemente, a seguradora estará isenta do pagamento superior.

Em outras palavras, a pessoa segurada, que precisa continuar internada, ou seu ente familiar, recebe comunicação do hospital que a internação excedeu o “*plafond*” do seguro de saúde, neste momento instalam-se a angústia, o desespero e a intranquilidade por causa da transferência do risco, ficando o segurador isento dos desdobramentos nefastos, inclusive de um eventual sobreendividamento dos tomadores do seguro.

Apesar da legislação permitir perícia arbitral, que teria o papel de auxiliar o consumidor na apuração de possíveis valores exagerados cobrados pelo hospital, não é essa a melhor solução, e sim não permitir a transferência de risco, por contrariar a boa-fé objetiva e, até o artigo 334º do CCP.

Em resumo, a diferença marcante entre a cláusula delimitadora negativa da prestação e a cláusula limitativa de responsabilidade, é que na primeira, afasta-se a obrigação de prestar os cuidados de saúde (delimitação negativa) e na segunda, a obrigação existe (delimitação positiva), porém, o segurador arcará com os custos até o limite do “*plafond*” estabelecido na apólice ou condições especiais.

## 5.2. Diretiva da União Europeia: cláusulas abusivas

A Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993<sup>36</sup>, visa proteger os consumidores contra as cláusulas abusivas constantes dos contratos de adesão, portanto, o seu âmbito de aplicação é mais restritivo<sup>37</sup> em comparação ao diploma legal português, Decreto-Lei nº 446/85, como se verificará adiante. O normativo europeu já se encaminha para, em breve, completar trinta de anos de vigência<sup>38</sup>, sendo o responsável pela alteração legislativa de vários países da União Europeia, com o despertar para alguns sobre a importância do tema nas relações de consumo.

---

<sup>36</sup> (JO L 95 de 21.4.1993, p. 29), alterada pela Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 304 de 22.11.2011, p. 64).

<sup>37</sup> Em que pese ser mais restritivo, a Comissão Europeia reconhece que os Estados-Membros não estão impedidos de ampliar o âmbito de aplicação para outros contratos ou documentos que contenham cláusulas contratuais gerais, seja celebrado entre dois profissionais ou mesmo entre dois consumidores, como se infere do diploma legal português.

<sup>38</sup> Anote-se, o disposto no Considerando 17 e nos artigos 8º e 8º-A da Diretiva. Das comunicações feitas pelos 28 (vinte e oito) Estados-Membros (constando o Reino Unido), tem-se a seguinte representatividade: (i) 06 (seis) – “O direito nacional contém uma lista das cláusulas contratuais normalizadas consideradas abusivas em todas as circunstâncias (ou seja, uma lista negra)”;

(ii) 07 (sete) – “O direito nacional não excede a norma mínima da DCCA”;

(iii) 01 (um) – “O direito nacional contém duas listas negras das cláusulas contratuais normalizadas consideradas abusivas”;

(iv) 04 (quatro) – “O direito nacional alargou o âmbito da avaliação do carácter abusivo às cláusulas contratuais relativas à definição do objeto principal do contrato e à adequação do preço ou da remuneração, independentemente de tais cláusulas estarem redigidas de modo claro e compreensível. O direito nacional também contém uma lista das cláusulas consideradas abusivas em todas as circunstâncias (ou seja, uma lista negra)”;

(v) 02 (dois) – “O direito nacional também abrange o carácter abusivo das cláusulas contratuais objeto de negociação individual e contém uma lista das cláusulas consideradas abusivas em todas as circunstâncias (ou seja, uma lista negra) e uma lista das cláusulas consideradas abusivas até se provar que são justas (ou seja, uma forma de lista cinzenta)”;

(vi) 04 (quatro) – “O direito nacional contém uma lista das cláusulas contratuais consideradas abusivas em todas as circunstâncias (ou seja, uma lista negra), incluindo quando tais cláusulas foram objeto de negociação individual, e uma lista das cláusulas contratuais consideradas abusivas na ausência de prova em contrário (ou seja, uma forma de lista cinzenta). A lista foi alargada em comparação com o anexo da DCCA” e

(vii) 04 (quatro) – “O direito nacional alargou o âmbito da avaliação do carácter abusivo às cláusulas contratuais objeto de negociação individual e ao objeto principal. O direito nacional contém uma lista negra das cláusulas contratuais consideradas abusivas em todas as circunstâncias (ou seja, uma lista negra) que foi alargada em comparação com a DCCA.”. Para consulta da lista atualizada, disponível em: [https://ec.europa.eu/info/notifications-under-article-8a-directive-93-13-eec\\_en](https://ec.europa.eu/info/notifications-under-article-8a-directive-93-13-eec_en). Acesso: 21 out. 2021.

O ponto primordial sobre essa Diretiva consubstancia em compreender a devida aplicação do pressuposto de validade substancial do princípio da boa-fé no controle do conteúdo explicitado objetivamente como sendo o “desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes” (art. 3º, n. 1), no contrato de adesão<sup>39</sup> de seguro de saúde. Aliás, esse é outro ponto dissonante entre a Diretiva e o DL nº 446/85, eis que no diploma legal português não há estampado, como pressuposto de validade de concretização, o “desequilíbrio significativo”<sup>40</sup>.

As impressões sobre o pressuposto de validade objetivo de concretização da boa-fé objetiva que se passa a discorrer estão baseadas na Comunicação da Comissão Europeia, de 27 de setembro de 2019, que foi fruto da “Comunicação da Comissão – Um Novo Acordo para os Consumidores, de 11 de abril de 2018”<sup>41</sup>, por ter se utilizado das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da

---

<sup>39</sup> Essa proposta está em sintonia com o Considerando 9 da Diretiva: “(...) *os adquirentes de bens ou de serviços devem ser protegidos contra abusos de poder dos vendedores ou dos prestatários, nomeadamente contra os contratos de adesão e contra a exclusão abusiva de direitos essenciais nos contratos.*”

<sup>40</sup> “Embora a DCCA tenha alcançado um nível elevado de proteção do consumidor e a harmonização dos principais conceitos na proteção contra cláusulas contratuais abusivas no mercado interno, há especificidades nos Estados-Membros que os participantes no mercado e os profissionais da justiça também deverão tomar em consideração. Tais especificidades podem estar relacionadas com um âmbito alargado das normas nacionais de transposição da DCCA ou consistir em normas mais pormenorizadas ou mais exigentes em relação ao caráter abusivo das cláusulas contratuais. Os exemplos incluem uma lista negra das cláusulas contratuais consideradas sempre abusivas, listas das cláusulas contratuais presumivelmente abusivas, a avaliação das cláusulas contratuais que foram objeto de negociação individual, a avaliação do caráter abusivo das cláusulas contratuais que definem o objeto principal ou a adequação do preço ou da remuneração, mesmo nos casos em que tais cláusulas sejam transparentes. Além disso, podem existir requisitos menos exigentes para considerar uma cláusula contratual abusiva nos termos da disposição geral relativa ao caráter abusivo, por exemplo, quando a transposição nacional não exige que o desequilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes seja significativo ou que seja contrário às exigências da boa-fé. Tais normas são possíveis, em princípio, ao abrigo da disposição de harmonização mínima do artigo 8.º da DCCA (5). O anexo II da presente comunicação inclui uma panorâmica das comunicações dos Estados-Membros, ao abrigo do artigo 8.º-A da DCCA (6), que refletem desvios em relação à DCCA.” (“COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO Orientações sobre a interpretação e a aplicação da Diretiva 93/13/CEE do Conselho relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores”, publicada no Jornal Oficial da União Europeia C 323/4, de 27 de setembro de 2019).

<sup>41</sup> Constou do documento que “Até ao início de 2019, a Comissão elaborará orientações sobre a Diretiva 93/13/CEE relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados

União Europeia<sup>42</sup>, até 31 de maio de 2019. Com bem ressalvado pela Comissão, a comunicação se traduz como um documento de orientação, sendo que apenas o texto da legislação da União Europeia tem valor jurídico. Portanto, ao longo do percurso, observações pontuais serão necessárias para a devida conformação com o diploma legal interno<sup>43</sup>.

De antemão, incumbe registrar que o artigo 1º, n. 2 da Diretiva, exprime que suas disposições não são aplicáveis quando presente no ordenamento jurídico do Estado-Membro legislações ou regulamentos imperativos contrários. Reafirma-se que não há diploma legal ou ato normativo da ASF que, de forma cogente<sup>44</sup>, considere uma cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde lícita para constar dos contratos de adesão de seguro de saúde<sup>45</sup>.

---

com os consumidores, que protege os consumidores europeus contra cláusulas gerais abusivas utilizadas pelos comerciantes.” Texto final disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0183&from=EN>. Acesso em: 05 nov. 2021. Para eventual aprofundamento do tema, indica-se o Relatório da Comissão sobre a aplicação da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados pelos consumidores, 27.4.2000, COM (2000) 248 final.

<sup>42</sup> Nos dizeres da Comissão: “A interpretação do Tribunal de Justiça não está limitada aos critérios para a avaliação substantiva das cláusulas contratuais e às consequências decorrentes do caráter abusivo das cláusulas contratuais, mas também tem implicações para as normas processuais nacionais, na medida em que estas sejam pertinentes para a proteção efetiva contra cláusulas contratuais abusivas.”

<sup>43</sup> Nesta perspectiva está centrado na Diretiva o Considerando 6: “*Considerando que, para facilitar o estabelecimento do mercado interno e proteger os cidadãos que, na qualidade de consumidores, adquiram bens e serviços mediante contratos regidos pela legislação de outros Estados-Membros, é essencial eliminar desses contratos as cláusulas abusivas;*”. Para a Comissão Europeia, o DL nº 446/85 “alargou o âmbito da apreciação da injustiça às cláusulas contratuais relativas à definição do objeto principal do contrato e à adequação do preço ou da remuneração, independentemente de tais cláusulas estarem em linguagem simples e inteligível. A legislação nacional contém uma lista de cláusulas contratuais padrão estritamente proibidas (ou seja, uma lista negra) e um lista de cláusulas contratuais que são proibidas em certas circunstâncias (ou seja, uma forma de lista cinza).”

<sup>44</sup> Veja as cláusulas limitativas de prestações válidas no artigo 10 da Lei Federal brasileira nº 9.656/98.

<sup>45</sup> O TJUE entende que se deve proceder a uma *interpretação estrita*, consulte o processo C-186/16. A Comissão Europeia, na Comunicação, conclui que: “quando a legislação setorial específica foi adotada após a adoção da DCCA, deveria ser considerado que tal legislação pode excluir a aplicação da DCCA apenas na medida em que tal seja previsto explicitamente. Tal não será normalmente o caso, pelo que a DCCA aplicar-se-á, em geral, além das regras setoriais específicas”. Essa afirmativa da Comissão foi baseada no processo C-290/16. Anote-se, ainda, o disposto no Considerando 17 e nos artigos 8º e 8º - A da Diretiva.

De acordo com o documento, a Comissão Europeia manifestou que a ideia geral do TJUE, sobre a diretiva das cláusulas contratuais abusivas, baseia-se no entendimento de que “*consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao profissional no que respeita quer ao poder de negociação quer ao nível de informação, situação que o leva a aderir às condições redigidas previamente pelo profissional, sem poder influenciar o respetivo conteúdo [...]*”<sup>46</sup>.

Propriamente sobre os pressupostos de validade do controle do conteúdo, a Comissão anotou que o TJUE, por meio do processo C-118/17, tem entendimento que quando os Supremos Tribunais nacionais “definem determinados critérios para a avaliação do caráter abusivo” da cláusula, deve o tribunal da instância *a quo* seguir os mesmos critérios, inclusive sob pena de anulação da decisão. A título ilustrativo, cite-se o processo C-96/16<sup>47</sup>, originário do Tribunal de Primeira Instância nº 38 – Barcelona, que manejou pedido de decisão prejudicial ao TJUE, após a definição do critério de concretização do “desequilíbrio significativo” pelo Supremo Tribunal da Espanha, quando conside-

---

<sup>46</sup> Para corroborar com essa assertiva, citou, em nota de rodapé, o seguinte: “A citação a seguir foi retirada do processo C-147/16, *Karel de Grote*, ponto 54. No final desse ponto, o Tribunal de Justiça remete para o processo C-488/11, *Asbeek Brusse*, ponto 31, e para o processo C-110/14, *Costea*, ponto 18 e a jurisprudência aí referida. Podem encontrar-se declarações idênticas em muitos outros acórdãos, por exemplo no processo C-169/14, *Sánchez Morcillo*, ponto 22.”

<sup>47</sup> Consta no processo C-96/16 a manifestação do Supremo Tribunal da Espanha com relação a segurança jurídica em virtude dos critérios utilizados pelos tribunais, a saber: “[...]o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) declarou que, na ausência de critérios legais de que resultassem regras claras para efeitos da apreciação do caráter abusivo das cláusulas não negociadas que definem a taxa dos juros de mora nos contratos de crédito pessoal celebrados com consumidores, os tribunais espanhóis de primeira instância e de recurso aplicam critérios diferentes, daí resultando grande insegurança jurídica e uma diferença arbitrária de tratamento entre os consumidores em função do tribunal que julga o litígio. Existiam também grandes divergências na determinação das consequências do caráter abusivo daquelas cláusulas.”. O Governo espanhol, em audiência no TJUE, entendeu como legítima a divergência, senão vejamos: “que a jurisprudência do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) constitui um complemento da ordem jurídica nacional, na medida em que garante uma interpretação uniforme da lei pelos tribunais nacionais. Contudo, segundo este Governo, esta jurisprudência não tem valor vinculativo ou obrigatório, no sentido de que não tem caráter normativo *erga omnes*, não tem força de lei e não é uma fonte de direito nesta ordem jurídica. Assim, os tribunais inferiores poderão afastar-se delas e tentar levar o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) a alterá-la. O mesmo Governo acrescentou que a referida jurisprudência é revestida de força de exemplaridade, no sentido de que as decisões dos órgãos jurisdicionais inferiores podem ser anuladas pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal), se se afastarem dessa mesma jurisprudência.”.

rou abusiva a “taxa de que exceda em mais de dois pontos percentuais a taxa de juros remuneratórios convencionada pelas partes” nos contratos de créditos pessoais, em virtude da existência de acórdãos contraditórios nos tribunais nacionais. O TJUE manifestou<sup>48</sup>, com base na Diretiva, acompanhando na íntegra o entendimento do Supremo Tribunal da Espanha, porém, registrou sua incompetência para interpretação do direito interno de um Estado-Membro<sup>49</sup>.

No que tange aos pressupostos de validade da Diretiva, em especial sobre o artigo 3º, nº 1, informa a Comissão que se trata de um “critério ou teste geral”, além dele, consta, em anexo, uma lista, não exaustiva, de cláusulas abusivas, bem como a necessidade de observância dos “**requisitos de transparência**”<sup>50</sup>, significando que o “profissional” deve redigir o contrato de modo claro e compreensível<sup>51</sup>, apesar de reconhecer que não resulta automaticamente do caráter abusivo, contudo, entende como sendo um indicativo que deve ser considerado pelo julgador<sup>52</sup>. Sintetiza, afirmando que cabe ao tribunal nacional, tendo-se em conta as circunstâncias do caso, verificar se as exigências da boa-fé, do equilíbrio e dos requisitos de transparência foram devidamente respeitados, inclusive de forma oficiosa<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> “A Diretiva 93/13 deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma jurisprudência nacional, como a do Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha) em causa no processo principal, segundo a qual uma cláusula não negociada de um contrato de mútuo celebrado com um consumidor que fixa a taxa de juros de mora é abusiva por impor ao consumidor, em caso de mora, uma indemnização de montante desproporcionalmente elevado, se essa taxa exceder em mais de dois pontos percentuais a taxa de juros remuneratórios prevista no contrato.” Disponível em: [curia.europa.eu/juris/document/](http://curia.europa.eu/juris/document/). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>49</sup> Veja ponto 57 da decisão e no mesmo sentido, processo C-507/15.

<sup>50</sup> “A falta de transparência não resulta automaticamente no caráter abusivo de uma determinada cláusula contratual nos termos do artigo 3º, nº 1, da DCCA. Tal significa que, após ser estabelecido que uma cláusula contratual abrangida pelo artigo 4º, nº 2, «não está redigida de modo claro e compreensível», o seu caráter abusivo normalmente ainda tem de ser avaliado ao abrigo dos critérios do artigo 3º, nº 1. Em contrapartida, a falta de transparência não é um elemento indispensável na avaliação do caráter abusivo nos termos do artigo 3º, nº 1, pelo que também as cláusulas contratuais perfeitamente transparentes podem ser abusivas nos termos do artigo 3º, nº 1, tendo em conta o respetivo conteúdo desequilibrado.”. Chama-se à atenção

<sup>51</sup> Veja artigo 4º, n. 2 e artigo 5º, ambos da Diretiva e processo C-92/11.

<sup>52</sup> No DL nº 446/85 os “requisitos de transparência” (informação e compreensão) são causa imediata do caráter abusivo, conforme determina o artigo 8º.

<sup>53</sup> Conforme decisão do TJUE, no processo nº C-244/98, que aduz: “1) A protecção que a Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, garante a estes implica que o juiz nacional



Antes de prosseguir, cabe ressaltar a disposição contida no considerando 19 da Diretiva, que pede-se *vênia* para transcrever, pela sua importância em relação ao tema central deste estudo, a saber: “no caso de contratos de seguros, as cláusulas que definem ou delimitam claramente o risco segurado e o compromisso do segurador não são objeto de tal apreciação desde que essas limitações sejam tidas em conta no cálculo do prêmio a pagar pelo consumidor;”. O ordenamento jurídico português não transpôs essa parte, que tem sua referência no artigo 4º, nº 2. E o fez bem, pois não é razoável que se espere que o consumidor claramente entenda o alcance das cláusulas que delimitem o risco segurado, podendo, diante das inúmeras restrições, desnaturar o objeto contratual<sup>54</sup>.

Outra constatação registrada pela Comissão diz respeito à abstenção, em geral, do TJUE na avaliação final do caráter abusivo de uma cláusula contratual específica, procedendo o reenvio ao tribunal nacional, entretanto, aduz que há casos de interpretações em relação à abusividade do caso concreto.

Propriamente sobre o critério de concretização da boa-fé objetiva<sup>55</sup>, destaca-se o entendimento do TJUE, para o qual a compreensão da existência do desequilíbrio importa verificar se o profissional, ao tratar de forma leal e equitativa com o consumidor, podia razoavelmente esperar que ele aceitaria a cláusula em questão, na sequência de uma negociação individual.

---

possa apreciar oficiosamente o carácter abusivo de uma cláusula do contrato que lhe foi submetido quando examina a admissibilidade de uma acção instaurada perante os órgãos jurisdicionais nacionais.”. No mesmo sentido, dentre outros, processos C-618/10 e C488/11.

<sup>54</sup> Como bem adverte Inês Oliveira Martins: “a complexidade da conformação do produto “seguro” leva a que o adquirente médio tome apenas em consideração, na sua escolha no mercado, as características verdadeiramente nucleares do contrato”. MARTINS, Maria Inês de Oliveira. O controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais no contrato de seguro. Estudos de Direito do Consumidor. vol. 10. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2016, p. 233.

<sup>55</sup> No caso envolvendo contratação de crédito com determinada divisa estrangeira para aquisição de bens imóveis, entendeu o TJUE, no processo C-186/16, que incumbe ao tribunal nacional “avaliar, à luz de todas as circunstâncias do processo principal, e tendo em conta nomeadamente a experiência e os conhecimentos do profissional, neste caso o banco, no que diz respeito às possíveis variações das taxas de câmbio e aos riscos inerentes à subscrição de um empréstimo em divisa estrangeira, num primeiro momento, o possível desrespeito da exigência de boa-fé e, num segundo momento, a existência de um eventual desequilíbrio significativo, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13.”. Ficou explícita a preocupação do TJUE sobre o banco agir ou não de boa-fé, pois mediante seu conhecimento do mercado financeiro, a contratação em outra moeda (divisa) lhe geraria maior lucratividade pela variação cambial, fatalmente, o consumidor, por ser leigo, estaria, sorrateiramente, sofrendo um desequilíbrio significativo nas prestações do empréstimo.

Cumpre, também, destacar a afirmação do TJUE em outro julgamento: “resulta do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 93/13, bem como da sua economia geral, que o objetivo da diretiva não é tanto o de garantir um equilíbrio contratual global entre direitos e obrigações das partes, mas é mais o de evitar a ocorrência de um desequilíbrio entre esses direitos e obrigações em detrimento dos consumidores”<sup>56</sup>. Esse ponto se torna importante porque dele se consegue entender a real intenção da regra, qual seja, atuar no momento que se identificou um desequilíbrio contratual ao consumidor. A cláusula abusiva pode estar inserida no clausulado, entretanto, não foi objeto de análise, por exemplo, porque o contrato atingiu sua finalidade, sem intercorrências e dentro da legítima expectativa das partes<sup>57</sup>.

Com efeito, a Comissão Europeia explica que cabe aos tribunais nacionais realizar, em primeiro lugar, uma comparação<sup>58</sup> das normas complementares do direito nacional com a cláusula contratual em disputa, no intuito de verificar se a situação coloca o consumidor em posição desfavorável, ao ser aplicado o direito dos contratos ou eventual legislação especial. Afirma, com respaldo no TJUE<sup>59</sup>, que o desequilíbrio significativo representa uma lesão suficientemente grave, porém, não aferido somente através de um expressivo impacto financeiro, podendo ocorrer transferências ilegais de obrigações, as quais individualmente, podem conter valores irrisórios, mas coletivamente

---

<sup>56</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), 07 de agosto de 2018, processos apensos: C-96/16 e C-94/17 – ponto 69.

<sup>57</sup> Pontua-se, para fins meramente de registro, que é possível a discussão de eventual desequilíbrio contratual mesmo após a conclusão do contrato.

<sup>58</sup> Processo C-415/11, publicado no Jornal Oficial da União Europeia, C-145, de 18 de maio de 2013. Da decisão consta: “2. O artigo 3º, nº 1, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que: — o conceito de «desequilíbrio significativo» em detrimento do consumidor deve ser apreciado através de uma análise das regras nacionais aplicáveis na falta de acordo entre as partes, para avaliar se e em que medida o contrato coloca o consumidor numa situação jurídica menos favorável do que a prevista no direito nacional em vigor. De igual modo, afigura-se pertinente, para este efeito, proceder a um exame da situação jurídica em que se encontra o referido consumidor, atendendo aos meios de que dispõe, ao abrigo da legislação nacional, para pôr termo à utilização de cláusulas abusivas;”.

<sup>59</sup> Processo C-226/12: “21. É através de uma análise comparativa deste tipo que o tribunal nacional poderá avaliar se e, sendo caso disso, em que medida o contrato coloca o consumidor numa situação jurídica menos favorável do que a prevista no direito nacional em vigor [...]. 22 Afigura-se, assim, que a questão de saber se tal desequilíbrio significativo existe não se pode limitar a uma avaliação económica de natureza quantitativa, assente numa comparação entre o montante total da transação que foi objeto do contrato, por um lado, e os custos imputados ao consumidor por essa cláusula, por outro.”.

representam uma vantagem para o profissional, além, na origem, serem ilícitas. Pode, ainda, o desequilíbrio significativo ser constatado por colocar o consumidor em uma situação jurídica que lhe restrinja direitos, ou impeça o exercício deles, ou mesmo lhe imponha uma obrigação adicional, ou até lhe transfira o risco inerente da atividade econômica.

Neste contexto, passa-se para uma análise prática<sup>60</sup>, tendo como referência os entendimentos acima expostos, com a intenção de evidenciar e compreender a licitude ou ilicitude de uma cláusula delimitadora negativa da prestação inserida no contrato de adesão de seguro de saúde.

Em Portugal a cláusula delimitadora negativa da prestação de “check up” não é considerada abusiva, inclusive consta no sítio eletrônico da ASF como sendo uma “exclusão” aceitável, portanto, se extrai que não há normativo legal específico no direito interno que impeça sua delimitação.

Ao delimitar negativamente que o consumidor realize, às expensas do segurador, o “check up” deve ser considerado como uma restrição de direito? A função básica e social do “check up” é de prevenção, todos os exames, individualmente, que compõem o “check up” fazem parte da cobertura de cuidados de saúde, ou seja, podem ser realizados mediante pedido médico de forma individualizada e não global. Restringir o acesso à prevenção, transferindo ao consumidor, caso queira se prevenir, os custos dos exames de maneira particular, permite, a princípio, configurar como um desequilíbrio significativo.

A Diretiva impõe que para configurar o caráter abusivo (art. 4º, n. 1), deve observar a função da natureza dos serviços (prevenção, reabilitação e recuperação da saúde), mediante as circunstâncias (compreensão do alcance da delimitação) e todas as outras cláusulas (realização dos exames individualmente). Em que pese a cláusula delimitadora negativa da prestação de “check up” possa estar nítida, destacada, e mesmo que compreensível para a maioria dos consumidores, haja vista ser uma expressão utilizada com o tempo alargado, o verdadeiro alcance dos seus efeitos é nefasto para toda sociedade, inclusive

---

<sup>60</sup> Ressalte-se que em pesquisa realizada junto a base de jurisprudência do TJUE, com a inserção da expressão “desequilíbrio significativo” e, também, “seguro de saúde”, não foi identificado nenhum acórdão específico sobre pedido decisão prejudicial, nos termos do artigo 267º TFUE, para interpretação da Diretiva 93/13 envolvendo cláusula limitativa de prestação de cuidados de saúde. Há jurisprudência envolvendo a Diretiva 2011/24 (direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços) com relação a reembolso de despesas realizadas sem autorização prévia.

economicamente, em virtude da mutualidade entre os partícipes do seguro, ou mesmo, *a posteriori*, vir a desaguar em tratamentos a serem suportados pelo SNS.

Digna de registro, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça<sup>61</sup>, que se utilizou do “desequilíbrio contratual” em detrimento do aderente consumidor para anular cláusula abusiva. Em resumo, consta do processo que o consumidor para provar a invalidez total e permanente teria que preencher inúmeros requisitos, além do laudo do médico da seguradora, sem a participação de um médico da família que o acompanha. Essa situação foi entendida como excessivamente favorável e desproporcional a posição da seguradora, com violação a boa-fé e transferência do risco para o consumidor, gerando um verdadeiro “desequilíbrio contratual”. Na sua fundamentação, o STJ entendeu pela aplicação da Diretiva 93/13, bem como do artigo 9º, n. 2, al. *b*) da Lei de Defesa do Consumidor e dos artigos 15º e 16º do DL nº 446/85.

Por último, da leitura atenta ao anexo da Diretiva, não se identificou cláusula exclusiva que proíba a delimitação de prestações de cuidados de saúde, como de fato era de se esperar, pois versam sobre objetos e efeitos gerais, todavia, alerta-se para a possibilidade de aplicação da alínea *b*), eis que pode, indevidamente, ocorrer a inexecução do contrato (não autorização para realização dos cuidados de saúde, baseado em cláusula abusiva), e, ainda, da alínea *k*), por exemplo, excluir, unilateralmente, sem qualquer aviso ao consumidor e com justa causa, profissional médico ou estabelecimento de saúde da sua rede conveniada. A relação médico-paciente é de confiança, o segurador ao descredenciá-lo, sem justo motivo, pode ocasionar danos aos consumidores em virtude do acompanhamento clínico que se desenvolvia com aquele determinado profissional. Lado outro, o consumidor pode se sentir lesado porque escolheu contratar com o segurador pois figurava no seu catálogo da rede conveniada determinado estabelecimento de saúde.

Em especial, sobre o anexo, o TJUE<sup>62</sup> entende que seu conteúdo não

---

<sup>61</sup> Processo nº6659/09.6TVLSB.L1.S1, de 24/04/2014. Veja, também, o processo nº 1246/10.9TJLSB.L1.S1, de 10/04/2014 que utilizou a expressão “desequilíbrio desproporcionado” e, ainda, o processo nº 240/11.7TBVRM.G1.S1, de 27/09/2016, usando ambas expressões.

<sup>62</sup> Processo C-472/10: “*apesar de o conteúdo do referido anexo não ser suscetível de determinar automaticamente e por si só o caráter abusivo de uma cláusula contestada, constitui, porém, um elemento essencial com base no qual o tribunal competente pode avaliar o caráter abusivo dessa cláusula.*”. Pode-se dizer que se equipara a lista cinza, cabendo a intervenção judicial para o devido preenchimento de valoração da boa-fé objetiva, no caso concreto. Havendo no Estado-Membro a lista negra, como no caso de Portugal e Alemanha, tornar-se automático. Consulte o processo C-143/13.

determina automaticamente o caráter abusivo, devendo ser avaliados os pressupostos de validade dos artigos 3º, nº 1 e 4º da Diretiva<sup>63</sup>.

A dimensão funcional do princípio da boa-fé no controle de conteúdo da validade da cláusula contratual, a teor do que dispõe a Diretiva 93/13, impõe ao julgador analisar o “desequilíbrio significativo” gerado ao consumidor, mas não meramente sob o prisma econômico-financeiro, com também, de forma geral, quando restringe direitos, dificultando a efetividade do objeto do negócio jurídico.

### 5.3. O diploma legal português: Decreto-Lei nº 446/85

A primeira versão do Decreto-Lei nº 446/85, intitulado de Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, entrou em vigor no ano de 1986<sup>64</sup>, explicado por Ana Filipa Antunes que o referido diploma legal foi inspirado no *regime alemão*, conhecido como a lei AGB-Gesetz de 1976<sup>65</sup>, tendo os *Professores Almeida Costa e Menezes Cordeiro* contribuído para sua redação.<sup>66</sup> Fato importante foi a revogação do regime alemão em virtude da reforma do Código Civil (BGB), ocorrida a partir de 2002, sendo que o tema sobre a elaboração de obrigações contratuais padronizadas foram nele inseridas.

Em 1995, por meio da publicação do Decreto-Lei nº 220/95, sofreu sua primeira modificação em virtude da Diretiva da União Europeia 93/13, porém, como explicou o legislador, sem grandes alterações, eis que as regras vigentes eram *mais exigentes e rigorosas*<sup>67</sup>, mas valeu-se da oportunidade para

---

<sup>63</sup> Veja o processo C-478/99.

<sup>64</sup> O artigo 36º determinou como *vacatio legis* o prazo de 120 dias após sua publicação.

<sup>65</sup> Corroboram com essa afirmativa: Inocêncio Galvão Teles, “Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia Sobre as Cláusulas Abusivas”, 1995, p. 297 e Carlos Ferreira de Almeida e Rui Pinto Duarte, “Cláusulas Contratuais Gerais Abusivas (Introdução)”, 2007, p. 7. PRATA, Ana. Contratos de adesão e cláusulas gerais: anotações ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 63.

<sup>66</sup> Ana Filipa Morais Antunes ensina que “A originalidade do diploma e a redacção do mesmo deveu-se aos contributos dos Senhores Professores Almeida Costa e Menezes Cordeiro que, inspirando-se embora no regime alemão (AGB-Gesetz), souberam adaptar o normativo ao quadro jurídico nacional e às especificidades aqui sentidas.” ANTUNES, Ana Filipa Morais. **Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais: decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 12.

<sup>67</sup> “Não se encontrou motivo para grandes alterações da disciplina entre nós consagrada, que, em muitos aspectos, se mostra mais exigente e rigorosa. Apenas se operaram, a bem dizer,

adequar à nova realidade econômica e social, bem como sobre a evolução da legislação e jurisprudência dos últimos dez anos.<sup>68</sup> Destaque importante para esse estudo para a eliminação da *al. c)* do nº 1, do artigo 3º do diploma, que versava sobre uma das exceções da não aplicação do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, nas “cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada”<sup>69 70</sup>. No ano de 1999, mais uma alteração<sup>71</sup>, bem pontual, com a inclusão do nº 2 no artigo 1º e nova redação do artigo 23º, versando sobre o direito aplicável, principalmente em razão dos contratos internacionais. Outra alteração ocorreu em 2001, através do Decreto-Lei nº 323/2001, somente em relação aos valores, de alçada (nº 2, art. 28º) e limite de sanção pecuniária (nº 1, art. 32º). A última atualização aconteceu recentemente com a publicação da Lei nº 32/2021, de 27 de maio, acrescentando a *al. i)*, como cláusula absolutamente proibida aquela “redigida com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15” e, no prazo de 60 dias, criar “um sistema administrativo de controlo e prevenção de cláusulas abusivas”<sup>72</sup>.

---

ajustamentos ou explicitações. Todavia, aproveitou-se o ensejo para efectuar, independentemente da directiva, vários retoques que pareceram oportunos. Foram ditados pelos quase 10 anos de vigência do diploma, pela modificação dos condicionalismos económico-sociais e até pela evolução normativa.” Texto extraído da introdução da versão original do Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de agosto. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>68</sup> No mesmo dia, 31 de agosto, ocorreu a publicação da Declaração de Rectificação nº 114-B/95, considerada a terceira versão.

<sup>69</sup> Revogado também o nº 2 do artigo 3º, a saber: <<2 – Quando, por força da alínea c) do número anterior, funcionem cláusulas contratuais gerais do tipo das que neste diploma são proibidas, podem as associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, as associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, actuando no âmbito das atribuições respectivas, ou o Provedor de Justiça, solicitar aos órgãos competentes as alterações necessárias.>>

<sup>70</sup> Acórdão do STJ, processo nº 852/13.4TBSTS.P1.S1, de 10/05/2016: “As cláusulas contratuais inseridas em contratos de seguro obrigatório, mesmo que correspondam às cláusulas uniformizadas por aprovação pelo ISP, estão sujeitas ao regime legal das Cláusulas Contratuais Gerais.”

<sup>71</sup> Decreto-Lei nº 249/99, de 07 de julho.

<sup>72</sup> A Lei nº 32/2021 avança para criar um controle administrativo abstrato das cláusulas contratuais gerais, sem necessidade de ações inibitórias, mas também não prejudicando sua propositura, bem como garantir que as decisões judiciais que declarem a cláusula proibida não sejam aplicadas por outras entidades.

Registre-se que a Lei n.º 3/2020, de 31 de março, que aprovou as Grandes Opções do Plano para 2020-2023 que integram as medidas de política e os investimentos que as permitem concretizar, elencou, no item 7.5. Proteção dos Consumidores, o seguinte: “Dar visibili-

### 5.3.1. Linhas basilares do diploma legal

Inicialmente, cumpre desde logo registrar que este diploma legal não está restrito às relações jurídicas de consumo<sup>73</sup>, no entanto, a maioria dos contratos de adesão<sup>74</sup>, onde é mais suscetível à presença de cláusulas abusiva<sup>75</sup>, são firmados tendo como parte contratante o consumidor, *v.g.*, fornecimento de água, energia elétrica, telefonia, internet, serviços bancários, dentre outros, contudo, nos interessa os seguros, melhor dizendo, as cláusulas contratuais gerais, inseridas pelo segurador de forma generalizada<sup>76</sup>, no contrato de adesão de seguro de saúde que delimitam negativamente às prestações de cuidados ao aderente.

A regra geral prevista no Código Civil é da liberdade contratual (art. 405º) que ao longo das décadas vem sofrendo constantes relativizações<sup>77</sup> em virtude da entrada em vigor, notadamente, de leis especiais, como é o caso do

---

dade adicional aos prestadores de bens e serviços que incluem cláusulas contratuais declaradas judicialmente como abusivas nos seus contratos de adesão;”.

<sup>73</sup> Cfr. Acórdão do STJ, de 07 de fevereiro de 2006 (Revista n.º 3659/05) – 6ª Secção “I- Não obstante a alteração introduzida no art. 1º do DL n.º 446/85, de 25-10 pelo DL n.º 24/99, de 07-07, a referência nesse normativo àqueles que tenham a qualidade de ‘destinatário’ abrange quaisquer contratos de adesão, com cláusulas gerais, independentemente de serem contratos de consumo ou outros contratos, nestes se incluindo os contratos entre empresários.” Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Acesso em: 5 nov. 2021.

<sup>74</sup> Ana Filipa Morais Antunes contextualiza a existência de dois grandes problemas nesta forma de contratação: “por um lado, a tutela da vontade, concretamente, da vontade formada em termos esclarecidos; por outro, a tutela do conteúdo, isto é, da justiça comutativa do contrato.”. ANTUNES, Ana Filipa Morais. Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais: decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 16.

<sup>75</sup> Sobre essa afirmação, consulte a obra: PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas gerais: anotações ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 43. A Autora cita outros autores com o mesmo entendimento: Isabel Afonso, Almeno de Sá, Yara Miranda e Rubens Stiglitz.

<sup>76</sup> “Generalidade opõe-se, neste sentido, a especificidade, pelo que estão em causa cláusulas que o predisponente pretende incluir em vários contratos e não apenas num contrato específico.” CARVALHO, Jorge Morais. O Regime Português das cláusulas contratuais gerais. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 135. ano 30. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2021, p. 259.

<sup>77</sup> Destaca-se na introdução do Decreto-Lei n.º 446/85 o seguinte: “4. As cláusulas contratuais gerais surgem como um instituto à sombra da liberdade contratual.” Para Mafalda Miranda Barbosa: “A realidade dos contratos de adesão implica forte limitações ao princípio da liberdade contratual. (...) tais limitações ocorrem por duas vias: a) uma via que poderíamos designar de real (...) b) uma outra que poderíamos designar de leal”. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Os contratos de adesão no cerne da proteção do consumidor. *Estudo de Direito do Consumo*. vol. 3. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2001, p. 391-392.

Decreto-Lei nº 446/85 e, também, do Decreto-Lei nº 72/2008<sup>78</sup>, que dispõe sobre o regime jurídico do contrato de seguro, inclusive esse fazendo remissão expressa para aplicação, no que couber, da legislação sobre as cláusulas contratuais gerais e de defesa do consumidor.

Nessa modalidade de contratação surgem duas hipóteses “pegar ou largar”, ou seja, aceitar as condições impostas na oferta pelo predisponente ou não contratar, eis que a característica marcante é não modificação, por negociação<sup>79</sup>, do conteúdo apresentado ao pretense tomador. Cumpre destacar o contido no seu artigo 7º, no qual as cláusulas negociadas prevalecem sobre as gerais, todavia, essa regra é de difícil implementação nas relações jurídicas com os consumidores finais, sobretudo na contratação de seguro de saúde, pois não há negociação. Há, todavia, a possibilidade do consumidor optar por incluir “módulos de cobertura” de cuidados de saúde, conhecidas como “condições especiais”, que agregam no valor do prêmio e sobrepõem às condições gerais.

Certo é que ninguém está obrigado a aderir ao contrato de seguro de saúde, trata-se de uma alternativa<sup>80</sup> ao SNS ou subsistemas próprios, entretanto, assumindo a sua autonomia de livremente pactuar, o Direito visa tutelar a relação jurídica firmada, buscando evitar situações censuráveis e abusivas. Como adverte Thomas Wilhelmsson, “num tal mundo ideal não haveria necessidade de restrições legislativas ao direito das partes de determinar o conteúdo do seu

---

<sup>78</sup> Saliente-se que no regime jurídico do contrato de seguro, a regra geral, também é a liberdade contratual: “Artigo 11.º Princípio geral. O contrato de seguro rege-se pelo princípio da liberdade contratual, tendo carácter supletivo as regras constantes do presente regime, com os limites indicados na presente secção e os decorrentes da lei geral.”

<sup>79</sup> Acórdão STJ, processo nº 2393/11.5TJLSB.L1.S1, de 10/04/2014: “III – O seu regime aplica-se também aos contratos de adesão ainda que alguns elementos de uma determinada cláusula, ou uma cláusula isolada, tenho sido objecto de negociação individual.”. Acórdão STJ, processo nº 13161/14.2T2SNT.L1.S1, de 05/05/2016: “27. A circunstância de as ditas cláusulas poderem ser negociadas não lhes retira a natureza de cláusulas contratuais gerais salvo prova de que o seu conteúdo resultou de negociação.”

Vale o registro que o nº 3 do artigo 1º impõe a obrigação de provar a negociação ao predisponente. Para detalhes veja em: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Regime dos Contratos de Adesão, 2007, p. 224 e PRATA, Ana. Contratos de adesão e cláusulas gerais: anotações ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 172: “o mesmo é dizer que, se o predisponente das cláusulas pretender a aplicabilidade de uma delas (ainda que de uma única cláusula se trate), que a contraparte conteste, terá desde logo e antes da apreciação da sua validade, para a não ver submetida às restrições deste diploma, de provar que ela foi efectivamente negociada e acordada”.

<sup>80</sup> De acordo com os dados divulgados pela ASF, existem atualmente 36 (trinta e seis) operadores de seguros autorizados para ofertar o seguro de saúde em Portugal.



contrato.”<sup>81</sup>, todavia, a realidade fática é totalmente inversa, exigindo a necessidade de controle, principalmente, do conteúdo.

Neste contexto, o próprio regime jurídico dos contratos de seguros, pormenoriza várias regras que devem ser observadas pelo segurador, visando a maior proteção para o tomador, inclusive sendo exigido a obrigatoriedade de redução a escrito da apólice e sua entrega, permitindo-se assim um pouco mais de efetividade a oponibilidade do conteúdo, principalmente sobre as cláusulas delimitadoras negativas da prestação, que devem ser inseridas com destaque para serem facilmente identificadas perante o extenso número de cláusulas que constam no contrato de adesão.

Daí, a importância deste diploma legal no ordenamento jurídico pátrio, que possibilita reverter distorções sobre todo<sup>82</sup> o conteúdo do contrato, principalmente na fase de execução, momento em que o consumidor almeja a prestação de cuidados de saúde e lhe é informado pelo segurador que a “cláusula Y” se constitui como uma desobrigação de arcar com as despesas de coberturas médicas, clínicas ou hospitalares pretendidas, portanto, delimita a cobertura aos cuidados, não permitindo que se exija o cumprimento da obrigação.

### *5.3.2. Pressupostos de validade procedimentais: dever de esclarecer e informar*

O legislador se preocupou em reforçar<sup>83</sup> a obrigação do dever de comunicar<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Completa o Autor “Uma vez que o contrato seria o compromisso acordado por duas partes racionais e livres, ele seria considerado justo e equilibrado de seus pontos de vistas. Assim, o direito contratual poderia permanecer neutro com relação ao conteúdo e livre da regulação das cláusulas contratuais.” WILHELMSSON, Thomas. Regulação de cláusulas contratuais. Trad. Ronaldo Porto Macedo Júnior. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 18. ano. 4. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1996, p. 14.

<sup>82</sup> Salvo às exceções do artigo 3º do referido diploma legal.

<sup>83</sup> O dever de informação ao consumidor sempre esteve presente nas legislações anteriores, v.g., Lei nº 29/81 e continua sendo exigida nas posteriores, veja na Lei nº 24/96 (artigos 6º a 8º) e Decreto-Lei nº 72/2008 (entre tantos, os artigos 18º, 23º, 29º, 78º, 178º e 185º).

<sup>84</sup> Decisões judiciais sobre o tema: Acórdão do STJ de 29 de Abril de 2010, processo n.º 5477/8TVLSB “I – Ao proponente cabe propiciar à contraparte a possibilidade de conhecimento das cláusulas gerais de um contrato de seguro, em termos tais que este não tenha, para o efeito, que desenvolver mais que a comum diligência. II – Se o autor assinou a proposta de seguro de acordo com a factualidade que não lhe foi devidamente explicitada, devem ter-se por excluídas do contrato as cláusulas que não tenham sido comunicadas, nos termos do art. 5º do dec.-lei 446/85.” – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de Maio de

e informar<sup>85</sup> pelo segurador, na fase pré-contratual<sup>86</sup>, bem como estabeleceu regras específicas de exclusão da cláusula contratual geral pela falta de observância deste dever.

---

2011, processo n.º 1002/08.4YBTNV.C1 – “IV – Querendo a Seguradora prevalecer-se de uma cláusula de exclusão da cobertura, constante da apólice, cabe-lhe, por força dos arts. 5º, n.º 3 e 6º, n.º 1 do DL n.º 446/85, o ônus da prova da comunicação adequada e efectiva e informação, como exigência do chamado ‘princípio da transparência’ e eu pressupõe o conhecimento completo e efectivo do clausulado pela contraparte.”. Disponíveis em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>85</sup> Decisões judiciais sobre o tema: Acórdão do STJ, de 28 de Abril de 2009, processo n.º 2/09.1YFLSB, 6ª Secção “I – Nos contratos de adesão por existir aceitação, não particularmente negociada pelo aderente, a lei visa a sua protecção, como parte contratualmente mais fraca, impondo de modo efectivo um dever de informação por parte do proponente; mesmo que o aderente se não inteire, cabalmente, do conteúdo contratual que aceita, a lei protege-o em relação ao proponente.” – Acórdão do STJ, de 20 de Março de 2012, processo n.º 1557/05.5TBPTL – “II – O regime proteccionista da LCCG (cf. DL n.º446/85, de 25-10, e sucessivas alterações), designadamente o dever de informar a que se refere o art. 6º daquele diploma não dispensa o consumidor de conduta diligente, zelosa e cuidada, que a boa fé aconselha e exige, mas também não onera o promotor das cláusulas de adesão com incumbência de tutela sobre o mesmo consumidor que o resguardem de negligência ou descuido. III- A violação do dever de informação pressupõe que o clausulado do contrato, independentemente da sua extensão e complexidade, não permita a compreensão do seu alcance, sem o recurso a esforço e diligência anormais.”. No mesmo sentido, Acórdão do STJ, processo n.º 306/10.0TCGMR.G1.S1, de 02 de dezembro de 2013 (cláusulas de seguro de vida que excluía benefício de invalidez após 70 anos, consumidor desconhecida o teor da cláusula). Por fim, o processo n.º 1250/13.5TVLSB. L1.S, de 05/06/2018 “I – O utente assume a qualidade de consumidor na relação com o prestador de cuidados de saúde, nos termos da Lei n.º 24/96, de 31 de julho que aprovou o regime legal aplicável à defesa do consumidor (Lei do Consumidor). II – O utente tem o direito a ser informado atempadamente pelo prestador dos cuidados de saúde sobre os serviços e valores a pagar; III – Se o utente – com conhecimento do prestador de cuidados de saúde – celebrou um determinado contrato de seguro que financia a prática de atos médicos em determinado estabelecimento hospitalar, deve ser esclarecido pelo prestador sobre a possibilidade de vir a ter que suportar algum custo, relativamente aos cuidados de saúde que lhe vierem a ser ministrados.”. Disponíveis em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>86</sup> Marisa Monteiro explica que: “a preocupação da LCS em atribuir ao segurador uma série de deveres de cuidado que deverá observar na fase pré-contratual, sob pena de não invocar, ao longo da execução do contrato, o incumprimento do dever de informação do tomador ou segurado.” MONTEIRO, Marisa Silva. O contrato de seguro de saúde. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 15. Coimbra: Centro de Estudos do Consumo, 2019, p. 229.

Com efeito, destacam-se as *al. a)*<sup>87</sup> e *b)* do artigo 8º<sup>88</sup>, que possibilitam a exclusão da cláusula do clausulado por ausência de comunicação ou informação<sup>89</sup>. Decidindo-se pela eventual exclusão<sup>90</sup>, a regra geral imposta é da preservação do contrato, todavia, pode ocorrer sua nulidade “por indeterminação insuprível de aspectos essenciais” ou “desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa-fé”<sup>91</sup>.

Destaca-se, também, o contido no artigo 11º ao declinar sobre *cláusulas ambíguas*, nas quais a sua interpretação, alcance e sentido deve sempre prevalecer ao aderente e nunca ao predisponente, atendendo ao princípio *interpre-*

---

<sup>87</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães. Processo nº 295/10.1TBFLG.G1, 31/10/2012 “I – Excluída uma cláusula geral de um contrato de seguro de saúde que configura um contrato de adesão, por não ter sido comunicada ao tomador e segurados, deve por regra subsistir o contrato singular (...)”. <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/02CFAE050D0C5D9A80257AD7005A0041>. Acesso em: 05 nov. 2021

<sup>88</sup> “O direito à informação, tal como previsto no artigoº 8.º, da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, constitui para o prestador de serviços (ou vendedor, conforme o caso concreto), uma obrigação contratual. Assim, decorre do artigo 798.º, do Código Civil, que o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação, torna-se responsável pelo prejuízo que causar ao credor. (...) Ora, se o demandante tivesse sido informado, que os serviços que habitualmente lhe eram prestados a título de consulta, não estão abrangidos na consulta realizada através do seguro de saúde, poderia ter optado por outra solução, qualquer que ela fosse, nomeadamente fazer a consulta com outro médico. Uma vez que não foi informado, como deveria ter sido, não teve oportunidade de escolher e assim teve uma despesa com a qual não contava, pelo qual deve ser indemnizado. Se, porventura, nesta consulta, foram feitos outros exames, não realizados nas consultas anteriores, não tendo o demandante sido informado acerca dos mesmos, de modo a dar o seu assentimento, tem o direito de recusar o pagamento dos mesmos, se fosse o caso, sem prejuízo do prestador desses serviços vir a requerer eventual indemnização por outra via, com outro fundamento.” Trecho da Sentença do Julgado de Paz, processo nº 244/2011-JP, datado de 24/07/2011. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/cajp.nsf/-/1F60D5C91DB04CDE80257AF60057B56A>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>89</sup> Acórdão STJ, processo nº 306/10.0TCGMR.G1.S1, de 02/12/2013: “III – O dever de informação assume uma natureza personalizada e abrange a extensão da cobertura dos riscos e a medida exacta dos direitos e obrigações previstos no contrato, pressupondo iniciativas da empresa utilizadora e não apenas um papel passivo desta. (...) V – Não cumpriu o dever de informação, a empresa utilizadora que não demonstra ter chamado a atenção do aderente, de forma especial, para uma cláusula prejudicial aos interesses deste.”

<sup>90</sup> Para Mário Frota são cinco os requisitos que devem ser cumpridos sob pena exclusão da cláusula: (i) “Cognoscibilidade”; (ii) “Legibilidade”; (iii) “Inteligibilidade”; (iv) “Contextualidade” e (v) “Vinculatividade”. FROTA, Mário. Os contratos de consumo – Realidades sociojurídicas que se perspectivam sob novos influxos. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 37. ano. 9. p. 9-24. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2001, p. 14-15.

<sup>91</sup> Cf. Artigo 9º do Decreto-Lei nº 446/85, 25 de Outubro.

*tatio contra proferentem*<sup>92</sup>.

Por mais que o contrato de seguro de saúde em si seja complexo, por conter vários termos técnicos relacionados à medicina, cabe ao segurador o constante aprimoramento<sup>93</sup> nestas comunicações para atender o *modo adequado* exigido pela lei, particularmente em relação a efetiva utilização dos serviços contratados. . Percebe-se pelo contido na lei que o ônus da “adequada e efectiva”<sup>94</sup> comunicação cabe ao segurador. Em que pese serem conceitos jurídicos indeterminados, o n.º 2, do artigo 5.º, do DL n.º 446/85, estabelece alguns critérios além do “modo adequado” que visam nortear o intérprete, ao dizer sobre “antecedência necessária”, a “importância do contrato”; a “extensão e complexidade das cláusulas”. No caso concreto, o julgador deverá verificar se esses critérios foram atendidos pelo segurador, no intuito de garantir a comunicação “adequada e efectiva” do aderente.

Não adianta inserir no contrato escrito, com as letras destacadas, que há delimitação negativa da prestação de cuidados de saúde, por exemplo, para tratamentos experimentais, sem, contudo, deixar de explicar o seu significado,

---

<sup>92</sup> Acórdão do STJ, processo n.º 4456/16.1T8VCT.G2.S1, de 11/11/2020: “III. As declarações negociais que correspondam a negócios de carácter formal, como o contrato de seguro, além de serem interpretadas sob o prisma do declaratório normal, nos termos do art. 236.º, n.º 1, do CC, não podem valer com um sentido que não tenha no respetivo texto um mínimo de correspondência, nos termos do art. 238, n.º 1, do CC; e, tratando-se de cláusulas contratuais gerais afetadas por alguma ambiguidade, em caso de dúvida, terão o sentido mais favorável ao aderente, como ocorre com o segurado num contrato de seguro de grupo (art. 11.º do DL n.º 446/85, de 25-10).

<sup>93</sup> Decisões judiciais sobre o tema: Acórdão do STJ de 29 de Abril de 2010, processo n.º 5477/8TVLSB “I – Ao proponente cabe propiciar à contraparte a possibilidade de conhecimento das cláusulas gerais de um contrato de seguro, em termos tais que este não tenha, para o efeito, que desenvolver mais que a comum diligência. II – Se o autor assinou a proposta de seguro de acordo com a factualidade que não lhe foi devidamente explicitada, devem ter-se por excluídas do contrato as cláusulas que não tenham sido comunicadas, nos termos do art. 5.º do dec.-lei 446/85.” – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de Maio de 2011, processo n.º 1002/08.4YBTNV.C1 – “IV – Querendo a Seguradora prevalecer-se de uma cláusula de exclusão da cobertura, constante da apólice, cabe-lhe, por força dos arts. 5.º, n.º 3 e 6.º, n.º 1 do DL n.º 446/85, o ônus da prova da comunicação adequada e efectiva e informação, como exigência do chamado ‘princípio da transparência’ e eu pressupõe o conhecimento completo e efectivo do clausulado pela contraparte.”. No mesmo sentido, Acórdão do STJ, processo n.º 306/10.0TCGMR.G1.S1, de 02 de dezembro de 2013 (cláusulas de seguro de vida que excluía benefício de invalidez após 70 anos, consumidor desconhecida o teor da cláusula). Todos disponíveis em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>94</sup> Artigo 5.º, n.º 3 do DL n.º 446.85.

ou seja, trata-se de tratamento que não foi, ainda, reconhecido pela sociedade médica ou pelos órgãos públicos. Outro exemplo, o consumidor que escolheu firmar contrato com o segurador “Medmax”<sup>95</sup> por constar o Hospital “Maxmed” na sua rede conveniada, sendo um hospital que goza de excelente reputação pelos consumidores e está localizado bem próximo a sua morada. Após alguns meses de vigência do contrato, por estar com sintomas frequentes (fortes dores intermitentes no abdômen) compareceu no referido hospital para receber os devidos cuidados, contudo, ao apresentar o cartão de identificação do seguro lhe foi informado que não poderia ser atendido através daquele segurador, e sim de forma particular, pois o contrato existente entre o segurador e o hospital havia sido rescindido há menos de um mês. Diante das fortes dores resolveu realizar a consulta e que culminou na sua hospitalização por três dias, gerando uma fatura de pagamento com valores avultados. Passados uns dias, recebeu resposta da sua reclamação lhe sendo informando que a cláusula “X.30” permite ao segurador incluir ou excluir estabelecimentos de saúde (hospitais, clínicas, laboratórios) na sua rede conveniada, a qualquer tempo, sem aviso prévio aos tomadores de seguro.

A intenção do legislador, pense-se no ideal por ele perseguido, é que o aderente consiga compreender, no tempo e modo, todo o clausulado, destacando a condição de vulnerabilidade<sup>96</sup> quando se tem do outro lado o consumidor. Apesar da diversidade de consumidores que almejam a contratação do seguro de saúde, alguns com mais conhecimentos gerais que os outros, todos são presumidos como a parte mais fraca<sup>97</sup> desta relação jurídica, haja vista a falta de conhecimento deste complexo contrato.

Pedro Caetano Nunes<sup>98</sup> entende que o dever de comunicação “tem por finalidade a diminuição dos custos de investigação e da assimetria de infor-

---

<sup>95</sup> Nome fictício, bem como do hospital “Maxmed”.

<sup>96</sup> A parte final do nº 2 diz “por quem use de comum diligência”, porém, nas relações complexas de seguro de saúde a média, se auferida, não há dúvida que será muita baixa.

<sup>97</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica. p. 119-148. Sep. de “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano XX – Abril- Dezembro, nº 2-3-4. Coimbra: Livraria Atlântida, 1973, p. 131: “Importa, pois, procurar dar resposta à necessidade de protecção da parte mais fraca quanto aos problemas especiais levantados na contratação por adesão: o problema do conhecimento das cláusulas e dos efeitos contratuais e o problema da justiça do conteúdo contratual.”.

<sup>98</sup> NUNES, Pedro Caetano. Comunicação de cláusulas contratuais gerais. In: Estudos em homenagem do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida. (Comis. org. José Lebre de Freitas ... [et al.]). vol. 2: Direito dos contratos e das obrigações. Coimbra: Almedina, 2011, p. 529-530.

mação do aderente”, devendo ser interpretado que as “especiais exigências de comunicação” pelo predisponente acentue o conteúdo desfavorável, através de quatro aspectos: “extensão e complexidade; clareza e precisão; realce gráfico e comunicação oral complementar.”.

Neste prisma, o diploma legal atua visando garantir a igualdade material<sup>99</sup>, na busca da justiça comutativa do contrato para o aderente, lhe permitindo obter informações aclaradas para usufruir, quando necessitar, das prestações dos cuidados de saúde sem surpresas desagradáveis.

Chama-se à atenção para o dever de informação, em duas situações, a primeira prevista no artigo 18º do Decreto-Lei nº 72/2008 que estabelece, como regra geral, obrigação do segurador de prestar as informações das condições do contrato, entre elas, “exclusões e limitações de cobertura”, e a segunda contida no artigo 78º do mesmo diploma legal, relativamente ao seguro de grupo, que transfere ao tomador do seguro o dever de informar aos segurados, salvo disposição contratual em contrário, contudo, permanecendo como obrigação do segurador, quando solicitado pelo segurado, prestar as informações para a devida compreensão<sup>100</sup> do contrato.

Neste contexto, o Tribunal da Relação de Coimbra<sup>101</sup>, seguindo acórdão

---

<sup>99</sup> Essa é justamente a previsão contida no n. 1 do art. 9º da Lei 24/96, 31 de julho, que consagra: “O consumidor tem direito à proteção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes...”.

<sup>100</sup> Ana Prata, citando Garcia Amigo, explica que “há tipos contratuais em que as dificuldades de compreensão são deliberadamente acentuadas, como sucede, por exemplo, nos contratos de seguro, designadamente nas que determinam os riscos da cobertura e os que dela se encontram excluídos.”. PRATA, Ana. Contratos de adesão e cláusulas gerais: anotações ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 131.

<sup>101</sup> “Em abono interpretativo desse normativo o STJ sustentou que o segurado não poderá responsabilizar objetivamente o segurador pelo incumprimento, por parte do tomador do seguro, dos seus deveres de informação porquanto, existindo para o contrato de seguro de grupo um regime especial, será sempre de afastar “a aplicabilidade do regime das cláusulas contratuais gerais, definido genericamente pelo DL n.º 446/85, de 25-10, no que é incompatível com aquele. Assim sucede quanto à definição dos sujeitos do dever de informação.”. E, por conseguinte, socorrendo-se do disposto no art. 79º do RJCS que dispõe que “o incumprimento do dever de informar faz incorrer aquele sobre quem o dever impende em responsabilidade civil nos termos gerais.”, esse mesmo acórdão concluiu que o incumprimento dos deveres de informação por parte do tomador de seguro não é desprovido de sanção sendo ele responsável pelos prejuízos que causar ao segurado. Igualmente muitas outras decisões do STJ repetiram esta ideia de que, embora as cláusulas das condições gerais do contrato estejam sujeitas ao regime previsto no Dec. Lei n.º 446/85, de 25/10, quando se esteja no âmbito de um seguro de grupo o dever de informação respetivo, salvo convenção em contrário, compete não à seguradora, mas antes à tomadora do seguro.” Processo nº 1531/19.4T8PBL.C1, de 12/10/2020.

do Supremo Tribunal de Justiça<sup>102</sup>, entendeu afastar o uso do Decreto-Lei n.º 446/85, especificamente sobre a exclusão de cláusula por inexistência de comunicação, sob o fundamento de que não cabe ao consumidor (segurado) imputar diretamente ao segurador prejuízos causados pela falta de informação, eis que com base no Decreto-Lei n.º 72/2008, regime especial, essa obrigação é transferida ao tomador de seguros.

Esse entendimento enfraquece ainda mais a desigualdade existente entre as partes, o consumidor deverá se socorrer ao tomador de seguro, em se tratando de seguro de grupo, na maioria é o seu empregador, para obter uma prova de que a informação ou comunicação recebida pelo segurador foi devidamente transmitida às pessoas seguras, para somente assim, conseguir uma eventual paridade de armas para buscar a tutela pretendida. O n.º 3 do artigo 78.º do referido diploma, impõe ao tomador do seguro de grupo o ônus da prova do fornecimento adequado das informações.

Importante ressaltar, eis que se aplica também aos contratos de adesão, que a norma imperativa das cláusulas contratuais gerais determina a eliminação (art. 8.º) do clausulado das cláusulas não comunicadas, não informadas e as “surpresas”.

Partindo da premissa que a comunicação e informação foram realizadas, ainda sim, cabe o controle do conteúdo, por ofensa aos pressupostos de validade substanciais, como a boa-fé, a ordem pública e a norma imperativa, em consonância com os mandamentos constitucionais de defesa do consumidor e abuso do poder econômico<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Assim o Acórdão do STJ, de 05/04/2016. Processo n.º 36/12.9TBALD.C1-A.S1, também o Acórdão do STJ, de 10/03/2016. Processo n.º 137/11.0TBALD.C1.S1: “Num seguro de grupo, não está vedado à seguradora opor ao segurado e aos beneficiários uma cláusula de exclusão do risco, no caso de a omissão do dever de informação e esclarecimento junto dos segurados ser exclusivamente imputável ao tomador de seguro”. O que bem se compreende, posto que “carece de fundamento normativo a pretensão de responsabilização objectiva da seguradora por um comportamento negligente exclusivamente imputável ao outro contraente” (o tomador do seguro), como já destacado no Ac. STJ de 25/06/2013, Proc. 24/10.0TBVNG.P1.S1 (Cons. Lopes do Rego).”

<sup>103</sup> Como advertiu Almeida Costa e Menezes Cordeiro: “Crê-se, porém, que se consagrou uma disciplina que encaminhará os tribunais e a ciência do direito para as soluções que correspondam à sempre ambicionada justiça material.” COSTA, Mário Júlio de Almeida e CORDEIRO, António Menezes. Cláusulas Contratuais Gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Coimbra: Almedina, 1986.

### 5.3.3. Pressupostos de validade substanciais: controle do conteúdo

O ponto de partida, sem dúvida, deve ser o artigo n.º 405<sup>104</sup> do Código Civil que versa sobre a liberdade contratual<sup>105</sup>, precisamente sobre a liberdade de estabelecer o conteúdo<sup>106</sup> do contrato. António Pinto Monteiro ensina que “a liberdade contratual, na sua vertente de liberdade de modelação do conteúdo contratual (*Gestaltungsfreiheit*), permite que cada parte decida livremente acerca dos deveres que assume, das obrigações que contrai, desde que obtenha o acordo do outro contratante”<sup>107</sup>. Entretanto, essa situação é cabível numa relação jurídica de igualdade, onde as partes discutem o conteúdo contratual para a devida conformação final do negócio jurídico.

Na contratação do seguro de saúde a realidade fática é diversa<sup>108</sup>, pois

---

<sup>104</sup> Art. 405º “1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente e o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.”

<sup>105</sup> Para Almeida Costa “traduz a amplitude deixada aos particulares para disciplinarem os seus interesses. Esta faculdade de auto-regulamentação, exprime-se, aqui no princípio da liberdade contratual ou da liberdade de contratar.” COSTA, Mario Julio de Almeida. Direito das obrigações. 12ª ed. ver. e act. (Manuais universitários). Coimbra: Almedina, 2011, p. 228. No direito brasileiro, tem-se, no Código Civil, o artigo 421 “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

<sup>106</sup> Almeida Costa pontua que “A regra consiste, pois, em os particulares, na área dos contratos, poderem agir por sua própria e autônoma vontade. Os limites que a lei imponha constituem a excepção.” Ibidem, p. 229. No mesmo sentido, Antunes Varela “A regra fundamental é a contida na primeira afirmação do texto – livre fixação do conteúdo dos contratos -, não sendo as outras duas proposições mais do que simples aplicações, desenvolvimentos ou explicitações do pensamento anterior.” VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. 10ª ed. rev. e actualiz., 11ª reimp. da ed. de 2000. Coimbra: Almedina: 2014, p. 231.

<sup>107</sup> MONTEIRO, António Pinto. MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas do conteúdo contratual. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. vol. 19 (2º semestre). Rio de Janeiro: **Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, 2001, p. 256-257.

<sup>108</sup> “A ordem jurídica pretende, assim, impedir o abuso da liberdade de conformação do contrato por parte do utilizador, que tipicamente se manifesta na contratação baseada em condições negociais gerais.”. SÁ, Almeno de. Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas. 2ª ed. rev. e aument., reimp. Coimbra: Almedina, 2005, p. 164. Para Joaquim Ribeiro Sousa “A consideração conjunta dos dados respeitantes à natureza e ao regime dos negócios com base em ccg leva-nos a concluir que, se eles são, apesar de tudo, contratos (daí a eficácia vinculativa das cláusulas que respeitam os especiais limites de conteúdo), não são contratos idênticos aos demais (daí a imposição desses limites).” SOUSA, Joaquim Ribeiro. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 266. Mais adiante, o mesmo autor, citando ensinamentos de WIEDEMANN, JZ (1990, 697), a respeito da necessidade do controle do



na sua quase totalidade, o consumidor não lê as cláusulas contratuais gerais, quando começa a lê-las cansa rápido ou compreende muito pouco ou nada, por isso a liberdade contratual foi relativizada<sup>109</sup>.

Neste desiderato, serão apontados os pressupostos de validade substanciais que devem ser observados pelo julgador no controle do conteúdo da cláusula e realizar o detalhamento de cada um deles, sempre na ótica da relação jurídica de consumo que envolve o contrato de adesão<sup>110</sup> de seguro de saúde.

Cabe destacar a imposição do artigo 10º do DL nº 446/85, que determina que a interpretação da cláusula deve ser harmonizada com as regras de interpretação dos negócios jurídicos (236º a 239º do CC), observando o contexto específico de cada contrato, o que reporta para a devida integração com a Lei de Defesa do Consumidor e com o Regime jurídico do contrato de seguro.

#### *5.2.3.1. Boa-fé objetiva: princípio normativo geral*

O Decreto-Lei nº 446/85, especificamente no seu artigo 15º<sup>111</sup>, impõe ao intérprete, como pressuposto de validade substancial primordial para o exercício do controle<sup>112</sup> incidental ou abstrato da cláusula, a avaliação de eventual

---

conteúdo, aponta três pontos para o debate: “a conformação unilateral pelo utilizador, a falta de autodeterminação do aderente e a disparidade de poder negocial.” *Idem*, p. 271.

<sup>109</sup> Cf. Antunes Varela “os fins visados por semelhantes restrições destacam-se o de assegurar a lisura e a correção com que as partes devem agir na preparação e execução dos contratos, o de garantir quanto possível a justiça real, comutativa (não a simples justiça formal expressa pela igualdade jurídica dos contraentes) nas relações entre as partes, o de proteger a parte que dentro da relação contratual se considera econômica ou socialmente mais fraca e o de preservar a integridade de certos valores essenciais à vida de relação, como sejam a moral pública, os bons costumes, a segurança do comércio jurídico e a certeza do direito.” VARELA, João de Matos Antunes, *op. cit.*, p. 248.

<sup>110</sup> A delimitação do contexto proposto é importante, pois não serão abordados alguns temas que envolvem as cláusulas contratuais gerais.

<sup>111</sup> Cumpre esclarecer que no início da vigência do Decreto-Lei nº 446/85, essa regra estava prevista no artigo 16º, porém, em 31 de agosto de 1995, por meio do Decreto-Lei nº 220/95, ocorreu alteração da organização sistemática do capítulo V, passando a ser o artigo 15º, razão pela qual, poderão ser encontradas citações doutrinárias, deste período, com menção ao artigo 16º.

<sup>112</sup> SOUSA, Joaquim Ribeiro. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 442, ensina que “Na doutrina alemã, em especial, é de uso designar a actividade de verificação do respeito por esses limites como o controlo do conteúdo (*Inhaltskontrolle*). A expressão (...) tem, mesmo,

contrariedade ao princípio da boa-fé<sup>113 114</sup>.

Almeida Costa e Menezes Cordeiro assinalam que se trata de um princípio orientador, vastamente repercutido no direito civil<sup>115</sup>, com duplo significado, o primeiro orienta o sujeito para se comportar conforme o direito, denominada de boa-fé subjetiva, o segundo, designada de boa-fé objetiva, que manifesta como uma regra de conduta<sup>116</sup>.

---

assento legal no § 8 da AGB-Gesetz. ”. Com a revogação da AGB-Gesetz, o texto foi incorporado no § 307 do BGB).

<sup>113</sup> Ana Filipa Antunes explica que o “legislador erige a boa fé como cláusula geral, como instrumento de salvaguarda dos interesses da parte negocial mais fraca; é o “princípio geral de controlo” [...] como critério, princípio normativo ou norma de conduta, que se impõe concretizar no caso concreto”. ANTUNES, Ana Filipa Morais. Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais: decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 239. Marco Dias diz “no problema do controlo do conteúdo das cláusulas, impostas ao aderente, que, na legislação portuguesa, surge a boa fé como limite e critério de avaliação do conteúdo das mesmas.”. O critério da boa fé no DL nº 446/85. Estudos de Direito do Consumidor. vol. 6. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2004, p. 438.

<sup>114</sup> Inês Oliveira Martins afirma que “o parâmetro central da valoração do conteúdo das cláusulas contratuais gerais é, perante o RJCCG, por influência germânica (veja-se, hoje, o §307, I do BGB), o da boa fé (art. 15º). (...) aqui o parâmetro a actuar, (...) como norma de validade de convenções privadas,”. MARTINS, Maria Inês de Oliveira. O controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais no contrato de seguro. Estudos de Direito do Consumidor. vol. 10. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2016, p. 235. Joaquim de Sousa Ribeiro é enfático ao dizer que o princípio da boa fé, como critério do controle do conteúdo, “é aqui chamado a desempenhar a não correspondente, na verdade, à sua função originária”, qual seja, a norma de conduta. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 542.

<sup>115</sup> Destaque para os artigos 227º (responsabilidade pré-contratual) e 239º, ambos contidos no Capítulo I – Negócio jurídico, além dos artigos 334º, 437º e 762º nº 2, todos do Código Civil português.

<sup>116</sup> “1. Firma-se a boa fé como princípio geral orientador das cláusulas contratuais gerais. Consagrada amplamente pela nossa lei civil básica, a boa fé assume um sentido duplo: ora significa a consciência ou convicção justificada do sujeito de ter um comportamento conforme ao direito – a boa fé subjectiva -, ora traduz uma regra de conduta – a boa fé objectiva.”. COSTA, Mário Júlio de Almeida e CORDEIRO, António Menezes. Cláusulas Contratuais Gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 1986, p. 39. Vale destacar que a boa-fé consubstanciada particularmente no artigo 227º do Código Civil exercia certo controle para determinadas cláusulas, porém, não se discutia a invalidade desta, mas sim, a repercussão dos danos sofridos pelo lesado, quando o lesante agia culposamente. Portanto, era incipiente para o devido controle das cláusulas contratuais gerais.

O princípio normativo<sup>117</sup> ou *preceito ético-jurídico*<sup>118</sup> da boa-fé, na sua vertente objetiva<sup>119</sup>, atua como uma regra a ser observada pelo julgador<sup>120</sup> para avaliar a licitude da cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde, cabendo analisar as regras de comportamento<sup>121</sup> das partes, ou seja, se agiram e agem com lealdade, honestidade e de forma correta, em todas as fases do contrato, principalmente quando se trata da efetiva execução do contrato de seguro de saúde, pois caso ocorra a não autorização<sup>122</sup> para a realização de um procedimento médico, clínico ou cirúrgico, bem como a recusa de eventual reembolso, baseado na interpretação unilateral do segurador de uma cláusula contratual geral, pode acarretar danos patrimoniais (desembolso de valores) e não patrimoniais (agravamento do estado clínico ou aflição e angústia) para o consumidor<sup>123</sup>.

Nesta esteira de raciocínio, atribui ao segurador que não insira cláusula contratual que contrarie a boa-fé<sup>124</sup> objetiva, buscando prevenir que obtenha

---

<sup>117</sup> “Importa focá-la, antes de tudo, no plano dos *princípios normativos*, ou seja, como intenção ou fundamento de efectivas soluções disciplinadoras. Aí se encontra a sua autêntica sede.” COSTA, Mário Julio de Almeida. *Intervenções Fulcrais da Boa Fé nos Contratos. Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 2. Coimbra: Centro de Estudos do Consumo, 2000, p. 359.

<sup>118</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10ª ed. rev. e actualiz., 11ª reimp. da ed. de 2000. Coimbra: Almedina: 2014, p. 250.

<sup>119</sup> DIAS, Marco. O critério da boa fé no DL nº 446/85. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 6. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2004, p. 437-452.

<sup>120</sup> O intérprete ou julgador deve prestar obediência ao artigo 10º do Código Civil português.

<sup>121</sup> “Traduz-se como regra de comportamento leal e diligente nas relações jurídicas, na amplitude de suas fases, destinada a todas as personagens do tráfico jurídico. Refere-se a princípio a um comportamento bilateral, de exercício de direitos e cumprimento de obrigações.” (tradução livre). DIEZ-PICAZO, Luis. Prólogo. Tradução de Jose Luis Carro. In. WIACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas, 1977, p. 12-13.

<sup>122</sup> Está ligado ao sinistro (artigo 99.º, na linha do artigo 1º), que «corresponde à verificação, total ou parcial, do evento que desencadeia o accionamento da cobertura do risco prevista no contrato». O sinistro deve ser entendido como qualquer utilização das garantias (delimitação positiva) do contrato. A não autorização pode ensejar a configuração do ilegítimo exercício de um direito, conforme previsto no art. 334º do Código Civil português: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”

<sup>123</sup> O texto não aborda os desdobramentos perante o instituto da responsabilidade civil por incumprimento contratual, baseando em discussão de licitude ou não da cláusula delimitadora negativa da prestação.

<sup>124</sup> Como ensina vários autores, destaque para a tese de doutoramento de António Menezes Cordeiro, “*Da boa fé no direito civil*”, a presença na *bona fides* (e antes a *fides*) no

vantagens exageradas no negócio jurídico pactuado. Vale advertir<sup>125</sup> que mesmo o predisponente agindo com lealdade, não violando regras de condutas, ou porque não previu os efeitos maléficis da cláusula por ele inserida, pode a cláusula ser considerada nula, pois o princípio atua como restrição à liberdade contratual (art. 405º) de autorregulação, corrigindo às injustiças contratuais porventura existentes, haja vista a inegável sobreposição de conhecimento entre as partes.

A boa-fé objetiva na sua função criadora de deveres laterais<sup>126</sup>, gera obrigações acessórias, que devem ser observadas para não gerar injustiça contratual. Em pesquisa junto ao Supremo Tribunal de Justiça sobre contrato de seguro de saúde e boa-fé, deparou-se com o processo nº 02A2413<sup>127</sup>, que resumidamente, versa sobre negativa de reembolso para a consumidora que, na época da contratação, alegou que já havia sido submetida ao tratamento de varizes, sendo que o segurador incluiu nas condições especiais, *a posteriori* e sem qualquer aviso ou anuência dela, o seguinte texto: “com exclusão das patologias referidas”. Por violação à boa-fé, o segurador foi condenado ao reembolso das despesas e a reparação pelos danos não patrimoniais.

A doutrina é uníssona ao reconhecer se tratar de uma norma aberta<sup>128</sup>, de

---

direito romano, depois o Código Napoleão (art. 1.134), BGB de 1900 (§ 242) até os dias atuais nas várias codificações civis. Almeno de Sá afirma que “*O eixo fulcral do sistema é constituído pelo princípio da boa fé*”. SÁ, Almeno de. Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas. 2ª ed. rev. e aument., reimp. Coimbra: Almedina, 2005, p. 31. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 1999, p. 55: “significa agora que as pessoas devem ter um comportamento honesto, correcto, leal, nomeadamente no exercício dos direitos e deveres, não defraudando a legítima confiança ou expectativa dos outros.”

<sup>125</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, n.2. Lisboa: O.A., 2000 (abril), p. 586.

<sup>126</sup> “importa sublinhar o papel decisivo da boa fé no enriquecimento do conteúdo do contrato, mormente por constituir a matriz dos denominados deveres laterais, como os deveres de cuidado para com a pessoa e o património da contraparte, os deveres de informação e esclarecimento, etc.” MOTA PINTO, Carlos Alberto da; MONTEIRO, António Pinto e PINTO, Paulo Mota. Teoria Geral do Direito Civil, 5ª ed., reimp. da 4ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Gestlegal, 2020, p. 126

<sup>127</sup> Dados do processo: N.º Convencional: JSTJ000, Relator Azevedo Ramos, n.º documento: SJ200210010024131, data do Acórdão: 01/10/2002, por unanimidade, origem: Tribunal de Relação de Lisboa. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf?OpenDatabase>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>128</sup> Para Judith Martins-Costa “*a expressão boa-fé é uma expressão semanticamente vaga ou aberta e, por isso, carecedora de concretização*”. COSTA, Judith Martins. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. vol. 6. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2004, p. 86.

conceito indeterminado, geral, que “não se fornece ao julgador uma regra apta a aplicação imediata”<sup>129</sup>, remetendo-se para uma análise do caso concreto<sup>130</sup>. As regras específicas constantes do ordenamento jurídico (art.18º, 19º, 21º e 22º) constituem uma forma de facilitar e auxiliar o árdua tarefa do julgador, porém, com a evolução da sociedade surgem novos contratos, novas formas de contratação, impondo atuação mais detida na proteção dos consumidores através do controle do conteúdo das cláusulas contratuais gerais<sup>131</sup>.

Pela lente da boa-fé objetiva é possível enxergar, com mais nitidez, a correta e justa prestação de cuidados de saúde que o consumidor deve receber pelo segurador quando da contratação do seguro de saúde, evitando-se danos a parte mais fraca e enriquecimento para o profissional, pela não execução ou parcialmente execução do contrato, traduzindo-se no incumprimento contratual.

---

<sup>129</sup> COSTA, Mário Júlio Almeida da e CORDEIRO, António Menezes. Cláusulas Contratuais Gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro. Coimbra: Almedina, 1986, p. 39.

<sup>130</sup> “É importante frisar que toda decisão judicial encerra uma operação complexa de raciocínio, não podendo ser considerada como um fim último, mas, sim, como um destacado elemento no processo contínuo de resolver pendências no foro do direito. O Judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mais ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros” TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25. Já era essa a lição de Almeida Costa e Menezes Cordeiro “Tão-pouco deve ser encarada [decisão] uma solução que atenda, apenas, às características do caso concreto, colocando-se próxima da equidade: os valores fundamentais do direito ainda que só detectados em concreto, correspondem a vectores genéricos, referenciáveis em abstracto.”. Idem, p. 40. Ana Prata pontua que “Afigura-se claríssimo que, ao enunciar, como critério de apreciação da conformidade com a boa fé da cláusula, a ponderação dos ‘valores fundamentais de direito, relevantes em face da situação considerada’, só pode estar em causa a concreta situação, o que, se mais não fora, decorre transparentemente da aliena a) ao referir-se ao ‘contrato singular celebrado’. PRATA, Ana. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85. Coimbra: Almedina, 2010, p. 337.

<sup>131</sup> Na afirmação de Inês Oliveira Martins: “à regulação sobre ccg o escopo de proteger o aderente face a resultados desproporcionados derivados da conformação unilateral do clausulado pelo utilizador.”. MARTINS, Maria Inês de Oliveira. O controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais no contrato de seguro. Estudos de Direito do Consumidor. vol. 10. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2016, p. 229. A Autora informa que esta é a posição majoritária na doutrina alemã, indicando: “Harry Schmidt, “BGB § 307 Inhaltskontrolle”, Beck’scher Online-Kommentar BGB, Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (org.), Beck, Munique, 2015, disponível em <http://beck-online.beck.de> (04.07.2015), nm. 1.”. Idem, nota de rodapé 17.

Cabe ao julgador evidenciar se o segurador descumpriu o clausulado, gerou um desequilíbrio<sup>132</sup>, frustrou sua finalidade, rompeu a confiança por violação de uma cláusula abusiva, desempenhando-se assim uma atuação positiva na liberdade de modelação do conteúdo contratual imposto pelo predisponente, sendo a boa-fé objetiva um remédio para *soluções corretivas*<sup>133</sup>.

Atente-se que o controle do conteúdo do contrato de adesão de seguro de saúde a favor do consumidor, ao impedir e restringir eventual abuso, deve, também, balizar os interesses legítimos do mercado de seguros na busca pela equidade, para que o pêndulo da justiça não prejudique, de forma desarrazoada, essa atividade econômica crucial no atual cenário de prestações positivas dos cuidados de saúde, tendo a obrigação de garantir atendimento para um terço do total da população portuguesa.

Neste particular, cabe lembrar que se está tratando de uma contratação delicada, de forte apelo social, que visa prestar cuidados de saúde para a devida recuperação ou reabilitação do consumidor, no intuito de evitar o agravamento de uma doença e, a depender do caso, o risco de morte.

A liberdade contratual do segurador de saúde é inevitável, facilitando tráfego negocial com estímulo ao desenvolvimento econômico, todavia, diante do quadro jurídico normativo vigente sofre restrições, cabendo se ater as regras de condutas impostas pelo princípio normativo da boa-fé objetiva, em respeito a lealdade e solidariedade<sup>134</sup> contratual. É de ressaltar que mesmo havendo o

---

<sup>132</sup> Ruben Stiglitz afirma que a noção desequilíbrio, como caracterizador da cláusula abusiva, deve centrar sua incidência no princípio da onerosidade ou na máxima reciprocidade dos interesses, traduzindo esse princípio na comparação entre o proveito e o sacrifício, segundo critério de equivalência e reciprocidade. Para o Autor, a “inequivalência”, pressupõe as vantagens e proveitos obtidos pelo fornecedor, sobrecarregando as obrigações do consumidor, sem que haja um fundamento legítimo, em que preservaria o “princípio da máxima reciprocidade de interesses”. STIGLITZ, Rubén Sául. Contratos de consumo y cláusulas abusivas. *Estudo de Direito do Consumidor*. vol. 1. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999, p. 322.

<sup>133</sup> Sobre a atuação do juiz adverte Joaquim de Sousa Ribeiro que “Cabe-lhe, nessa situação, controlar se esse conteúdo é imputável à auto-responsabilidade do contratante prejudicado ou, antes, à sua impossibilidade fática de autodeterminação.” RIBEIRO, Joaquim Sousa. O Controlo do Conteúdo dos Contratos: uma nova dimensão da boa-fé. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. vol. 42. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005, p. 11/12.

<sup>134</sup> “Enfim, o diálogo entre a autonomia privada, boa-fé e função passa de uma das formas de dialética entre os princípios da liberdade e da solidariedade. (...) O equilíbrio e ponderação entre liberdade, igualdade substancial e solidariedade na órbita das obrigações exigem que o legislador e o julgador tenham sabedoria ao harmonizar as relações de crédito,

dirigismo contratual emanado por órgãos ou entidades públicas de regulação, não afasta da análise do julgador.

Entende-se que a principal incidência da boa-fé perante o controle do conteúdo dos contratos de adesão é, sem dúvida, servir de restrição à liberdade contratual, possibilitando o julgador efetivar correções necessárias no contrato, para tanto, afora as regras específicas em cada ordenamento jurídico (exemplo, art. 21º e 22º), inexistente um critério de concretização objetivo *standard* ou uma fórmula com fatores padronizados que estabeleça ser uma cláusula compatível com a boa-fé.

Almeno de Sá destaca que o diploma legal das cláusulas contratuais gerais não determina *imediato padrão objetivo*<sup>135</sup> optou o legislador, de forma genérica<sup>136</sup>, que “*são proibidas as condições gerais contrárias à boa fé*”. A lei alemã, AGB-Gesetz, ora revogada e que serviu de base para o referido diploma, ao contrário, estipulava esse padrão objetivo a ser observado na valoração judicial que reflete diretamente no aderente identificado como “prejuízo desproporcionado”<sup>137</sup>, atualmente, essa regra normativa vigora e está esculpida no §307 do BGB<sup>138</sup>. Com relação a lei alemã revogada, Harriet Christiane Zitscher afir-

---

sem que a excessiva liberdade aniquile a solidariedade e sem que a excessiva solidariedade destrua a liberdade contratual. Trata-se de proteger o eu (liberdade) sem que se descuide de nós (solidariedade).” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 6.

<sup>135</sup> SÁ, Almeno de. Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas. 2ª ed. rev. e aument., reimp. Coimbra: Almedina, 2005, p. 33. Cabe o devido registro que na Lei de Defesa do Consumidor, precisamente no seu artigo 9º, n. 2, b), é vedado ao fornecedor incluir cláusulas que originem “significativo desequilíbrio”, contudo, o n. 3, do mesmo artigo, diz que a “inobservância do disposto no número anterior fica sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais.”. Na Lei nº 29/81, revogada pela atual, não constava essa expressão, o que se presume para sua inclusão é o fato da publicação em 1993 da Diretiva sobre cláusulas abusivas.

<sup>136</sup> Para Almeida Costa “centram-se na boa fé, a que não se acrescentam outros parâmetros limitativos”. -. COSTA, Mário Júlio de Almeida. Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais. 2. ed. ver. e actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 24.

<sup>137</sup> Expressão de Karl Larenz copiada da nota de rodapé 35 do texto de: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Controlo do Conteúdo dos Contratos: uma nova dimensão da boa-fé. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. vol. 42. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005, p. 22.

<sup>138</sup> No BGB, a regra está contida no §307, I, 1, a saber: “As estipulações contidas em condições negociais gerais são ineficazes quando, contra os ditames da boa-fé, prejudicam de maneira inadequada a contraparte do utilizador.” (tradução livre). Essa mesma redação já estava prevista no nº1, do §9º da AGB-Gesetz, revogada. Destaca-se a presença da boa-fé nas

ma que “prejuízo desmedido” se trata de critério fundamental para o controle judicial<sup>139</sup>. Como informado no item 5.2, no direito europeu, para a devida proteção dos consumidores, consolidou também um padrão objetivo assinalado por “desequilíbrio significativo”<sup>140 141</sup>.

---

relações obrigacionais no §242 do BGB: “Paulatinamente, o §242 do BGB transformou-se no mais importante dispositivo do direito da obrigações, tendo sido um dos grandes responsáveis pela mitigação do formalismo legal, e ainda, pela estabilização das relações socioeconômicas nos dois períodos pós-guerra. Com fulcro nele, a jurisprudência encontrou novas soluções para situações também novas. Com efeito, nem mesmo a inserção do dispositivo no Livro das Obrigações constituiu fator de limitação à sua incidência, tendo afirmado Larenz que, tamanha sua importância, deve-se-ia ter por aplicável o §242 do BGB sempre que houvesse uma *vinculação jurídica*, e não apenas quando estivesse em pauta uma relação obrigacional.” GOMES, Elena de Carvalho. Entre o actus e o factum: os comportamentos contraditórios no direito privado. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, p. 20.

<sup>139</sup> “O §9º contém a cláusula geral que torna sem efeito a cláusula que contrariar o princípio da boa-fé, prejudicando de forma desmedida o parceiro contratual do estipulador. (...) Trata-se do critério fundamental para o controle judicial das AGB.” ZITSCHER, Harriet Christiane. Introdução ao direito civil alemão e inglês. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, 217.

<sup>140</sup> Diretiva 93/13/CEE, art. 3º, nº 1: “Uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.” Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31993L0013&from=PT>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>141</sup> Joaquim de Sousa Ribeiro é contrário, que para determinar uma cláusula abusiva, em relação ao controle de conteúdo, que se deva averiguar os padrões objetivos estipulados pela BGB e pela Diretiva, pois “implica, seguramente, numa apreciação puramente objectiva, identificar e medir efeitos vantajosos e desvantajosos que a cláusula prova. Se assim é, poderá entender-se que seria pleonástica e inútil uma referência expressa à boa fé também ela para fixar parâmetros atinentes ao conteúdo.” Adiante explica o A. que “que valoração do conteúdo do contrato, à luz dos ditames da boa fé, e identificação e qualificação de um desequilíbrio relevante são uma e a mesma operação. Não estamos perante a coexistência de dois factores autónomos, de aplicação cumulativa, mas perante um binómio incindível, em que cada um dos termos remete para o outro [...] As duas referências interpenetram-se e fundem-se num *único parâmetro de valoração*: o desequilíbrio normativamente relevante é aquele que se coloca em contraste com a boa fé.” RIBEIRO, Joaquim Sousa. O Controlo do Conteúdo dos Contratos: uma nova dimensão da boa-fé. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. vol. 42. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005, p. 19 e p. 21/22. Jorge Morais Carvalho, no nosso entender, manifesta a favor do padrão objetivo ao dizer que “há ainda um outro nível de controlo, que diz respeito ao conteúdo da cláusula. Se a cláusula puder ser qualificada como abusiva, é nula. O critério determinante para essa qualificação é o do desequilíbrio significativo em detrimento do aderente.”. CARVALHO, Jorge Morais. O Regime Português das cláusulas contratuais gerais, op. cit, p. 285. Cláudia Lima Marques ao



Não obstante a inexistência de critério<sup>142</sup> que determine a ineficácia de uma cláusula, o diploma legal português (art. 16º) traçou, em linhas gerais, algumas diretrizes<sup>143</sup>, diga-se, sem qualquer exaustão, a serem observadas pelo julgador para a devida concretização do princípio da boa-fé, a saber: (i) os valores fundamentais do direito, relevante em face da situação considerada; (ii) a

---

explicar sobre a entrada em vigor da Lei Francesa 95-96, de 1 de fevereiro de 1995, que alterou o *Code de la consommation*, referente as cláusulas abusivas, afirma que “Segundo o novo art. L. 132.1 (...) abusiva é a cláusula que tem por objetivo ou por efeito criar, em detrimento do não profissional ou consumidor, um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes do contrato. (...) Na nova legislação francesa a caracterização da abusividade da cláusula dá-se por um só critério: o desequilíbrio significativo entre direitos e obrigações das partes do contrato.” MARQUES, Cláudia Lima. Nova lei francesa sobre defesa do consumidor: a transformação da Diretiva Comunitária sobre cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 17. ano. 4. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 1996, p. 362-363. Almeno de Sá: “Para esse efeito, decisiva é a circunstância de a cláusula, contrariando as exigências da boa-fé, originar um significativo desequilíbrio, em detrimento do consumidor, entre os direitos e deveres das partes decorrentes do contrato.” SÁ, Almeno de. *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*. 2ª ed. rev. e aument., reimp. Coimbra: Almedina, 2005, p. 19. Para Marco Dias: “Será contrária à boa fé a cláusula cujo conteúdo provoque um desequilíbrio de interesses, prejudicando o aderente.” DIAS, Marco. O critério da boa fé no DL nº 446/85. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 6. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2004, p. 447.

<sup>142</sup> Nas palavras de Souza Ribeiro “São inteiramente silenciadas as medições valorativas requeridas pelo controlo do conteúdo em si mesmo considerado.” RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *A boa fé como norma de validade*. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 268. Ana Filipa Antunes reforça dizendo que “Revela, por isso, um apuramento em concreto da eventual ofensa à boa fé, muito embora essa indagação seja feita com base em critérios ou padrões abstractos, com seja o tipo de contrato.” ANTUNES, Ana Filipa Morais. *Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais: decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 248.

<sup>143</sup> O “Anteprojecto do Código do Consumidor”, apresentado no ano de 2006, manteve no artigo 217º as mesmas diretrizes do DL nº 446/85, enfatizando-se, apenas no artigo 6º “*Na concretização do princípio da boa fé dever-se-á especialmente ponderar, entre outros factores, a necessidade de assegurar a defesa do consumidor*.” Percebe-se a proposta legislativa, à época, e que deve continuar, impõe uma interpretação para a parte mais fraca da relação de consumo, para tanto, alerta-se que essas normas abertas, inclusive com a inserção de conceito jurídico indeterminado “entre outros factores”, podem guiar o julgador para o caminho da subjetividade. Almeno de Sá classifica as diretrizes como “*critérios instrumentais*”. SÁ, Almeno de. *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 35.

confiança<sup>144 145</sup> e (iii) a efetivação do objeto contratual<sup>146</sup>.

#### 5.2.3.1.1. Valores fundamentais do direito

Em que pese algumas críticas<sup>147</sup> da expressão “valores fundamentais do direito” – por ser condição intrínseca da invalidade do negócio jurídico<sup>148</sup> –, entende-se relevante fazer concisos apontamentos, na tentativa de aclarar sua aplicação no contexto da cláusula delimitadora negativa da prestação do contrato de adesão de seguro de saúde.

Na lição de Almeida Costa<sup>149</sup> e Menezes Cordeiro se trata de uma indi-

---

<sup>144</sup> Ensina Carneiro da Frada “aquele que crê firmemente em uma certa realidade, como quem espera por uma convicção mais moderada; como ainda o que chega a adotar um determinado comportamento, apesar de uma contingência que não domina, decidido a assumir o correspondente risco na expectativa de que ele não se concretize”. FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneira da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17-18. Para Luhmann “o modo mais efetivo de redução da complexidade social” LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Trad. Amada Flores. México: Anthropos, 1996, p. 14.

<sup>145</sup> Cumpre expor o entendimento de Marco Dias: “a tutela da confiança não é o critério, decorrente da boa fé, que permita avaliar adequadamente se uma cláusula é ou não abusiva. Por um lado porque apenas poderia actuar no caso de cláusulas que trássem as legítimas expectativas do aderente, sendo inútil quando as cláusulas fossem abusivas por outras razões. Por outro lado, porque a tutela da confiança falha o cerne do problema dos contratos por adesão, pois o que está em causa é a diferença de poder entre as partes, na conformação do clausulado contratual e os prejuízos injustificados (contrários à boa fé) sofridos pelo aderente por causa desta desproporção de poder negocial, e não a proteção da confiança deste.”. DIAS, Marco. O critério da boa fé no DL n.º 446/85. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 6. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2004, p. 445. Entende-se que o Autor não despreza a diretriz da confiança, porém, afirma que esse não é o critério definidor para avaliação do conteúdo abusivo.

<sup>146</sup> Ana Prata considera que “são expressões quase pueris, pela sua elementariedade.”. PRATA, Ana. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 330.

<sup>147</sup> Ascensão, José de Oliveira. *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, N.2. Lisboa: O.A. 2000 (abril), p. 589: “de tão óbvia e genérica, não traz por si nenhuma concretização.”. Marco Dias “Esta noção é, na verdade, muito vaga. Nela nada há que imponha que as manifestações da boa fé se traduzam sempre em norma de conduta.”. DIAS, Marco. O critério da boa fé no DL n.º 446/85. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 6. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2004, p. 444.

<sup>148</sup> CARVALHO, Jorge Morais. *Os contratos de consumo*. p. 512: “A referência é desnecessária (...) por aplicação ao artigo 280º do Código Civil.”.

<sup>149</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. *Cláusulas con-*

cação básica, porém, com relevância no caso concreto, restando determinado que o julgador deve “obedecer aos ditames da dogmática jurídica” não podendo decidir de *arbitrio*. O legislador, textualmente, reforça a necessidade de uma visão sistêmica do julgador, não viciada de subjetivismo, cabendo na concretização do princípio normativo ater-se a fazer justiça, analisando a possível existência de uma conformação desproporcional, mediante a ponderação dos interesses em jogo. Adiante, os mesmos autores enfatizam que os “valores fundamentais do direito, ainda que detectados em concreto, correspondem a vectores genéricos, referenciáveis em abstracto.”

Espera-se uma justiça comutativa<sup>150</sup> na análise da licitude da cláusula delimitadora negativa da prestação, validando a justeza da ordem jurídica para a devida harmonização dos interesses em conflitos, sem privilégios exacerbados, mesmo diante da relação de consumo que possui uma parte desigual, firmando-se uma segurança jurídica para todos.

#### 5.2.3.1.2. Confiança

Com relação a confiança<sup>151</sup> entre as partes, o legislador salientou alguns elementos<sup>152</sup> característicos que servem para auxiliar na interpretação do caso concreto, a saber: (i) sentido global das cláusulas; (ii) processo de formação do contrato e (iii) teor do contrato. Deve-se ater que a eventual violação da expectativa gerada está relacionada a “confiança objetiva” e não a individuali-

---

tratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Livraria Almedina, 1986, p. 40.

<sup>150</sup> Na explicação de Miguel Teixeira de Sousa a “justiça comutativa rege as relações (horizontais) entre os membros da comunidade e é relevante – segundo um princípio de proporcionalidade aritmética – para aferir quer o equilíbrio entre prestação e a contraprestação, que o *quantum* da reparação de qualquer violação do direito.”. SOUSA, Miguel Teixeira. Introdução ao direito. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 2018, p. 82.

<sup>151</sup> MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. In: Obra dispersa. Braga: Scientia Iuridica, 1991. LUHMANN, Niklas. Confianza. Tradução de Amanda Flores. Barcelona: Anthropos, 1996. FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro. Teoria da confiança e responsabilidade civil. Coimbra, Almedina, 2004.

<sup>152</sup> Menezes Cordeiro comenta que: “Trata-se de elementos importantes. Mostram que releva a confiança objectiva, alicerçada em elementos susceptíveis de serem partilhados por todos os intervenientes normais e não as meras expectativas subjectivas, eventualmente desenvolvidas pelo aderente.”. CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil Português, I, Parte geral, Tomo I, 3ª ed. aument. e inteiramente rev., reimp. da ed. de Março de 2005. Coimbra: Almedina, 2007, p. 274.

zada expectativa que o consumidor imaginou ou almejou ao ter contratado o seguro de saúde.

O consumidor, mesmo aquele com uma vulnerabilidade acentuada, tem a plena consciência que ao contratar um seguro de saúde não receberá todos os cuidados necessários às custas do segurador. Inclusive, transmitir essa compreensão faz parte do dever de comunicação, que deve ser reforçada na publicidade, na verbalização do agente de seguros e, principalmente, no texto contratual, para não pairar qualquer dúvida ao aderente e gerar uma falsa ideia das prestações convencionadas.

A verdadeira expectativa a ser gerada para os consumidores é a de que serão atendidos na rede conveniada, quando necessitar, com agilidade e presteza, porém, dentro dos parâmetros das prestações convencionadas, e, ainda, a depender da modalidade do contrato, de ser reembolsado das despesas realizadas com os cuidados de saúde, no menor prazo<sup>153</sup>. A contratação do seguro de saúde se presume pelo fato de o consumidor não querer depender, única e exclusivamente, do serviço público, devendo o segurador garantir o acesso e o suporte financeiro das prestações convencionadas através dos médicos, hospitais, clínicas, atingindo a finalidade do negócio jurídico celebrado<sup>154</sup>.

Ressalte-se que não há incutido na maioria dos cidadãos os cuidados com a prevenção<sup>155</sup> de doenças, e pior, em alguns contratos disponíveis para

---

<sup>153</sup> Na lição de Almeida Costa e Menezes Cordeiro: “As cláusulas contratuais gerais que ofendam a confiança legítima – portanto, a confiança não contrária a outros valores jurídicos ou aos deveres de indagação que no caso caibam -provocadas pelos referidos factores ou por outros elementos atendíveis não são opostas à boa-fé e, como tal, proibidas.” COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. Cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Livraria Almedina, 1986, p. 40.

<sup>154</sup> Luís Poças explica que “A relação de confiança assume, deste modo, um carácter objetivo e normativo: enquanto, em abstrato, uma das partes *deve* poder confiar na outra, este *deve* merecer a confiança daquela. Essa relação, assim configurada, é fonte de expectativas (para a parte tutelada) e de deveres (para a contraparte)”. POÇAS, Luís. Problemas e soluções de direito dos seguros. Coimbra: Almedina, 2019, p. 14.

<sup>155</sup> Não há também, na maioria das especialidades, estímulo financeiro para que os médicos desempenhem uma medicina preventiva, sendo sua principal remuneração pelos serviços para evitar a morte e não para permitir a longevidade. O mandamento constitucional “o direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover” tem mais razão na prevenção do que na recuperação ou reabilitação. De acordo com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no capítulo da Solidariedade, artigo 35º (proteção da saúde), determina: “Todas as pessoas tem o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais.”. (Jornal Oficial das

contratação em Portugal, o denominado “*check-up*” não tem cobertura contratual, fazendo com que o consumidor, na grande maioria, somente procure atendimento quando já está acometido de uma enfermidade, ressalvando os casos de acidentes que se torna inevitável esse atendimento.

Acredita-se que a regra de conduta do segurador para esse tipo de contratação deve ser potencializada, no intuito de se evitar complicações do estado clínico do consumidor, bem como não afetar seus interesses econômicos em detrimento do ganho financeiro perseguido pela seguradora.

Nesse sentido, resulta uma indagação importante: O segurador inseriu a cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde para obter vantagens<sup>156</sup> para si em prejuízo ao consumidor?

Para melhor desenvolvimento da questão posta, e a título exemplificativo, acredita-se que o consumidor, pessoa segurada no contrato de seguro de saúde de grupo, foi devidamente comunicado e informado pelo tomador sobre a existência de cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidado de saúde que nela consta o item denominado de “*check-up*”<sup>157</sup>, redigido com destaque (letras negritadas e grandes) e de fácil identificação. Reforçando a indagação acima mencionada, porém, de outra maneira: A não cobertura deste item foi inserida no clausulado de maneira leal pelo segurador? A sua presença como delimitação negativa da prestação não gera desequilíbrio e não frustra a expectativa do consumidor?

Vale informar que o “*check up*” tem como principal função a medicina preventiva, com avaliação do estado físico de saúde do consumidor para averiguar possível surgimento de doenças ou condições clínicas precoces, por meio da realização de vários exames laboratoriais e de imagem<sup>158</sup>.

---

Comunidades Europeias C 364/1, 18.12.2000).

<sup>156</sup> Para José Manuel Araújo Barros: “uma cláusula será contrária à boa fé se a confiança depositada pela contraparte contratual naquele que a predispôs for defraudada em virtude de, da análise comparativa dos interesses de ambos os contraentes, resultar para o predisponente uma vantagem injustificável.”. BARROS, José Manuel Araújo. Cláusulas Contratuais Gerais: DL 446/85 – anotado: recolha jurisprudencial. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010.

<sup>157</sup> Registre-se que a própria ASF, no seu sítio eletrônico, cita o “*check up*” como normalmente não é coberto pelo seguro de saúde, por isso a sua escolha para o caso imaginário. Veja esse e outros itens que são informados aos consumidores que não constam geralmente da cobertura de um seguro de saúde. Disponível em: <https://www.asf.com.pt/NR/exeres/2330073D-C1D0-499B-A848-87CBD0927F98.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>158</sup> “Lista de exames de um ‘*check up*’ completo:

De partida, começa-se com a reflexão sobre o prisma constitucional, eis que o artigo 64º impõe ao Estado, dentre outros deveres, de garantir o acesso à medicina preventiva (prestação direta), além de fiscalizar as empresas que atuam no mercado da medicina (prestação indireta) para assegurar eficiência<sup>159</sup> e qualidade, sendo direito do consumidor à proteção da saúde (art. 60º), que engloba a prestação de cuidados de saúde de quem contrata um seguro de saú-

---

**Hemograma** – o exame analisa informações específicas sobre os tipos e quantidades dos componentes no sangue, como: glóbulos vermelhos (hemácias); glóbulos brancos (leucócitos), plaquetas (coagulação sanguínea).

**Glicemia em jejum** – o exame de glicemia em jejum serve para medir o nível da glicose na circulação sanguínea do paciente podendo identificar casos de diabetes e pré diabetes, além de ser importante para o controle das pessoas que já possuem esses diagnósticos.

**Colesterol e Triglicérides** – o exame mede os níveis de gorduras no sangue que podem ocasionar entupimento dos vasos sanguíneos, causando infarto e AVC (derrame).

**Ureia e Creatina** – avalia o funcionamento dos rins e identifica alterações de forma precoce, mesmo se assintomático.

**Tgo (ast) e Tgp (alt)** – o exame quantifica as enzimas tgo e tgp e avalia o funcionamento do fígado. Podem estar alteradas na vigência de lesões musculares, doença celíaca, hipotireoidismo, pancreatite e infarto, porém não são específicas para o diagnóstico destas doenças.

**Tsh e T4 livre** – avalia o funcionamento da glândula tireóide, podendo identificar alterações como hipotireoidismo e hipertireoidismo.

**Ácido úrico** – os cristais de ácido úrico podem se acumular nas articulações e nos rins causando gota, cálculos renais e até insuficiência renal. A elevação das dosagens de ácido úrico são frequentemente associadas a hipertensão arterial e problemas cardiovasculares.

**Exames de urina** – este exame serve para analisar de forma microscópica as células, bactérias e cristais que possam estar presentes na urina e causar doenças. Além disso são realizadas dosagens de glicose, bilirrubinas e outras substâncias que auxiliam no diagnóstico de doenças sistêmicas.

**Eletrocardiograma** – o exame de eletrocardiograma consiste em medir a atividade elétrica do coração e serve para diagnosticar a existência de problemas cardíacos.

**Teste ergométrico** – o teste ergométrico serve para avaliar o funcionamento do sistema cardiovascular sob estímulo e consiste em o paciente realizar um esforço físico gradual em uma esteira rolante ou bicicleta. **Ecocardiograma** – o exame consiste em uma ultrassonografia do coração que fornece imagens obtidas através de ondas sonoras e cores que avaliam o tipo de fluxo sanguíneo dentro das câmaras cardíacas.”

Disponível em: <https://altadiagnosticos.com.br/saude/check-up-medico-completo>. Acesso: 15 out. 2021.

<sup>159</sup> De maneira singela, pode-se afirmar que a eficiência para o consumidor está na confiança e na certeza de submeter aos cuidados de saúde que vier a necessitar ou ser reembolsado. Lado outro, a eficiência para o segurador é arcar com os custos dos riscos que se propôs, mediante os cálculos atuariais realizados.

de. Essa simples e acanhada reflexão nos remete para outra indagação: A ASF, que representa o Estado, ao anuir com a delimitação negativa da prestação do “check up” nos contratos de adesão de seguro de saúde não estaria a afrontar o mandamento constitucional?

Pontua-se como presumível que todos os exames que compõem o “check up”, caso solicitados, individualmente, pelo médico da rede conveniada disponibilizada pelo segurador, fatalmente seriam por ele autorizados, por uma razão lógica, são classificados como exames simples, comuns, com baixo valor remuneratório para o estabelecimento de saúde que executa, sendo que a não cobertura isolada ofende a efetiva utilização do contrato.

Deve-se refletir sobre a real razão para constar a delimitação negativa desta prestação. A lógica da medicina preventiva, em tese, aparenta economicamente mais atrativa para quem empreende neste ramo de atividade, pois tende a evitar um gasto maior com as futuras hospitalizações, local onde se tem mais custo com a prestação dos cuidados de saúde. Como prescreve o antigo provérbio popular: “mais vale prevenir do que remediar”.

Com efeito, ao não permitir que o consumidor possa realizar “check up” anual, para prevenção de doenças, pode-se entender que o segurador está agindo com boa-fé objetiva, tendo uma conduta leal com seu parceiro contratual, que inclusive conta com a anuência do Autoridade pública fiscalizadora, ou que, a inserção dessa delimitação negativa da prestação tem a finalidade de não arcar com os custos anuais para todos os consumidores que compõem sua carteira de segurados se justifica no cálculo atuarial que elevaria o valor do prêmio, não ficando atrativa a oferta do seguro. Reitera-se que, geralmente, não há uma procura do consumidor para prevenção de doenças, principalmente pelos homens, buscando os cuidados de saúde quando sentem sintomas frequentes.

Essa delimitação negativa no seguro de saúde acaba por contribuir para perpetuação deste comportamento do consumidor, de não se prevenir, que fortalece a ideia que a melhor denominação deste tipo de contrato seria “seguro de doença” ao invés de seguro de saúde.

Outra situação verificada é que proporciona a criação de empresas especializadas neste ramo de atividade econômica<sup>160</sup>, que se espera não estejam

---

<sup>160</sup> Vejam dois exemplos: Disponíveis em: <https://www.medicalport.org/pt/procedimentos-medicos-turismo/diagnostico-check-up/check-ups> e <https://www.medicare.pt/mais-saude/prevencao/check-up-medico>. Acesso em: 05 nov. 2021.

vinculadas, ou compõem, o mesmo grupo societário, pois isso caracterizaria uma violação a boa-fé, haja vista limitar o “check-up” nas condições gerais contratuais do seguro de saúde, estabelecendo, caso seja do interesse do consumidor que adquira um “módulo de cobertura” específico para essa finalidade, e, paralelamente cria um novo estabelecimento comercial que tem como principal objetivo realizar esse tipo de serviço.

Prosseguindo, diante das premissas traçadas para o caso presumido, pode-se entender pela não violação da diretriz de concretização da confiança, eis que o consumidor foi devidamente comunicado e informado da presença da delimitação imposta no clausulado, não frustrando sua expectativa em relação a realização do “check up” às custas da seguradora.

Entretanto, num contexto geral sobre esse tema, entende-se necessário uma reflexão mais cautelosa, pois a medicina preventiva é de suma importância para o consumidor individual, no intuito da manutenção do seu estado de saúde ou evitar agravamento de eventuais doenças, bem como para os consumidores *passivos*<sup>161</sup>, especificamente em relação aos seus interesses econômicos, evitando o crescimento da sinistralidade da carteira de segurados e conseqüentemente o desequilíbrio contratual que possa elevar os valores dos prêmios ou até a resolução do seguro. Aliado a isso, os exames que compõem a unidade “check up”, isoladamente e presumivelmente, fazem parte da cobertura de cuidados e são de baixo custo, não conseguindo identificar o real motivo para a delimitação negativa da prestação de “check up” nos contratos de adesão de seguro de saúde.

Lança-se aqui uma tarefa de análise ao intérprete e não ao julgador, eis que se desconhece eventual propositura de ação inibitória para esse fim, qual seja, deve ou não ser considerada abusiva, pelos ditames da boa-fé objetiva, através da sua função de controle do conteúdo da cláusula delimitadora negativa da prestação de “check up”, que atua na restrição à liberdade contratual, sem se descuidar de avaliar a sustentabilidade do mercado de seguros e a efetiva proteção dos cuidados de saúde dos consumidores vulneráveis, *sob*

---

<sup>161</sup> Denominação utilizada para identificar os demais consumidores que, por meio do mutualismo, formam a carteira de clientes do segurador. “As decisões judiciais geram efeitos não somente às partes envolvidas no processo, como também sobre pessoas e entes que dele não participam.” PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; NORÓES, Mariane Paiva; PINHEIRO NETO, Francisco Miranda. Análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir das características do negócio jurídico de assistência privada à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.118. ano 27. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2018, p. 356.



*a inspiração de um assumido pluralismo axiológico*<sup>162</sup>, na busca da almejada<sup>163</sup> justiça comutativa do contrato. Cabe, ainda, uma explicação da ASF sobre os motivos ensejadores que permitem a inclusão deste tipo de cláusula nos seguros de saúde, que atentam contra a medicina preventiva e o dever solidário de proteção dos cuidados de saúde.

#### 5.2.3.1.3 Efetivação do tipo contratual

Como o tipo contratual pode funcionar para restringir a liberdade contratual? Dos ensinamentos de António Pinto Monteiro extrai-se que “não poderão afastar-se obrigações que constituam precisamente o elemento de identificação do contrato celebrado, a sua causa, ou seja, a função econômica-social própria desse contrato”<sup>164</sup>. Inês Oliveira Martins explica que a regulação do tipo tem como objetivo visualizar a verdadeira intenção do negócio jurídico firmado entre as partes, enfatizando que no direito alemão representa “sentido e finalidade do contrato”<sup>165</sup>, sendo que se estabelece um “plano abs-

---

<sup>162</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Controlo do Conteúdo dos Contratos: uma nova dimensão da boa-fé. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. vol. 42. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005, p. 34.

<sup>163</sup> “Em nossa opinião esta almejada justiça contratual encontra-se justamente na equivalência das prestações ou sacrifícios, na proteção da confiança e da boa-fé de ambas as partes.” MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 178.

<sup>164</sup> MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas do conteúdo contratual. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2001, p. 258. Como exemplos, cita na mesma página o autor: “num contrato de compra e venda, o comprador não pode excluir a obrigação de pagar o preço (art. 874); o mesmo se diga da hipotética supressão, pelo locador, do dever de proporcionar à outra parte, num contrato de locação, o gozo da coisa (art. 1022); ou do afastamento da obrigação de guarda, num contrato de depósito (art. 1185)”. Almeida Costa e Menezes Cordeiro sobre o artigo 9º, n.º 2, advertem sobre a nulidade do contrato quando ocorrer “a) uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais...(…) verifica-se uma aplicação das normais gerais. Recordemos que o negócio jurídico cujo objecto se mostre indeterminável é nulo, como dispõe o artigo 280º, n.º 1, do Código Civil.”

<sup>165</sup> MARTINS, Maria Inês de Oliveira. O controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais no contrato de seguro. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 10. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2016, p. 243. A Autora aduz que “não se trata de um juízo fechado, mas de uma ponderação”. Cita como exemplo, o “juízo atinente à exclusão da cobertura de despesas urgentes derivadas de um episódio agudo de doença pré-existente não será idêntico quando se trate de um seguro de saúde em viagem”, que de acordo com o acórdão

tracto-tipificado” que deve corresponder com “o horizonte de expectativas do contraente médio a que é dirigido o clausulado, cabendo ao diploma do DL nº 446/85 afastar a cláusula que favoreça *desproporcionalmente* ao predisponente.”.

O contrato de adesão de seguro de saúde<sup>166</sup> tem como uma das suas características ser típico para prestação convencionadas dos cuidados de saúde, quando o consumidor dele necessitar, por força do Decreto-Lei nº 72/2008 (art. 213º a 217º). Não há neste tipo contratual um objeto único ou fundamental, que possa prontamente ser identificado como o mais essencial, eis que são assumidas várias, futuras e incertas prestações que poderão ou não serem utilizadas pelo consumidor ao longo do período contratual vigente. Ao segurador cabe garantir que os cuidados de saúde convencionados estão à disposição para a utilização do consumidor e suportar as despesas decorrentes dos eventuais sinistros, atendendo assim o objetivo teleológico deste tipo contratual.

Poder-se-ia pensar, para melhorar a compreensão de todos, uma nova conceituação deste tipo contratual, despropositada para efeito de marketing, contudo, mais transparente e efetivo na geração da expectativa legítima esperada pelo consumidor, além da assertividade finalística, passando a ser nominado de “*seguro de prestações convencionadas de cuidados de saúde*”. Essa alteração do nome, se amoldaria muito bem no contexto atual brasileiro sobre a “judicialização da saúde”, no intuito de abandonar a ideia, hoje impregnada naquela sociedade de consumo, que ao adquirir um seguro de saúde e acontecer qualquer fatalidade que atinja à sua saúde, os cuidados estarão garantidos irrestritamente.

---

do “BGH de 02.03.1994, IV ZR 109/93”, foi considerada contrária ao fim do contrato, “já que, por um lado, o segurador não poderia eximir-se por esta via ao seu ónus de avaliar devidamente o risco”. Idem, p. 244 e 245 (nota de rodapé 46).

<sup>166</sup> No Brasil, foi editada a Lei n.º 9.961/00 que criou a autarquia especial denominada Agência Nacional de Saúde Suplementar, a qual, por meio da Instrução Normativa n.º 23/09, estabeleceu como atributo do contrato de seguro e plano de saúde como sendo “de prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais na forma de plano privado de assistência à saúde prevista no inciso I, do artigo 1º, da Lei 9656/1998, visando à Assistência Médica Hospitalar e/ou Odontológica (de acordo com a segmentação do produto) com a cobertura de todas as doenças da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, e do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde editado pela ANS, vigente à época do evento.” Disponível em [www.ans.gov.br/legislacao](http://www.ans.gov.br/legislacao). Acesso em: 05 nov. 2021.

A realidade e o cotidiano evidenciam que o consumidor tem interesse em contratar um seguro de saúde como alternativa do SNS<sup>167</sup> para ter a tranquilidade de utilização com mais agilidade, sem depender de prazo de agendamento e quando estiver com sintomas.

Nesse sentido, reafirmar-se que o dever principal ou essencial do seguro de saúde consiste em garantir o acesso aos cuidados e o pagamento das despesas, portanto, pode-se pensar ser inviável a delimitação negativa neste típico contrato, pois tende a afastar, de maneira perversa, as prestações imprescindíveis ao fim contratual para um bem inestimável.

A não prestação de todo e qualquer cuidado de saúde ao consumidor descaracteriza o objetivo finalístico do contrato de seguro de saúde, a ponto de obstar o resultado pretendido? Entende-se que a resposta deve ser negativa, sendo possível haver delimitação das prestações referentes às coberturas que são disponibilizadas para o consumidor, inclusive, isso reflete no prêmio de qualquer seguro. Mas, por se tratar da saúde e até da vida do consumidor, deve-se analisar com prudência e cautela as delimitações negativas impostas pelo segurador, sob pena de desnaturar o objetivo contratual.

Carlos Alberto da Mota Pinto, em seu artigo datado de 1973, cunhou como “cláusula de exoneração”, aqui cláusula delimitadora negativa da prestação, ensinando que se o “incumprimento” for adverso à essência do contrato, tal cláusula não deve ser inserida do contrato de adesão<sup>168</sup>.

Neste recorte, e mediante as lições do referido Autor, volta-se à dúvida se todo cuidado de saúde deveria ser prestado ao consumidor, eis que a não cobertura pode ser entendida como “incumprimento” contratual, pois afeta a finalidade do contrato. Como identificar uma cláusula que deve ou não ser considerada nula no contrato de adesão de seguro de saúde que seja essencial ao fim perseguido pelo consumidor?

---

<sup>167</sup> Em alguns casos, é incluindo como participante do seguro de grupo em virtude do seu vínculo laboral.

<sup>168</sup> “Uma outra técnica é a de não admitir cláusulas que afastam a sanção de uma violação fundamental do contrato: é o caso das cláusulas de exoneração (...) se o incumprimento é contrário à essência do contrato, a cláusula de exoneração não pode ser oposta pelo emitente do contrato de adesão.” PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica. p. 119-148. Sep. de “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano XX – Abril- Dezembro, nº 2-3-4. Coimbra: Livraria Atlântida, 1973, p. 143.

Tem-se como objeto negocial principal o direito do consumidor em receber, quando necessitar, as devidas prestações de cuidados de saúde. Ocorre que a lei especial, Decreto-Lei nº 72/2008, foi enfática ao determinar que o risco está delimitado por meio das *prestações convencionadas*<sup>169</sup>, além de não haver outra legislação que determine que todo e qualquer cuidado, ou mesmo de forma parcial, espécie de uma cobertura padrão, tem que ser suportada irrestritamente pela seguradora, portanto, a delimitação é, a princípio, lícita. O resultado prático a ser alcançado será a efetiva prestação convencionada do cuidado de saúde constante do clausulado ao consumidor, contrário disso, caracteriza-se o “incumprimento”.

Contudo, o “incumprimento” pode ocorrer de uma forma mais sutil. Analisando um caso prático, é ilícito o segurador, por exemplo, autorizar uma cirurgia denominada “implantação de cateter duplo J”<sup>170</sup>, prevista contratualmente, todavia, se eximir de custear a órtese (cateter), sob alegação que toda a parte referente à hospitalização, honorários médicos e insumos serão por ele suportados, cabendo ao consumidor arcar somente com o custo da órtese. Não há dúvida que a delimitação da prestação (órtese – que é o próprio cateter) é contrária ao resultado prático pretendido, sendo caracterizada como essencial para o cumprimento contratual, impondo-se a eliminação desta desproporcional cláusula.

António Pinto Monteiro ensina que as “Obrigações essenciais serão aquelas cujo afastamento comprometerá decisivamente o fim contratual, frustrando-se, à partida, o escopo pretendido”<sup>171</sup>. É justamente essa situação que deve ser banida, não pode o segurador inserir uma cláusula de cobertura de implantação de um cateter (órtese), todavia, o custo da órtese ser suportado pelo consumidor.

---

<sup>169</sup> A referência sobre “prestações convencionadas” está prevista no artigo 1º, de forma geral para todos os contratos de seguros, bem como devidamente especificada no artigo 214º do contrato de seguro de saúde.

<sup>170</sup> “O cateter duplo J, considerado uma órtese, consiste em um *stent* (pequeno e expansível tubo tipo “malha”, feito de metal com aço inoxidável ou liga de cobalto) introduzido no canal ureteral com o objetivo de permitir o fluxo adequado da urina do rim para a bexiga, especialmente nos casos em que essa função é comprometida, como em decorrência de cálculos ureterais ou de processos cicatriciais.” Disponível em: <https://www.sanarmed.com/procedimento-para-colocacao-de-cateter-duplo-j-colunistas>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>171</sup> MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. 2ª reimp. da obra publicada em 1985. Coimbra: Almedina, 2011, p. 129.

Diferentemente disso, é a cláusula que permite a cobertura do procedimento denominado de angioplastia<sup>172</sup>, no qual pode ou não ser necessário colocar uma órtese denominada “stent” (minitela de aço) que liberada na artéria ajuda a mantê-la aberta evitando o entupimento sanguíneo, evitando agravamento na saúde do consumidor. Para esse caso, a previsão contratual era a cobertura da “angioplastia” e não de “angioplastia com implantação de stent”, isso porque o procedimento “angioplastia” pode atingir o resultado prático alcançado, a depender do diagnóstico, sem a devida implantação do “stent”.

Com efeito, não havendo a particularidade da *indissociabilidade*, e se o “stent” (órtese) não estava previsto contratualmente, portanto, não fazendo parte dos cálculos atuariais que compõem o prêmio, sua delimitação deve ser considerada como lícita, não ofendendo a essencialidade do fim contratual<sup>173</sup>.

No contexto geral o contrato de adesão de seguro de saúde deve permitir que se alcance as obrigações essenciais, os cuidados de saúde, que se convencionou, atendendo a expectativa do consumidor, não podendo conter mais delimitações negativas do que delimitações positivas dos riscos, de forma a não atingir a finalidade essencial do típico contrato de seguro de saúde. Além disso, deve ser considerada nula a cláusula que de forma sutil delimita as prestações de cuidados em que não seja possível a indissociabilidade do procedimento médico<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> “A angioplastia coronária consiste num procedimento médico para a abertura do entupimento de uma artéria do coração. Usa-se também um cateter que possui um pequeno balão na sua ponta. Trata-se assim de uma técnica que utiliza um pequeníssimo balão o qual, ao ser inflado dentro de uma artéria estreitada, desobstrui o vaso e facilita a passagem do sangue.” Disponível em: <http://www.hecardi.com.br/angioplastia-coronaria-121.html>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>173</sup> Totalmente contrário a esse posicionamento está Cristiano Schmitt que diz: “sua cobertura se faz necessária, vez que se trata de material vinculado ao procedimento de angioplastia, normalmente coberto pelo instrumento negocial. (...) entendemos que, mesmo diante de eventual contrato celebrado com o consumidor que exclua expressamente a cobertura do *stent*, tal restrição deveria ser reputada como nula de pleno direito, pois se estará atentando contra a finalidade crucial do pacto, que é a preservação da vida do aderente. Ainda que outros procedimentos possam subsistir como tratamento da patologia que recai sobre o usuário do plano, há que se viabilizar o uso da técnica de menor risco e sofrimento ao paciente.” SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 75. ano 18. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2010, p. 227-229.

<sup>174</sup> “É certo que não será fácil determinar quais sejam as obrigações essenciais de um contrato, sendo ineliminável, porventura, uma certa margem de liberdade de apreciação em

Para além da observância do princípio da boa-fé, destacam-se dois modos de regulamentações que devem ser analisados para identificar se uma cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde pode ser considerada válida e eficaz, quais sejam: (i) normas imperativas e (ii) ordem pública<sup>175</sup>.

#### 5.2.3.2. Norma imperativa<sup>176</sup>

Quando se está diante de uma disposição legal que determina um dever não podem as partes abduzir essa obrigação imposta pelo ordenamento jurídico, sendo considerada inafastável ou irrenunciável.

O artigo 280º, n.º 1, do Código Civil determina a nulidade de negócio jurídico que seja contrário à lei, a norma imperativa. Para os contratos de adesão, o Decreto-Lei n.º 446/85, pontuou várias disposições imperativas que proíbem o uso de determinadas cláusulas contratuais gerais a serem inseridas no negócio jurídico entre empresários ou entidades equiparadas, bem como nas relações destes com os consumidores finais. Propriamente para os contratos de seguro de saúde, o Decreto-Lei n.º 72/2008, foi enfático ao determinar no artigo 9º, n.º 1<sup>177</sup>, que havendo um tomador de seguro identificado como consumidor, aplica-se a imperatividade de qualquer lei sobre a situação contratual pactuada.

---

cada caso concreto e, por isso, uma certa dose de insegurança em decidir quais as obrigações que podem, ou não, excluir-se do contrato.” MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas do conteúdo contratual, op. cit, p. 260.

<sup>175</sup> No preâmbulo do DL n.º 446/85, n.º 6, é expresso ao dizer: “O apelo ao conceito de ordem pública é um outro alicerce”. Portanto, qualquer cláusula que viole os direitos dos consumidores, consagrados constitucionalmente, deve ser considerada abusiva.

<sup>176</sup> Cite-se alguns diplomas legais portugueses que servem de supedâneo para o estudo do tema, não tendo a pretensão de esgotar os normativos existentes, mas sim, suscitar aqueles que se entende como mais relevantes. A Lei n.º 24/96 (lei-quadro de defesa do consumidor – particularmente, os artigos, 3º, alíneas b); d); f); 4º e 8º, n.º 5), bem como o Decreto Lei n.º 446/85 (destaque para os artigos, 18º, alíneas a), c), d), 19º, 21º, alínea a) e 22º) e o Decreto-Lei n.º 72/2008 (artigos 9º, n.º 1 e 213º a 217º).

<sup>177</sup> “1 — As disposições imperativas em matéria de contrato de seguro que tutelem interesses públicos, designadamente consumidores ou de terceiros, regem imperativamente a situação contratual, qualquer que seja a lei aplicável, mesmo quando a sua aplicabilidade resulte de escolha das partes.”. *Diário da República*, 1.ª série — N.º 75 — 16 de Abril de 2008, pág. 2234. Aconselha a leitura dos artigos 12º (imperatividade absoluta) e 13º (imperatividade relativa) no mesmo diploma legal.

Jorge Morais de Carvalho alerta que na interpretação dos interesses protegidos pela norma imperativa, deve-se ainda, verificar a *supletividade*<sup>178</sup>, ou seja, se eles estão salvaguardados ou compensados por interesses mais relevantes. Prossegue o Autor dizendo ser “possível concluir que um contrato é (total ou parcialmente) contrário à lei se o elemento em causa estiver abrangido no âmbito de imperatividade e as partes não estipularem no sentido de um equilíbrio de interesses em concreto mais favorável ao consumidor”<sup>179</sup>.

António Pinto Monteiro afirma que havendo norma imperativa não há que se cogitar excluir obrigações no contrato<sup>180 181</sup>. Nesse sentido, a decisão, dentre tantas outras, do Supremo Tribunal de Justiça, no processo n.º 133/2002.L1.S1, que, pede-se *data vênia* para transcrever o seguinte trecho:

“III — O princípio da liberdade contratual, consagrado no n.º 1 do art. 405º do C. Civil, sofre, como a própria norma prevê ao aludir aos «limites da lei», restrições ou limitações de ordem geral e especial, aquelas com acolhimento e sanção prevista nos arts. 280º e ss. do dito Código e as últimas com assento na regulamentação de certos contratos ou tipos negociais, ao incluírem no respectivo regime normas de natureza imperativa. É o que acontece com o contrato de seguro, como contrato de adesão, submetido ao regime das CCG, e, consequentemente ao preceito de natureza imperativa que proíbe, com a inerente ilicitude e invalidade, a resolução sem motivo justificado.”<sup>182</sup>.

---

<sup>178</sup> “A interpretação da norma permite ao aplicador do direito delimitar, por via dos interesses protegidos, num primeiro momento, o âmbito de supletividade e imperatividade do seu conteúdo. Se os interesses protegidos apontarem no sentido da imperatividade do conteúdo da norma, é ainda necessário que o aplicador do direito, num segundo momento, verifique se esses interesses se encontram salvaguardados de outra forma ou compensados por outros interesses mais relevantes na relação jurídica concreta. Verificando-se a referida compensação de interesses, o conteúdo imperativo, indissociável da existência de um equilíbrio adequado não deve considerar-se afectado, sendo válido o acordo.”. CARVALHO, Jorge Morais. Os contratos de consumo: reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo. Coimbra: Almedina, 2012, p. 639.

<sup>179</sup> Idem, p. 639

<sup>180</sup> “não poderão excluir-se do contrato obrigações impostas por normas imperativas” MONTEIRO. António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. 2ª reimpr. da obra publicada em 1985. Coimbra: Almedina, 2011, p. 121.

<sup>181</sup> Código Civil português: “Artigo 294º – Negócios celebrados contra a lei. Os negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que a outra solução resulte da lei.”

<sup>182</sup> Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d8f5056ba6adfb5b802577bb004d8930?OpenDocument>. Acesso em: 05 nov. 2021.

A principal norma imperativa sobre o contrato de seguro de saúde é o Decreto-Lei nº 72/2008, que, diante do interesse do tomador ou pessoa segurada em realizar determinado cuidado de saúde e de ser impedida pelo segurador de realiza-lo, sob alegação de delimitação negativa contratual, deve ser analisado, complementarmente, observando às disposições imperativas contidas no Decreto-Lei nº 446/85 e na Lei nº 24/96.

Como relatado anteriormente, todas as normas imperativas acima citadas, visam proteger o consumidor para que obtenha, desde a fase pré-contratual, às informações necessárias do alcance do contrato de seguro de saúde. Entretanto, cumpre salientar que o segurador, mesmo tendo cumprido seu dever de comunicar e informar, não se exime de toda e qualquer responsabilidade, pois se em virtude da interpretação da cláusula, sabidamente por ele redigida, vier a causar danos ao estado físico ou ao interesse econômico do consumidor, haverá de lhe ser imputado a devida reparação.

Portanto, a norma imperativa protege o consumidor pelo não recebimento adequado da comunicação ou informação, bem como pelo eventual dano ocorrido porque na interpretação do conteúdo da cláusula entendeu que lhe causou, por exemplo, danos patrimoniais em virtude do pagamento de tratamentos ou participação de forma indevida. Neste último caso, a fundamentação da interpretação da cláusula poderia acontecer até mesmo por ser ela ambígua, aplicando-se, a espécie o artigo 11º do DL nº 446/85.

Surge a dúvida se todas as delimitações negativas das prestações de cuidados de saúde pretendidas pelo segurador devem constar de norma imperativa para que sejam lícitas.

A princípio, para maior transparência desta relação jurídica de consumo, poder-se-ia compreender como a melhor solução que constasse da norma imperativa para evitar desgastes entre as partes, conseqüentemente, abrandar a tarefa do julgador, mas acredita-se que tecnicamente, no âmbito do legislativo, a elaboração de uma norma imperativa neste sentido seja inviável, a não ser que a lei remeta para uma determinada lista a ser criada tecnicamente e divulgada pela Autoridade Reguladora, a ASF.

Não há dúvida que os males, os aborrecimentos, as angústias e até possível dano não patrimonial, ocorrem em virtude da não autorização ao consumidor do cuidado de saúde prescrito pelo médico que lhe assiste, eis que está fragilizado por causa da doença e mesmo abalado tem que lidar com essa circunstância indesejada para prosseguir com seu tratamento. A elaboração de normas específicas sobre a delimitação negativa da prestação tende a evitar os



conflitos, isto porque o médico assistente poderá prescrever, salvo casos excepcionais, cuidados que se amoldam ao estado clínico do consumidor e que não estão excluídos pela legislação.

Como já mencionado, tem-se como regra geral o contido no artigo 405º do Código Civil, a liberdade contratual, a qual é passível de sofrer restrições, ainda mais contundente quando se tem um consumidor aderente, para tanto está previsto na norma imperativa especial que a cobertura dos cuidados de saúde limita-se às “*prestações convencionadas*” (art. 214º)<sup>183</sup>, sendo que essas não podem contrariar outras disposições legais.

Cumprе esclarecer que não há no ordenamento jurídico português norma imperativa determinando a cobertura obrigatória<sup>184</sup> *standard* (delimitação positiva)<sup>185</sup>, deste modo, o mercado de seguro de saúde está parcialmente livre, ou seja, garantido seu espaço de liberdade contratual para estabelecer no clausulado os cuidados de saúde que se propõe a prestar ao consumidor, bem como definir as cláusulas delimitadoras negativas da prestação<sup>186</sup>.

Reportando-se, novamente, ao exemplo do caso narrado no item anterior, que versa sobre a delimitação da prestação do “check up”, por não existir norma imperativa que proíba a sua inclusão no clausulado, sua validade, neste aspecto, é lícita. Como, também, são lícitas aquelas, dentre outras, que preveem o afastamento consultas ou exames médicos para emissão de atestado sem fins terapêuticos, tratamentos ou cirúrgicas de foro estético e tratamentos cirúrgicos ou laser para correção de erros de refração da visão.

O legislador pátrio possibilitou a delimitação negativa de doenças preexistentes<sup>187</sup> nos contratos de seguro de saúde, contudo, somente produzindo efei-

---

<sup>183</sup> Esse é o princípio geral contido no artigo 762º do Código Civil português: “1. O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado”.

<sup>184</sup> No Brasil, como já dito anteriormente, existe a Lei Federal nº 9.656/98, específica que dispõe sobre planos e seguros de saúde privados, determinando vários deveres para as operadoras e seguradoras, além de prever algumas limitações de prestações de cuidados (art. 10º).

<sup>185</sup> O Decreto-Lei nº 133/2009, estipula um padrão de delimitações positivas que devem ser observadas no contrato de crédito aos consumidores, ao transpor para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2008/48/CE, do Parlamento e do Conselho, de 23 de Abril.

<sup>186</sup> Inclusive essa previsão está prevista no artigo 37º, nº 3, al. b), do Decreto-Lei nº 72/2008: “3 – A apólice deve incluir, ainda, escritas em caracteres destacados e de maior dimensão do que os restantes: b) As cláusulas que estabeleçam o âmbito das coberturas, designadamente a sua exclusão ou limitação;”.

<sup>187</sup> Decreto-Lei nº 72/2008: “Artigo 216.º Doenças preexistentes. 1 – As doenças preexistentes, conhecidas da pessoa segura à data da realização do contrato, consideram-se

to se houver acordo, de modo genérico ou específico, firmado entre as partes. A lealdade das partes torna-se mais acentuada, de um lado o consumidor no preenchimento das informações das doenças por ele conhecidas até o momento da adesão contratual, do outro o segurador que não deve alegar preexistência para tentar afastar sua obrigação, pois ao não realizar exames prévios nos consumidores, aceitando-os como aderentes, presume-se como verdadeiro o desconhecimento da doença.

Existindo o acordo para a delimitação da prestação das doenças preexistentes, a regra imperativa obrigou que essa delimitação não pode ultrapassar o período de um ano. Assim, da vigência do contrato até um ano, a delimitação é lícita, a partir desta data, ocorrendo a renovação automática do seguro de saúde não há que restringir os cuidados para as doenças preexistentes informadas pelo consumidor ou constatadas pelo segurador, caracterizando-se como cláusula absolutamente proibida.

Percebe-se que, pelo teor da disposição legal essa cláusula, no que tange ao “período de carência” (prazo) pode ser objeto de negociação entre as partes, apesar que na prática tal situação seja de difícil implementação. Adverte-se que mesmo ocorrendo a negociação não descaracteriza o contrato como de adesão.

Outra regra, prevista no regime jurídico do contrato de seguro, de delimitação da cobertura, está no artigo 217º, não podendo, genericamente, o segurador recusar realizar as prestações “desde que cobertos pelo seguro” em caso de não renovação contratual<sup>188</sup>.

Neste cenário, reforça-se a importância do controle do conteúdo das cláusulas, seja na forma incidental, seja abstrata, que possibilite evidenciar o ideal da justiça comutativa do contrato, mediante a proteção dos cuidados de saúde ao consumidor, aliado ao funcionamento eficiente do mercado de seguros.

Para auxiliar o julgador na análise da licitude ou não da cláusula delimitadora negativa da prestação, foram criadas listas, absolutamente ou relativamente proibidas, contendo regras não exaustivas, as quais não podem ser

---

abrangidas na cobertura convencionada pelo segurador, podendo ser excluídas por acordo em contrário, de modo genérico ou especificadamente.”

<sup>188</sup> Decreto-Lei nº 72/2008: “Artigo 217.º Cessação do contrato 1 – Em caso de não renovação do contrato ou da cobertura e não estando o risco coberto por um contrato de seguro posterior, o segurador não pode, nos dois anos subsequentes e até que se mostre esgotado o capital seguro no último período de vigência do contrato, recusar as prestações resultantes de doença manifestada ou outro facto ocorrido na vigência do contrato, desde que cobertos pelo seguro.”.

ignoradas pelo segurador quando da liberdade contratual de modelação do contrato de seguro de saúde.

#### 5.2.3.2.1 Cláusulas absolutamente proibidas

De partida, pontua-se a existência da “Secção III – Relações com os consumidores finais”, a qual, por meio do artigo 20º, determina, também, como proibidas a lista das cláusulas contratuais gerais constantes da seção anterior (relações entre empresários ou entidades equiparadas), tornando-se nulas nos pactos realizados pelos consumidores, por força do artigo 12º deste diploma legal.

Para tanto, cumpre evidenciar sobre as cláusulas expressas na seção anterior, especialmente, as alíneas<sup>189</sup> *a*); *c*) e *d*), todas contidas no artigo 18º, que tornam absolutamente proibidas contratualmente excluir ou limitar a responsabilidade de “modo directo ou indirecto”. Numa rápida leitura, poder-se-ia arrematar que tais disposições não dizem respeito ao tema da cláusula delimitadora negativa da prestação, isto porque todas remetem para o instituto da responsabilidade. Entretanto, como ensina António Pinto Monteiro “Ora, a sempre poderá dizer-se, ainda que porventura impropriamente, que as cláusulas limitativas do conteúdo contratual acabam por traduzir-se num modo indirecto de excluir a responsabilidade, sendo, por isso, abrangidas por estas proibições”<sup>190 191</sup>.

Após prestados, brevemente os esclarecimentos iniciais, cinge-se ater a

---

<sup>189</sup> “Art. 18º Cláusulas absolutamente proibidas (...): **a**) Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas; **c**) Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou de culpa grave; **d**) Excluem ou limite, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou de culpa grave;”

<sup>190</sup> MONTEIRO, António Pinto. MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas do conteúdo contratual. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. vol. 19 (2º semestre). Rio de Janeiro: **Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, 2001, p. 264. O Autor utiliza na sua obra a expressão “cláusula limitativa de objeto (ou conteúdo)” a qual se tem denominado, neste trabalho, de “cláusula limitativa de prestação”, ambas convergindo no mesmo sentido, qual seja, traduz no afastamento pelo fornecedor da obrigação.

<sup>191</sup> Conforme Acórdão do STJ, de 27 de abril de 1999, processo n.º 258/99 “(...) II – A cláusula contratual geral, para ser objecto de proibição, não tem de se referir explicitamente à exclusão ou limitação da responsabilidade, bastando que tal exclusão ou limitação dela se possa inferir.”. Disponível em Boletim do Ministério da Justiça, n.º. 486, p. 291-296.

lista prevista no artigo 21º da lei que enumera outras cláusulas inadmissíveis pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo certo não restringindo somente a elas, haja vista a expressão “designadamente” significando que não se trata de *numerus clausus*, mas sim de *numerus apertus*<sup>192</sup>. Trata-se aqui do controle do conteúdo<sup>193</sup> da cláusula inserida no contrato de adesão nas relações jurídicas com os consumidores finais, sendo o interesse primordial deste estudo naquelas do clausulado do seguro de saúde.

Antes, porém, entende-se salutar compreender as obrigações impostas pelo legislador ao segurador, para tanto, necessário contextualizar o contido no regime jurídico do contrato de seguro, na parte do seguro de saúde, que tem como campo de incidência, de forma generalizada, a cobertura dos riscos pertinentes a *prestação de cuidados de saúde*<sup>194</sup>. De maneira pontual, o legislador consignou explicitamente que o segurador não precisa suportar de forma integral todos os riscos, podendo estabelecer delimitações negativas para a devida prestação de cuidados de saúde, ficando restrito *apenas* as “prestações convencionadas”<sup>195</sup> ou “despesas efectuadas”, por ano de contrato.

---

<sup>192</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos. vol. 5. Coimbra: Almedina, 2017, p. 209.

<sup>193</sup> Para Jorge Morais Carvalho, trata-se do *quarto momento* de controle, sendo que somente se “justifica a análise do eventual caráter abusivo de uma cláusula se esta tiver passado o crivo da conexão, da comunicação e do esclarecimento.” CARVALHO, Jorge Morais. O Regime Português das cláusulas contratuais gerais. Revista de Direito do Consumidor. vol. 135. ano 30. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2021, p. 275/276. Harriet Christiane Zitscher afirma que na Alemanha o controle de conteúdo dos contratos de massa surgiu a partir da Segunda Guerra Mundial, o *Reichsgericht*. Quer dizer, antes mesmo da edição da AGB-1976. ZITSCHER, Harriet Christiane. Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 211. “A jurisprudência e a doutrina alemãs desenvolvem então institutos, tais como a *culpa in contrahendo*, a quebra positiva do contrato e a teoria da base do negócio, dentre outros, e assumem o controle das condições gerais dos negócios, especialmente através da aplicação das cláusulas gerais dos §§138 e 242 do BGB.” Domon-Naert esclarece que o controle jurisprudencial do conteúdo do contrato era exercido como “reflexo da passagem de um direito cego a um direito mais próximo das realidades, mais justo.” DOMONT-NAERT, Françoise. As tendências atuais do direito contratual no domínio da regulamentação das cláusulas abusivas. Trad. Maria Henriqueta do A. Fonseca Lobo. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 12. ano. 3. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 1994, p. 23.

<sup>194</sup> Na anotação de José Alves Brito “A noção acolhida na lei remete, no essencial, para o convencionado ente as partes no contrato. No seguro de saúde, o segurador cobrirá os riscos relacionado com a prestação de cuidados de saúde, compreendendo-se assim não só as modalidades tradicionais do seguro de doença mas também as despesas resultantes de tratamentos e outras realidades (partos e outras”. MARTINEZ, Pedro Romano. Lei do contrato de seguro: anotada/ [anot.]. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 636.

<sup>195</sup> Do mesmo modo, o § 192 da Lei do contrato de seguro alemã, de 23 de Novembro de 2007 (VVG alemã – *Versicherungsvertragsgesetz*), estabelece “na medida acordada”

Oportuno reprimir que essas delimitações devem constar do clausulado de *forma bem visível e destacada*, no intuito de possibilitar que o consumidor aderente perceba a sua existência e possa solicitar do segurador esclarecimentos do seu conteúdo. O legislador reforçou essa obrigação por considerar possível a inclusão destas delimitações, as quais não devem gerar dúvidas ou surpreender negativamente o consumidor quando necessitar da cobertura dos riscos.

Pontua-se a existência de aplicação de uma das *exceções*<sup>196</sup> previstas no artigo 3º do diploma legal, eis que o legislador autorizou que se insira no contrato de seguro de saúde cláusula que delimite a cobertura dos riscos, seja das prestações de cuidados seja das despesas efetuadas pelo período de um ano, não podendo essa ser considerada proibida de forma genérica, haja vista constar de norma imperativa especial aprovada pelo legislador<sup>197</sup>, cabendo sim, a interpretação individualizada de cada cláusula.

---

(tradução livre da expressão, retirada do original de: “(1) Bei der Krankheitskostenversicherung ist der Versicherer verpflichtet, im vereinbarten Umfang die Aufwendungen für medizinisch notwendige Heilbehandlung wegen Krankheit”. Referida legislação restringe as despesas que configurem desproporcionais aos serviços prestados: “(2) A seguradora não é obrigada a conceder benefícios nos termos do parágrafo 1, desde que as despesas com tratamento médico ou outros serviços sejam visivelmente desproporcionais aos serviços prestados.” (tradução livre de: (2) Der Versicherer ist zur Leistung nach Absatz 1 insoweit nicht verpflichtet, als die Aufwendungen für die Heilbehandlung oder sonstigen Leistungen in einem auffälligen Missverhältnis zu den erbrachten Leistungen stehen.”. No mesmo sentido, a Ley 50/1980, de 8 de octubre, da Espanha sobre “Contrato de Seguro”, no seu artigo primeiro estabelece no original “dentro de los límites pactuados”. Especificamente sobre o seguro saúde e doença, a previsão contida é “dentro dos limites da apólice” ou “dentro dos limites e condições que as disposições determinarem”, conforme o artigo 105º: “Cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan.”.

<sup>196</sup> “Artigo 3ª – Exceções 1. O presente diploma não se aplica: a) A cláusulas típicas aprovadas pelo legislador; b) A cláusulas que resultem de tratados ou convenções internacionais vigentes em Portugal; c) A contratos submetidos a normas de direito público; d) A actos do direito da família ou do direito das sucessões; e) A cláusulas de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.”

<sup>197</sup> “No que respeita às *cláusulas típicas aprovadas pelo legislador*, para a exclusão da cláusula do âmbito do regime é necessário que se verifiquem duas condições: por um lado, a cláusula tem de ter sido aprovada por ato legislativo (e não por ato administrativo, com uma minuta de contrato aprovada por organismo público); por outro lado, a disposição tem de ser aplicável entre as partes contratantes independentemente da sua escolha ou supletivamente, no caso de não ter havido acordo entre as partes a este respeito.” CARVALHO, Jorge Morais. O Regime Português das cláusulas contratuais gerais. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 135. ano 30. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2021, p. 263.

Neste contexto, não se deparou com nenhum impedimento na lista<sup>198</sup> das cláusulas absolutamente proibidas para a invalidade sobre o aspecto da delimitação das *prestações convencionadas*. Por proximidade, destaca-se, para o objeto específico deste estudo, a seguinte: “*a) Limitem ou de qualquer modo alterem obrigações assumidas, na contratação, directamente por quem as disponibilha ou pelo seu representante;*”. Observa-se que o dispositivo diz respeito às “obrigações assumidas”, portanto, não há ausência total da obrigação, como pressupõe uma cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde, mas sim, impondo limite ao devido cumprimento da prestação convencional.<sup>199</sup> Caso houvesse na lista uma cláusula abusiva afetando diretamente as prestações convencionadas, sua eliminação seria imediata, sem qualquer esforço por parte do julgador, porém, a realidade evidencia que essa análise será pontual, em obediência aos ditames da boa-fé.

A título meramente exemplificativo, conjecture que no contrato comporta a cobertura, de forma genérica, de *fisioterapia*, porém, o consumidor ao solicitar autorização para a devida realização junto a rede conveniada é surpreendido com a informação sobre a existência de limite quantitativo conforme a patologia diagnosticada, inclusive contrariando a prescrição do médico que previa mais sessões de fisioterapia para a sua adequada reabilitação. Diferente disso, seria o contrato prever a cobertura de sessões de fisioterapia, mas com cláusula delimitadora negativa da prestação ao limite de 40 (quarenta) sessões por ano de vigência do contrato, independente da patologia, *v.g.*, consumidor ser submetido à cirurgia ortopédica no joelho lhe sendo prescrito 30 (trinta) sessões de fisioterapia, todavia, após a realização das mesmas diagnosticou que não alcançou a reabilitação total, necessitando de 20 (vinte) sessões, extrapo-

---

<sup>198</sup> Denominada também de lista negras. Importante ressaltar que caso seja constatada alguma das cláusulas absolutamente proibidas listadas no artigo 21º não há que se fazer esforço de interpretação, pois restou definido que ela é contrária a boa-fé pelo legislador, portanto, deve ser considerada abusiva prontamente. MONTEIRO, António Pinto. Contrato de Adesão. Contratos de adesão/Cláusulas Contratuais Gerais. Estudos de Direito do Consumidor nº 3. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2001 p.131/163.

<sup>199</sup> O Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão de 19 de abril de 2012 decidiu, no caso envolvendo seguro, que: “Não é proibida pelo art. 21º, al. a), do citado DL n.º 446/85, dado não limitar excessivamente as obrigações assumidas pela seguradora, a cláusula que estipula que ficam excluídos do contrato de seguro que tem por objecto o exercício da actividade de construção civil ‘os danos provocados pela inobservância da legislação aplicável a sinalização de carácter temporário de obras e obstáculos na via pública’”. Processo n.º 6228/08.8TB-VFR.P2, disponível em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Acesso em: 05 nov. 2021.

lando o limite quantitativo previsto contratualmente. Caberá ao segurador garantir as 10 (dez) sessões restantes do contrato, sendo que as outras 10 (dez) remanescentes terão que ser suportadas pelo consumidor, não configurando a luz do diploma legal, em tese, violação ao seu interesse econômico, pois o risco coberto foi devidamente assegurado.

Aprofundando na análise com o mesmo exemplo, passe-se a considerar que a delimitação das 40 (quarenta) sessões anuais pode vir a ser considerada proibida, pois esse quantitativo contratual, vinculado a qualquer patologia acometida pelo consumidor, pode ser considerado pela literatura médica muito restritivo, esvaziando a finalidade do objeto desta terapia. Uma pessoa que sofre um acidente automobilístico com múltiplas lesões, fato, infelizmente, previsível na nossa sociedade, suportaria um ônus demasiado para arcar com as sessões de fisioterapia. O interesse econômico do consumidor seria afetado por uma cláusula delimitadora negativa da prestação da qual, geralmente, não teve conhecimento do seu real alcance, dos seus verdadeiros efeitos.

Em relação a delimitação das “despesas efectuadas” forçoso concluir que não se trata de cláusula delimitadora negativa da prestação direta e sim de cláusula limitativa de responsabilidade, pois o segurador estabelece um limite financeiro de proteção dos cuidados de saúde, ao excedê-lo deverá o consumidor assumir o pagamento diretamente perante o estabelecimento de saúde. Reforça-se o posicionamento manifestado anteriormente, que apesar de ser uma modalidade de contrato permitida pela legislação ordinária para o seguro de saúde, entende-se por contemplar a transferência de risco da própria atividade econômica do segurador para o consumidor, pois o negócio jurídico proposto é assegurar prestação dos cuidados de saúde para eventos futuros e incertos, em virtudes das intempéries da vida, podendo essa delimitação de “plafond” desnaturar o objeto contratual.

#### 5.2.3.2.2. Cláusulas relativamente proibidas

A lista, também, meramente exemplificativa, está prevista no artigo 22<sup>o</sup><sup>200</sup>, denominada por lista cinzenta, permitindo a possibilidade de valoração pelo julgador, eis que consta “consoante o quadro negocial padronizado”<sup>201</sup>. O

---

<sup>200</sup> Consta, também, a lista do artigo 19<sup>o</sup>, que, eventualmente pode ser utilizada nas relações com os consumidores finais.

<sup>201</sup> Para Mafalda Barbosa Miranda trata-se “aquilo que é padrão em cada sector de

legislador entendeu que deve proceder ao contexto da inserção da cláusula e da sua celebração, sendo que ao ser considerada abusiva atinge o mesmo *status* da cláusula contida na lista negra.

Percebe-se, então, que para as cláusulas absolutamente proibidas a decisão deve ser imediata, enquanto para as relativamente proibidas cabe uma análise do caso concreto<sup>202</sup>. Destaca-se, contudo, que a teleologia da regra sobre o “quadro negocial padronizado” condiz para o efeito de repercutir nos contratos pactuados com outros consumidores que se encontram na mesma condição, após a valoração pelo julgador e por considerar como sendo uma cláusula abusiva, que inclusive poderia ser aferida caso o ajuizamento fosse por eventual propositura de ação inibitória<sup>203</sup>.

---

atividade. Isto é, o julgador vai ter de ter em conta o que é normal ao nível daquele tipo contratual e ao nível daquele sector de atividade.”. Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Os contratos de adesão no cerne da proteção do consumidor. Estudo de Direito do Consumo nº 3. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2001, p. 405.

<sup>202</sup> MONTEIRO, António Pinto. O novo regime jurídico dos contratos de adesão. Revista Ordem dos Advogados. Ano 62, I. Lisboa: O. A., 2002, p. 125. “Enquanto as cláusulas sujeitas a uma proibição *relativa* permitem ao tribunal a sua apreciação em cada caso concreto, ainda que segundo um modelo objetivo, as outras são proibidas em termos *absolutos*...”.

<sup>203</sup> António Pinto Monteiro diz “é um paradigma, é o modelo perante o qual se deverá apreciar”. Idem, p. 125. Para Jorge Morais: “contexto típico, e portanto abstrato, de inserção”. CARVALHO, Jorge Morais. O Regime Português das cláusulas contratuais gerais. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 135. ano 30. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2021, p. 281. Sousa Ribeiro aponta para a seguinte avaliação: “em primeira linha, se há razões objetivamente fundadas que justifiquem o afastamento do direito positivo; em caso afirmativo, cumpre de seguida controlar a relação de proporção e adequação entre as vantagens que o predisponente daí retira e os riscos e gravames que assim são transferidos para a esfera dos contraentes. Para que à prossecução unilateral desses benefícios seja reconhecida uma *justa causa* [...], ela tem de conter-se nos limites do atendimento mínimo dos interesses da contra-parte, sob pena de contrariar o princípio da boa fé.”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A boa fé como norma de validade. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 271. Ana Filipa Antunes adverte que “Nesta medida, as cláusulas relativamente proibidas são susceptíveis de ser válidas para certos contratos e não para outros. Reconhece-se ao tribunal a tarefa de apreciação das cláusulas à luz do padrão referência, isto é, o modelo negocial e o tipo de contrato (e não o negócio concretamente celebrado), atento ao sector de actividade.” ANTUNES, Ana Filipa Morais. Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais: decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 241. Mafalda Barbosa Miranda acrescenta que para análise da boa-fé, a valoração não mais se reporta ao quadro negocial padronizado, mas as circunstâncias do caso concretos, sendo “necessário ver se os elementos concretos do contrato chocam com os valores fundamentais do direito. Se uma cláusula afastar o direito dispositivo sem justa causa (e não há justa causa quando tal afastamento não é necessário para a uniformização do processo negocial, nem é necessário ao concreto equilíbrio



Da leitura da lista (art. 22º) depara-se com vários conceitos indeterminados<sup>204</sup>, cite-se alguns deles: (i) *al. a) prazos excessivos*; (ii) *al. c) razão atendível*; (iii) *al. d) excessivamente elevado*; (iv) *al. e) – prazos manifestamente curtos – e – elevações exageradas*; (v) *al. g) injustificadamente* e (vi) *al. h) excessivamente distante*. Este contexto impõe a necessidade de valoração para averiguar possível desproporcionalidade na relação jurídica de consumo provocada pela presença da cláusula.

Cumprido consignar que mesmo que a parte não tenha requerido expressamente em sua ação judicial a nulidade da cláusula, cabe ao tribunal fazer oficiosamente, produzindo-se efeitos *ex tunc*<sup>205</sup>.

No que tange à aplicação das listas cinzas no contrato de adesão de seguro de saúde, como exemplo, tem-se que a *al. a)* do artigo 22º não permite *prazos excessivos* para vigência contratual, sendo que o artigo 39º do Decreto-Lei nº 72/2008 estabelece com regra geral a produção de efeitos a partir “0 horas do dia seguinte ao da sua celebração”<sup>206</sup>. Não há norma imperativa que determine o prazo máximo que o segurador deve garantir o atendimento<sup>207</sup> ao consumidor das prestações convencionadas ou mesmo para emitir a devida autorização prévia para uma intervenção cirúrgica. À exceção dos casos urgentes, a aplicação do princípio da razoabilidade deverá estar atrelada às condições

---

de interesses), ela está a atentar contra a boa fé.” BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Os contratos de adesão no cerne da proteção do consumidor. *Estudo de Direito do Consumidor*. vol. 3. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2001, p. 405.

<sup>204</sup> “COSTA, Mário Júlio de Almeida e CORDEIRO, António Menezes. Cláusulas Contratuais Gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 1986, p. 46.

<sup>205</sup> Relata-se a inclusão do artigo 8º-B na Diretiva 93/13/CEE, por meio da Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, que possibilita os Estados-Membros estabelecerem outras regras de sanções a serem impostas aos profissionais que se utilizam de cláusulas abusivas. Até a entrega deste texto não houve a transposição para o direito interno português.

<sup>206</sup> De acordo com o Decreto-Lei nº 72/2008, em seu artigo 27º, a efetiva celebração do contrato se opera, com o tomador pessoa singular, através do silêncio do segurador, decorridos 14 dias. Regra especial para o aderente de seguro de grupo contributivo: “Artigo 88.º Adesão ao contrato. 1 – A adesão a um seguro de grupo contributivo em que o segurado seja pessoa singular considera-se efectuada nos termos propostos se, decorridos 30 dias após a recepção da proposta de adesão pelo tomador do seguro que seja simultaneamente mediador de seguros com poderes de representação, o segurador não tiver notificado o proponente da recusa ou da necessidade de recolher informações essenciais à avaliação do risco.”

<sup>207</sup> No Brasil, a Agência Nacional de Saúde Suplementar regulamentou o tema por meio da Resolução Normativa nº 259/2011. Disponível em: [https://www.ans.gov.br/index.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao](https://www.ans.gov.br/index.php?option=com_legislacao&view=legislacao). Acesso em: 05 nov. 2021.

clínicas de cada consumidor e às informações da literatura médica sobre seu diagnóstico, para que possa ocorrer uma decisão justa.

A supressão da prestação, presente nos contratos por adesão, pode sujeitar o consumidor a ter cerceado seu direito em virtude das cláusulas *inequitativas*<sup>208</sup>, em benefício ao enriquecimento ilícito do segurador. Indispensável a efetivação do controle do conteúdo desse tipo de cláusula, seja por meio do legislador com normas imperativas que proíbam a sua inserção nos pactos realizados, seja pelo pronunciamento do Poder Judiciário quando provocado pelo consumidor mediante a propositura da ação individual ou pelo Ministério Público ou entidades legitimadas através da ação inibitória.

#### 5.2.3.3. *Ordem pública*

O n.º 2, do artigo 280º do Código Civil estabelece a nulidade do negócio jurídico contrário à ordem pública<sup>209</sup>, a qual é definida como “conjunto dos

---

<sup>208</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica. p. 119-148. Sep. de “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano XX – Abril- Dezembro, nº 2-3-4. Coimbra: Livraria Atlântida, 1973, p. 133.

<sup>209</sup> Exemplo da doutrina: “não nos responsabilizamos pelos acidentes devidos a cães ou outros animais que atravessem a via nem por danos causados por pedras ou outros objetos que sejam arremessados contra os automobilistas.” [...] “parece-nos que será de considerar *nula* tal declaração, trate-se de uma convenção exoneratória ou de uma cláusula limitativa do conteúdo contratual. Isto, por razões de *ordem pública*, seja em atenção à *essencialidade* desses deveres ao *fim contratual* – pois uma autoestrada, como via rápida, e pela qual o utente paga, deve possibilitar uma circulação em *segurança*, que não se compagina com o *afastamento* dos referidos deveres, cujo cumprimento é indispensável ao fim contratual -, seja, por último, em atenção à natureza imperativa destes deveres de *proteção* ou de *segurança*.” (p. 255). E, adiante, “seria contrária à ordem pública uma cláusula que afastasse o *dever de vigilância* de crianças de tenra idade, entregues ao cuidado de uma creche ou infantário; o mesmo se diria relativamente a doentes do foro psiquiátrico, internados em estabelecimentos hospitalares adequados.” Citações *in*: MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas do conteúdo contratual. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2001, p.258. Mota Pinto cita o Acórdão da Relação de Lisboa de 6 de julho de 1995, que considerou nulas, por violarem direitos de personalidade e serem contra a ordem pública, as cláusulas do contrato de seguro segundo as quais a “pessoa segura não deve transigir, em todo ou em parte, sem autorização da seguradora, nem de qualquer modo entrar em contacto com a vítima para a regulação do sinistro” e a “pessoa segura não deverá por forma alguma reconhecer a sua responsabilidade”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil, 5ª ed., reimp. da 4ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Gestlegal, 2020, p. 558.

princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas”<sup>210 211</sup>.

Para uma sociedade, a ordem pública está diretamente ligada ao estado geral de segurança, refletido no *conjunto dos princípios injuntivos*<sup>212</sup> e das disposições legais vigentes. O Poder Legislativo, por vezes, ao estabelecer uma regra ou uma norma como sendo de ordem pública, o faz, para lhe conferir determinada relevância entre as demais, isto porque elas visam tutelar interesses especiais, geralmente, com apelo a finalidade social<sup>213</sup>, pois representam o interesse da coletividade sobre o interesse individual<sup>214</sup>.

Carlos Alberto da Mota Pinto considera cláusulas inseridas nos contratos de adesão contrárias a ordem pública aquelas que não constariam dos contratos isolados entre os particulares<sup>215 216</sup>. As normas de ordem pública afetam

---

Francisco Amaral leciona que se trata de “conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica.”. AMARAL, Francisco. *Autonomia privada. Revista do Centro de Estudos Judiciários*. vol. 3. n. 9. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, set./dez. 1999, p. 25-30.

<sup>210</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, op. cit., p. 557-558.

<sup>211</sup> Cumpre destacar o preceito legal previsto no n.º 2, do artigo 800º do Código Civil: “A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representam a violação de deveres impostos por normas de ordem pública.”. Este dispositivo encontra-se inserido na Subsecção II – Falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor que reza sobre os “*Actos dos representantes legais ou auxiliares*”, que conjugada com o disposto no artigo 809º, diz não ser considerada nula a cláusula, contudo, desde que não contrarie as normas de ordem pública. Em se tratando de contrato por adesão, ver Decreto-Lei n.º 446/85, precisamente no artigo 18º, que determina a nulidade de cláusulas absolutamente proibidas pelo ordenamento jurídico.

<sup>212</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito VI. Direito das Obrigações*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 539.

<sup>213</sup> Em relação ao Direito Internacional Privado, veja artigo 8º da Constituição da República portuguesa e artigo 22º do Código civil português.

<sup>214</sup> “as leis de ordem pública são aquelas que interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares”. Cláudia Lima Marques ao citar Georges Ripert, *L’ordre économique et la liberté contractuelle*, Mélanges offert à Geny, Paris, 1959, p. 347).

<sup>215</sup> “Devem considerar-se contra a ordem pública cláusulas contidas em contratos de adesão que o não seriam se incluídas em contratos isolados entre particulares.” PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica*. p. 119-148. Sep. de “*Revista de Direito e de Estudos Sociais*”, ano XX – Abril-Dezembro, nº 2-3-4. Coimbra: Livraria Atlântida, 1973, p. 143.

<sup>216</sup> Como exemplo, cite-se o artigo 46º do Decreto-Lei nº 72/2008: “Artigo 46.º Actos

diretamente o direito privado, não tendo as partes liberdade para afastá-las no contrato, portanto, indisponíveis.

O Supremo Tribunal de Justiça, no processo n.º 1687/03.8TBFAR-A. E1.S1, que versava sobre nulidade de cláusula contratual que inibia mover qualquer processo judicial, decidiu “1. A ordem pública é constituída por normas de carácter jurídico e o seu relevo próprio consiste em que a ilicitude continua mesmo onde exista contrariedade, não a uma norma específica, mas a um princípio geral que se deduz de um sistema de normas imperativas. Este conjunto de princípios fundamentais, que emana do sistema jurídico no seu todo, deve prevalecer sobre a autonomia privada”<sup>217</sup>.

O tema central deste estudo é muito sensível para a pessoa humana, haja vista que se propõe compreender a licitude<sup>218</sup> da delimitação negativa nas prestações de cuidados de saúde para o consumidor aderente. A primeira vista é difícil compreender que o consumidor ao ter celebrado um contrato de adesão de seguro de saúde pode ser cerceado de não receber determinado cuidado porque existe uma cláusula delimitadora negativa da prestação, inserida pelo segurador, porventura aceita pelo órgão regulador (ASF) e que não viola sua dignidade e a sua proteção à saúde.

Na maioria dos casos, o objetivo finalístico é a recuperação ou reabilitação do paciente, em alguns outros, evitar a sua morte, portanto, sendo à vida e saúde bens indisponíveis, como entender que não há ofensa à ordem pública e a consequentemente permissão estatal concedida a iniciativa privada para empreender nesta atividade econômica com a liberdade contratual de modelação das cláusulas delimitadoras negativas da prestação.

---

dolosos 1 – Salvo disposição legal ou regulamentar em sentido diverso, assim como convenção em contrário não ofensiva da ordem pública quando a natureza da cobertura o permita, o segurador não é obrigado a efectuar a prestação convencionada em caso de sinistro causado dolosamente pelo tomador do seguro ou pelo segurado. 2 – O beneficiário que tenha causado dolosamente o dano não tem direito à prestação.”

<sup>217</sup> <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/79200bc876a157a08025771c0037ab78?OpenDocument>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>218</sup> Pinto Monteiro ao declinar sobre violação à ordem pública cita o seguinte exemplo: “Seria o caso, por exemplo, de uma instituição hospitalar de doentes mentais afastar do contrato os deveres de vigilância do paciente.”. MONTEIRO, António Pinto. Exclussões de responsabilidade na actividade médica. In: *Responsabilidade civil em saúde – diálogo como o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coordenação André Gonçalo Dias Pereira ... [et al.]. Coimbra: Instituto Jurídico, 2021, p. 57.

Porém, torna-se quase impossível exigir de quem atue nessa atividade econômica oferte um seguro de saúde sem qualquer delimitação, positiva e negativa, pois o preço do prêmio inviabilizaria, para a quase totalidade dos cidadãos, a contratação deste tipo de seguro. Com as regras atuais, o acesso ao consumo deste tipo de seguro já se encontra cingido a uma parcela da população, a possível obrigatoriedade de cuidados integrais de saúde, fatalmente reduziria o escopo dos aderentes<sup>219</sup>.

Contudo, existem outras situações envolvendo esse tipo de contrato que merecem atenção, dentre elas, a possibilidade de o segurador impedir a contratação de um seguro de saúde por causa da avançada idade do tomador, atuando como verdadeira seleção de risco.

*Ab initio*, registre-se que essa regra não está contida no Decreto-Lei nº 72/2008 que diz respeito a “proibição de práticas discriminatórias” (art. 15º), eis que o diploma legal estabelece duas situações, “em razão da deficiência” ou “em risco agravado de saúde”, que possam impactar na violação do princípio da dignidade (art. 13º da CRP). Adiante, no nº 3 do artigo 15º diz: “3 – No caso previsto no número anterior, não são proibidas, para efeito de celebração, execução e cessação do contrato de seguro, as práticas e técnicas de avaliação, selecção e aceitação de riscos próprias do segurador que sejam objectivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e actuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora.”.

É de conhecimento geral que uma pessoa na terceira idade, inevitavelmente, necessitará de cuidados de saúde que os mais jovens, mas também é verdade que a média de tempo de vida tem se superado a cada década, sendo que uma pessoa de sessenta anos atualmente tem uma vida mais ativa, social e profissional, do que há vinte anos, muito disso proporcionado pelos vários medicamentos que são lançados no mercado de consumo.

---

<sup>219</sup> Esclarecedora a advertência de Inês Oliveira Martins ao dizer que “aduzir um interesse na contenção do preço oferecido e do risco coberto em contrapartida (...) pelo facto de o encarecimento dos prémios cobrados em atenção à cobertura de mais riscos implicar do mesmo passo uma oneração acrescida da comunidade de seguros (...), porém, que este interesse do segurador não pode desde logo trunfar irrestritamente sobre o interesse em obter uma cobertura adequada às necessidades servidas pelo seguro (...) importa, sim, que o produto tenha as qualidades necessárias à satisfação daquelas necessidades.” MARTINS, Maria Inês O controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais no contrato de seguro. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 10. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2016, p. 240.

A Constituição da República portuguesa, no artigo 64º, nº 1, enfatiza que “Todos têm direito à proteção à saúde e o dever de a defender e promover”. Todos, inclui a pessoa de terceira idade que pretende defender sua saúde, além de incluir o segurador que se dispôs a exercer atividade econômica no ramo de saúde, cabendo a ele promover a devida proteção constitucional.

Ao permitir que o segurador não seja obrigado a celebrar contrato, exercendo assim, sua liberdade de contratar, pode-se entender que estaria o Estado pactuando com a discriminação ou a permissão da seleção de risco de um direito social constitucional pela simples razão da avançada idade do cidadão português, em ofensa à ordem pública.

Cabe sempre ressaltar que a regra das práticas discriminatórias é genérica para todos os tipos de seguros, não foi pensada especificamente para o seguro de saúde, contudo, como ocorre em vários momentos do regime jurídico do contrato de seguro, poderia constar restrições à liberdade contratual, por respeito à ordem pública, em relação ao contrato de adesão de seguro de saúde, especialmente, em face da pessoa ter idade avançada.

O texto da lei diz que a seleção de risco deve ser “objectivamente fundamentadas”, portanto, cabe, no mínimo, à ASF, representante do Estado na proteção, defesa e promoção da saúde, compreender a razão, mediante os dados estatísticos e atuarias que justifiquem a seleção de riscos pela razão da avançada idade do cidadão português que pretenda contratar um seguro de saúde. É fato notório que o envelhecimento do universo de consumidores provoca mais sinistros, mas não se pode descartá-los e lançá-los ao serviço público de saúde. Enquanto foram mais novos serviram para que o segurador gastasse menos e suportaram o mutualismo, agora que precisam utilizar dos serviços tem prazo determinado de permanência. A real transferência do risco não está adequada, pois há um compartilhamento de sobrecarga deste modelo para o consumidor, que ao longo dos anos compra uma “esperança” e “tranquilidade” e ao final, caso não tenha recursos próprios, dependerá do SNS.

Pode-se alegar que essa situação é um ponto de concorrência entre os operadores de seguros, porém, essa hipótese tende a limitar, ainda mais, a autonomia da vontade do consumidor, pois não terá muitas, ou quase nenhuma escolha, ficando refém do mercado com a imposição do valor do prêmio. Lado outro, diante da avaliação da ASF e da constatação de que não há justificativa para esse tipo de seleção de risco, cabe impor que todos os operadores devam, dentro dos cálculos atuariais, celebrar contratos com os consumidores sem limite máximo de idade, entende-se que assim promoverá a verdadeira concorrência leal no mercado de seguro de saúde, com preços competitivos.

Desta feita, na mesma linha de raciocínio do item anterior, para aqui, de maneira mais acentuada, deve o segurador prevenir-se e aperfeiçoar-se sobre os deveres emanados pelo ordenamento jurídico para não falhar na devida prestação de cuidados de saúde.

#### 5.3.4. *Ação inibitória: controle abstrato*

Assevera-se, desde já, que o intuito neste tema se consubstancia em traçar algumas linhas sobre a ação inibitória, com vistas a evidenciar o mecanismo processual existente no ordenamento jurídico<sup>220</sup>, o qual possui a finalidade de fiscalização judicial do controle abstrato<sup>221</sup> do conteúdo das cláusulas abusivas.

O art. 24º, do DL nº 446/85, diz, no início, sobre as cláusulas “elaboradas para utilização futura”, e o estudo se reporta, na maioria das vezes, para a fase de execução, ou seja, dos contratos que estão sendo utilizadas no cotidiano. Todavia, o dispositivo legal aplica-se da mesma forma, eis que no final do texto legislativo traz essa permissão ao dizer “independentemente da sua inclusão efectiva”.

Entende-se que a principal finalidade da ação inibitória é de permitir que os tribunais eliminem cláusulas que porventura se apresentem como abusiva<sup>222</sup> em qualquer negócio jurídico que se enquadre no DL nº 446/85, como no caso dos contratos de adesão de seguro de saúde<sup>223</sup>. Porém, como é de conhe-

---

<sup>220</sup> Destacam-se, ainda, os artigos 10º e 11º da Lei de Defesa do Consumidor e o teor da Lei nº 25/2004, de 08 de julho, que procedeu à transposição para o direito interno da Diretiva n.º 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio.

<sup>221</sup> Jurisprudência destacada pela PGDL: “6. Ac. TRP de 17.05.2017 Cláusulas contratuais gerais. Ação inibitória. Divulgação de sentença. I – Na ação inibitória, prevista no regime das cláusulas contratuais gerais, o que está em causa não é um controlo concreto de uma certa cláusula de um determinado contrato, mas um controlo abstrato sobre a cláusula para acautelar o risco de uma multiplicação não contrariada de cláusulas inválidas. (...)” Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=837&tabela=leis&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis&so_miolo=). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>222</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Cláusulas abusivas no contrato de seguro. *Revista de Direito Civil*. vol. 1. ano. V. p. 115-128. Coimbra: Almedina, 2020.

<sup>223</sup> Jurisprudência citada no sítio eletrónico da PGDL: “2. Ac. do STJ de 10.04.2014. Ação inibitória. Cláusula contratual geral. A finalidade da acção inibitória é a de garantir, preventivamente, uma tutela complementar do aderente, proibindo, para o futuro e independentemente da sua inclusão em contratos singulares, o uso de cláusulas contratuais gerais violadoras do princípio da boa-fé ou que ponham em causa o equilíbrio das prestações.” Dis-

cimento geral, o tribunal sozinho não age, deve ser provocado para o devido exercício do seu *mister*.

Com efeito, o diploma legal (art. 25º) legitimou as associações de defesa do consumidor<sup>224</sup>, as associações sindicais ou profissionais e o Ministério Público<sup>225</sup>. Particularmente, a efetividade da busca desta tutela, na maioria das vezes, recairá mediante provocação de algum consumidor que se sentiu lesado porque o segurador não lhe autorizou o cuidado de saúde pretendido ou não efetivou o reembolso, sob o manto da cláusula delimitadora negativa da prestação constante do contrato de adesão. Essa provocação do consumidor desperta estudos dos modelos contratuais que estão disponíveis para adesão, instigando a possível propositura da ação inibitória.

Acredita-se que as associações de defesa do consumidor, geralmente, por possuírem um quadro reduzido de colaboradores e uma infinidade de assuntos que regem as relações de consumo, acabam por não realizarem estudos rotineiros das cláusulas contratuais gerais visando a propositura de novas ações. Já em relação ao Ministério Público, realmente deve ser provocado, seja pelo Provedor de Justiça ou pelo consumidor<sup>226</sup>. Saliente-se que o Ministério Público é um aliado extremamente importante do consumidor na luta contra os abusos contratuais.

Registre-se, que por meio da Lei nº 32/2021, o Governo visa criar o “sistema de controlo e prevenção de cláusulas abusivas”, a depender da regulamentação, pode-se concretizar numa melhor efetividade da eliminação das cláusulas abusivas<sup>227</sup>.

---

ponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=837&tabela=leis&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis&so_miolo=). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>224</sup> Trata-se de uma garantia constitucional, conforme artigo 60º, nº 3 da CRP.

<sup>225</sup> BAPTISTA, Fátima. A proteção do consumidor de seguros. Revista do Ministério Público. vol. 139. ano 38. p. 103-139. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, jan./mar. 2017.

<sup>226</sup> Para Ana Prata trata-se de um “percurso excessivamente longo para ser eficaz: o aderente queixa-se ao Provedor de Justiça; este, se considerar o pedido fundamentado, comunica ao Ministério Público e este último, por sua vez e finalmente, propõe a acção.” PRATA, Ana. Contratos de adesão e cláusulas gerais: anotações ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 606.

<sup>227</sup> Ana Prata, citando Mario Marsili, defende que o controle administrativo é o único instrumento eficaz, em que pese ocorrer uma “rigidez burocrática”, porém, afirma que “é um perigo que vale bem a pena correr.” Em seguida, a Autora cita vários exemplos de outros países que adotaram o controle administrativo. PRATA, Ana. Contratos de adesão e cláusulas gerais:



A competência para julgamento da ação inibitória está prevista no artigo 28º, como regra geral, fica adstrita ao tribunal da comarca onde o segurador se encontra desempenhando sua principal atividade, sendo fora do território nacional, deve ser considerada a sua sede ou no lugar onde as cláusulas foram propostas ou recomendadas. Reforça-se a existência de 37 (trinta e sete) empresas que possuem autorização estatal para ofertar seguro de saúde no território nacional, sendo 21 (vinte e uma) com sede principal em Portugal e as demais em países estrangeiros, porém, com as devidas sucursais.

Em que pese a garantia constitucional das associações<sup>228</sup> de defesa do consumidor para a devida propositura de ação inibitória, bem como as disposições do DL nº 446/85, cabe o registro da Lei nº 25/2004, de 8 de julho, em atenção a Diretiva nº 98/27/CE, que robustece a sua legitimidade, todavia, restringe à atuação somente para aquelas que estão devidamente registradas perante a Direção Geral do Consumidor<sup>229</sup> e que por sua vez, junto à Comissão Europeia.

Como já dito anteriormente, não há na lista negra, de forma direta, qualquer restrição a cláusula delimitadora negativa da prestação no contrato de adesão de seguro de saúde, portanto, a ação inibitória terá, na sua maioria, a fundamentação por ofensa a boa-fé objetiva, demandando ao julgador que na sua decisão conste se os pressupostos procedimentais e substanciais não foram violados e descreva os critérios concretizadores do princípio normativo contemplando o âmbito da proibição (art. 30º). A especificação completa da fundamentação per-

---

anotações ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 2010, p. 594. Até a entrega deste texto o Governo não regulamentou a Lei nº 32/2021, sobre a criação do sistema de controle das cláusulas abusivas

<sup>228</sup> Registre-se, a promulgação do Decreto-Lei nº 71/2021, que assegura a execução do Regulamento (UE) 2017/2394, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de proteção dos consumidores, restando estabelecidas várias possibilidades das “organizações de consumidores” (assim se reporta o texto original sobre as associações) atuarem no auxílio das autoridades nacionais.

<sup>229</sup> A legislação ainda diz “Instituto do Consumidor”, entretanto, na Resolução do Conselho de Ministros n.º 39/2006, de 21 de Abril, o Governo deliberou que o Instituto do Consumidor fosse integrado na administração direta do Estado com a designação de Direção-Geral do Consumidor (DGC), tendo o artigo 14.º da Lei Orgânica do Ministério da Economia e da Inovação consagrado a sua existência, conforme restou previsto no preâmbulo do Decreto Regulamentar nº 57/2007, que por sua vez se encontra revogado pelo Decreto Regulamentar nº 38/2012, publicado no Diário da República, 1.ª série — N.º 71 — 10 de abril de 2012. Para mais informações sobre a DGC, consulte: <https://www.consumidor.gov.pt/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

mite ao demandado conhecer os verdadeiros elementos de convencimento do julgador, que não devem ser baseados em subjetividade ou arbitrariedade.

O artigo 30º, nº. 2, possibilita que a decisão seja publicada, tornando-se mais um mecanismo de proteção do consumidor, eis que pode servir de alerta para vários contratantes que possuem o mesmo conteúdo no seu clausulado. A depender da determinação da envergadura da publicidade, pode-se atingir mais consumidores, ou do contrário, acabará sendo uma questão de formalidade. Presumível que hodiernamente o legitimado ativo não deixe de pedir a publicação, a questão cinge-se em como fazer o pedido, pois o segurador consome recursos financeiros para divulgar o seu seguro, geralmente, em horários de maior público nos meios de comunicação, sendo que a simples determinação de publicação em páginas de jornais “escondidas”, torna-se um bom exemplo que não atingirá a finalidade da disposição legal. O julgador deve compreender, entre outros, o potencial lesivo da cláusula, a dimensão do segurador no mercado de cuidado de saúde, a quantidade de consumidores envolvidos, os meios de comunicação mais utilizados na localidade onde foi proferida a decisão, enfim, fatores que efetivem o cumprimento legal.

Da leitura do n. 3º, do artigo 11º da Lei nº 24/96, percebe-se uma diferença entre o teor do n. 2, do artigo 30 do DL nº 446/85, neste diz ser necessário o pedido, naquele a publicação é cogente, entretanto, nas duas há uma dependência perante o julgador para maior efetividade. O processo nº 813/09.8YXLSB.S1<sup>230</sup>, que foi julgado no Supremo Tribunal de Justiça, ilustra com clareza toda situação exposta sobre a publicação. Em síntese, trata-se de ação inibitória, com fundamento no DL nº 446/85, para erradicar cláusulas no contrato de adesão de uma grande instituição de crédito, proposta pelo Ministério Público, que fez o pedido de publicação de forma muito genérica “condenação da Ré a dar publicidade a tal proibição e a comprovar nos autos essa publicidade”, porém, foi acatado, constando da sentença a obrigação de publicar em “dois dos jornais diários de maior tiragem editados em Lisboa e Porto, durante três dias consecutivos (...) de tamanho não inferior a ¼ de página.”. Recurso interposto, *per saltum*<sup>231</sup>, reformada a sentença pelo STJ, enten-

---

<sup>230</sup> Detalhes do julgamento, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>231</sup> “A extinção da instância por inutilidade superveniente da lide está prevista no artigo 287.º, alínea e) e traduz uma emanação do princípio geral consignado no artigo 138.º, ambos do Código de Processo Civil.”. Esclareça-se que somente foi aceito pelo STJ a revista em virtude da publicação, negando-se aos demais pedidos, que retrocederam ao tribunal de origem competente.

dendo exagerada a publicação no ¼ de folha e durante três dias, condenando “no prazo e nos locais constantes da decisão recorrida, mas reportada apenas a um dia e a tamanho não inferior a 1/6 de página.”. A redução da obrigação imposta de publicação acaba esvaziando a finalidade da regra, qual seja, disseminar para o maior número de pessoas o teor da decisão judicial<sup>232</sup>.

A rigor, entende-se que para melhor efetividade de se alcançar a totalidade dos consumidores envolvidos seria obrigar o demandado a enviar comunicação para todos aqueles que possuem o conteúdo da cláusula que foi considerada abusiva, inclusive em respeito a própria boa-fé objetiva.

Outro mecanismo importante para a proteção do consumidor diz respeito a obrigatoriedade (art. 34º) dos tribunais em remeter, para o Ministério da Justiça, as decisões, transitadas em julgado, que proibiram o uso de determinadas cláusulas abusivas<sup>233</sup>. A Direção-Geral da Política de Justiça, integrante do Ministério da Justiça, desempenha a atividade de organizar e manter atualizado o registro das decisões enviadas pelos tribunais. Em consulta na sua base de dados<sup>234</sup>, não foi identificada nenhuma decisão referente a cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde.

Pontua-se que os registros são referentes somente as decisões provenientes das ações inibitórias postuladas pelos legitimados, fato que pode ser, a princípio, justificado por constar no “Capítulo VI – Disposições processuais” e até mesmo para a devida segurança jurídica, haja vista a variável de entendimento entre os julgadores sobre determinada cláusula. O alerta que se faz diz respeito

---

<sup>232</sup> Para não ficar na subjetividade do julgador, a imposição de critérios objetivos de divulgação seria mais justa. Como exemplo, cite-se o artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que caso haja determinação de contrapropaganda, por publicidade enganosa ou abusiva, o responsável deverá divulgar da “mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício”.

<sup>233</sup> A Portaria n.º 1093/95, de 6 de setembro, atribui ao Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça a organização e a manutenção atualizada daquele registro. O Gabinete de Direito Europeu foi substituído pelo Gabinete para as Relações Internacionais Europeias e de Cooperação, em 2001, e, posteriormente, pelo Gabinete de Relações Internacionais da DGPJ, em 2007. Para consulta: <https://dgpj.justica.gov.pt/Registo-de-Clausulas-Contratuais-Gerais-Abusivas>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>234</sup> A pesquisa foi realizada nos 363 registros constantes da base de dados, especificados pelos seguintes anos: 1993:05; 1994:11; 1995:10; 1996:16; 1997:07; 1998:09; 1999:15; 2000:07; 2001:09; 2002:05; 2003:06; 2004:07; 2005:04; 2006:06; 2007:45; 2008:16; 2009:17; 2010:30; 2011:09; 2012:19; 2013:26; 2014:12; 2015:20; 2016:13; 2017:22; 2018:06; 2019:08 e 2020:03 (até 19 ago. 2021, data da última consulta).

as ações individuais de cada consumidor, pois mesmo considerado uma cláusula abusiva não são enviadas ao registro. Por iniciativa do Poder Judiciário, no viés da proteção estatal aos consumidores, seria prudente que essas decisões fossem enviadas para o Ministério Público, caso não tenha participado no curso da ação, pois ocorrendo sua participação já teria conhecimento da mesma e poderia avaliar a propositura de ação inibitória.

Esclareça-se que, a melhor conduta é o registro referente as ações inibitórias, como pensado pelo legislador e atualmente executado, para a devida segurança jurídica, todavia, pode-se pensar em avançar para remessa das decisões nas ações individuais ao Ministério Público para alargar a proteção da coletividade dos consumidores.

#### **5.4. Código de Defesa do Consumidor brasileiro e as cláusulas delimitadoras negativas da prestação**

Historicamente, desde os milênios passados, sempre ocorreu de uma pessoa vender um bem a quem se interessava adquiri-lo, também era comum a troca de um bem por outro (escambo), mediante as necessidades do cotidiano, incluindo-se nesses os alimentos (grãos, farinhas), animais, além de armas (facas, espadas) para proteção pessoal e da propriedade. Os bens existentes eram artesanais, poucos exemplares, não existia tanto conhecimento e matéria-prima.

O direito existente, principalmente o direito romano, já traçava algumas linhas de proteção do adquirente, *v.g.*, evicção e os vícios redibitórios. Vigorou por longo tempo no direito a ideia do individualismo, a situação de igualdade entre as partes, centrada na autonomia da vontade.

Porém, o mundo mudou com a Revolução Industrial, o agigantamento da indústria, o crescimento do comércio, a publicidade e os novos processos de venda formaram um conjunto de forças desproporcionais em relação ao consumidor.

Com essa nova realidade, despertou-se para os interesses coletivos ao lado dos interesses individuais, vislumbrando-se novos direitos, entre eles, o direito do consumidor, todavia, havia um descompasso entre o social e o jurídico, sendo que o ordenamento jurídico não disponha de regras eficazes, estando superado em relação a esse novo cenário econômico e social<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> ROPPO, Enzo. O contrato. Trad. portuguesa de Ana Coimbra e de Manuel Januá-

Portanto, surgiu em todo o mundo, e no Brasil não foi diferente, a necessidade de se codificar ou de legislar sobre as relações jurídicas de consumo, principalmente para a proteção da parte mais fraca (*favor debilis*).

Os novos direitos, após a segunda guerra mundial, inclusive o direito do consumidor, acabaram abalando a hegemonia das codificações existentes<sup>236</sup>, no caso do Brasil, especialmente a do Código Civil, com suas disposições impregnadas nas ideias liberais do início do século, com vista a tutelar os interesses individuais<sup>237</sup>. Assim, os princípios que norteavam as relações de compra e venda, como a autonomia da vontade, o “*pacta sunt servanda*” e a própria responsabilidade fundada na culpa, as quais contribuíam para gerar desigualdades econômicas e jurídicas entre fornecedor e consumidor, sofreram restrições, foram relativizadas, para se adequarem à atual sociedade<sup>238</sup>.

O “direito do consumidor”<sup>239</sup>, sem dúvida, pela sua amplitude, desponta como o inovador ou causador do novo ordenamento jurídico, surgiu para mitigar as desigualdades, principalmente em virtude da implementação

---

rio Costa Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 303-304. O Autor sobre contacto social ensina que “o complexo de circunstâncias e de comportamentos – valorados de modo socialmente típico – *através dos quais se realiza, de facto, operações económicas e transferências de riqueza* (grifo do autor) entre os sujeitos, embora faltando, aparentemente, uma formalização completa num contrato, entendido como encontro entre uma declaração de vontade com valor de proposta e uma declaração de vontade conforme, com o valor de aceitação: assim, por exemplo, é contacto social a aquisição de bens e serviços de massa nas formas a que chamámos ‘automáticas’; e é o contacto social a prestação de facto de actividade laboral a favor de um outro sujeito. E, por força deste contacto social, a relação económica entre sujeitos interessados é reconhecida e tutelada pelo direito, que a trata como relação jurídica e, mais precisamente, como relação contratual”.

<sup>236</sup> O Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil publicou o Enunciado nº 167: “Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.” In: Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados/coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 38.

<sup>237</sup> O Estado liberal tinha a premissa que todo indivíduo era livre para contratar ou não, para escolher com quem pretendia contratar, para inserir o que pretendia no conteúdo contratual, porém, com o passar dos anos constatou-se que era uma falácia, o absolutismo da autonomia da vontade não tinha mais espaço na sociedade contemporânea.

<sup>238</sup> Teresa Negreiros ensina que “à ênfase na liberdade sucede à ênfase na paridade”. NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato. Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 158.

<sup>239</sup> Em Portugal, “Direito do Consumo”.

dos contratos de adesão, com cláusulas preestabelecidas unilateralmente pelo fornecedor sem qualquer negociação com o consumidor, impondo suas condições negociais.

Com o advento da Constituição da República brasileira, no ano de 1988, restou previsto em seu artigo 5º, inciso XXXII, “que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Fato reforçado no artigo 48<sup>240</sup> do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como mandamento ao Poder Legislativo de elaborar o código de defesa do consumidor<sup>241</sup>.

Portanto, em 11 de setembro de 1990 foi publicado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), com *vacatio legis* de cento e oitenta dias, a contar da publicação (art. 118), entrou em vigor em março de 1991. Registre-se que se trata de um código de proteção e defesa para um sujeito de direitos, o *consumidor*, proclamado como vulnerável, por não possuir conhecimentos sobre a fabricação, produção, comercialização do produto ou serviço que visa adquirir ou utilizar, esses todos restritos e manipulados pelo fornecedor.

A literatura jurídica imprime ao CDC como sendo um “microssistema”<sup>242</sup> ou “subsistema autônomo”<sup>243</sup>, quer com isso evidenciar sua prevalência com relação as demais normas com a mesma hierarquia, atuando em qualquer

---

<sup>240</sup> “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

<sup>241</sup> Cláudia Lima Marques destaca a importância do direito do consumidor ter sido introduzido no Brasil pela via originária constitucional, enfatizando que: Em resumo, certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário. A Constituição seria a *garantia* e o *limite* de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor.” BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

<sup>242</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ. Salvador: Edições Juspodivm, 2011, p. 33.

<sup>243</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Curso de direito do consumidor: com exercícios. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65. Júlio Moraes Oliveira discorre que “Em 1979, o jurista Italiano Natalino Irti, em sua consagrada obra *L'età della decodificazione*, apresentou uma tendência das legislações do final do Século XX que não possuíam mais a pretensão de completude dos códigos do período anterior. Denominou essas novas legislações de microcodificações, microcódigos ou microssistemas. Esses microssistemas retiram matérias antes pertencentes aos códigos civis ou comerciais e abordam os assuntos de maneira mais específica.”. OLIVEIRA, Júlio Moraes. Curso de Direito do Consumidor Completo. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016, p. 66.

contrato de consumo, mesmo havendo outra norma infraconstitucional que trate do assunto<sup>244</sup>.

Justamente, neste particular, interessa explorar o estudo, haja vista a existência no ordenamento jurídico brasileiro da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde, portanto, disciplinando, entre outras situações, a relação jurídica de consumo envolvendo o consumidor (beneficiário) e o fornecedor (operadora ou seguradora), tendo como objeto primordial a prestação de assistência à saúde. Ressalte-se que o artigo 35-G<sup>245</sup> do referido diploma legal determina à aplicação subsidiária do CDC nos contratos “entre usuários e operadoras”.

Um pequeno exemplo ilustra essa interação das normas, como diz Cláudia Lima Marques o “*diálogo das fontes*”<sup>246</sup>, diz respeito a inexistência de previsão na lei especial sobre nulidade de cláusula contratual, essa disposição encontra-se disciplinada no CDC. Lado outro, está previsto na referida lei um elenco de procedimentos e eventos em saúde que permite a delimitação negativa da prestação de assistência à saúde, que tem sido, em vários momentos, desconsiderado pelo Estado Juiz por entender que contraria o CDC.

Após essas linhas introdutórias, propõe-se evidenciar adiante somente algumas regras pontuais dispostas no CDC, começando pelo direito básico de proteção, modificação ou revisão das cláusulas contratuais, direito básico à informação, passando para análise das cláusulas abusivas, especialmente, em relação a cláusula geral de boa-fé objetiva e aquelas que proporcionam “desvantagem exagerada”, terminando com as disposições sobre os contratos de adesão, sempre buscando traçar esse conteúdo à luz da cláusula delimitadora negativa da prestação de assistência à saúde.

---

<sup>244</sup> Sergio Cavaliere explica que “Aqui não cabe invocar o princípio *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, porque em matéria de consumo o Código de Defesa do Consumidor é lei especial, específica e exclusiva, a lei que recebeu da Constituição a incumbência de estabelecer uma disciplina única e uniforme para todas as relações de consumo, que deve prevalecer naquilo que inovou. As leis incompatíveis com o Código do Consumidor, gerais ou especiais, não prevalecem, apenas coexistem naquilo que com ele estão em harmonia.”. CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 5 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 15.

<sup>245</sup> Lei nº 9.656/98: “Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990.”.

<sup>246</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 45. ano. 11. p. 71-99. São Paulo: Ed., RT, jan./mar, 2003.

#### 5.4.1. Direito básico de proteção, modificação ou revisão

Estão previstos no CDC (art. 6º) um elenco de *direitos básicos*<sup>247</sup>, ou seja, pretendeu o legislador estabelecer, expressamente, algumas tutelas gerais de direito material e processual do consumidor, não se restringindo a elas como exaustivas<sup>248</sup>, pois da leitura do código identifica-se um vasto mecanismo de direitos específicos, inclusive a grande parte deles relacionados a essas tutelas, atendendo-se assim a finalidade da norma, de proteção e defesa do sujeito vulnerável da relação de consumo.

A legislação ao determinar direitos para alguém (consumidor) impõe deveres, neste caso, para o fornecedor, que tem a obrigação de não contrariar tais regras em prol do seu interesse econômico, eis que são comportamentos ilícitos (*ipso facto*), sujeitando-se aos seus efeitos jurídicos, indenização, alteração contratual, multas administrativas e até sanções penais.

Por se estar tratando neste estudo sobre “assistência à saúde”, cabe, de forma breve, antes de partir para o mérito das cláusulas contratuais, destacar a existência do seguinte direito básico: “I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;”.

O *mens legis* está relacionado a qualidade com segurança dos produtos e serviços colocados à disposição do consumidor no mercado de consumo, não bastando serem adequados para o fim que se destinam, devem garantir a segurança necessária para não violar a integridade física-psíquica do consumidor<sup>249</sup>.

A regra exposta<sup>250</sup> torna-se de fácil compreensão ao dizer que o fabricante de brinquedos não pode introduzir no mercado produto incompatível

---

<sup>247</sup> Em Portugal, a Lei nº 24/96 (Lei de Defesa do Consumidor), também estabelece um elenco de direitos do consumidor (art. 3º), que anteriormente estava previsto na Lei nº 29/81, revogada por esta, no mesmo artigo 3º. Para Leonardo Garcia são “aqueles que irão servir de base na orientação e instrumentalização das relações de consumo”. GARCIA, Leonardo de Medeiros, op. cit., p.85.

<sup>248</sup> Veja que o próprio código reconhece outros direitos: “Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”.

<sup>249</sup> O desdobramento deste direito básico está positivado nos artigos 8º a 10º, 12 e 14, todos dos CDC.

<sup>250</sup> No direito português, regras semelhantes: art. 64º da Constituição da República e Lei nº 24/96, principalmente, os artigos 3º e 5º.



com a idade da criança, com objetos pontiagudos ou esferas metálicas que ao ser manuseado pode lesá-la, assim, como, um parque de diversões utilizar-se de materiais impróprios na manutenção dos brinquedos, além da inserção de alimentos com substâncias tóxicas ou que possam provocar doenças, enfim, variados exemplos poderiam ser citados para justificar a real intenção do legislador para coibir práticas perigosas ou nocivas ao consumidor.

Entende-se que a regra legal acima não se aplica, por exemplo, quando consta do contrato de adesão de plano de saúde a cláusula delimitadora negativa da prestação de internação domiciliar (*home care*). Porém, se o consumidor receber do estabelecimento de saúde pertencente à rede conveniada da operadora um tratamento com utilização de técnicas não reconhecidas pela sociedade médica ou órgãos públicos, essa prática deve ser banida por colocar o consumidor em risco, cabendo à proteção da saúde.

Com efeito, se os estabelecimentos de saúde da rede conveniada atenderem os consumidores sem a devida observância e protocolos sanitários ou utilizam de produtos não autorizados para determinado tratamento, não há dúvida que estão violando a disposição contida no CDC. A operadora ao credenciar um estabelecimento de saúde deve exigir qualidade e segurança para seus consumidores, ficando obrigada a monitorar seus terceirizados, sob pena de responsabilização pelos danos por eles provocados<sup>251</sup>.

Após esses devidos esclarecimentos sobre o “direito básico proteção à saúde”, passa-se à análise do direito de proteção, modificação ou revisão das cláusulas contratuais inseridas no contrato de adesão de plano de saúde.

A proteção contra as cláusulas abusivas é apenas um dos direitos insculpidos no inciso IV, do artigo 6º, senão veja: “a proteção contra a publicidade

---

<sup>251</sup> Bruno Miragem destaca o fenômeno das *redes contratuais* “Na sociedade hipercomplexa, as atividades econômicas e sociais não se realizam, em boa parte das vezes, por intermédio de um exclusivo contrato entre as partes definidas e conhecidas. Surge, como mencionamos, o fenômeno das redes contratuais, que ao mesmo tempo em que otimizam a relação entre as partes (especializando e concentrando esforços de cada um dos parceiros contratuais para uma determinada finalidade), determina-lhe também a responsabilidade pela frustração da prestação contratual por ato que se lhe impute, ou mesmo respondendo perante terceiros por descumprimento para o qual muitas vezes não contribuiu diretamente.” MIRAGEM, Bruno. *Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais*. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 191.

enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem com contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;”. Diante disso, como será abordado alhures o elenco, exemplificativo, das cláusulas abusivas introduzidas pelo CDC (art. 51), inspirado no direito português<sup>252</sup> e direito alemão<sup>253</sup>, cabe por agora reforçar que essas cláusulas visam restringir à liberdade contratual, tutelando o CDC o caráter material para combater a desigualdade na relação de consumo.

Adentra-se no direito de modificação<sup>254</sup> das cláusulas que apresentam prestações desproporcionais<sup>255</sup>. Percebe-se que se está em causa uma cláusula que, na sua concepção, formação já possuía uma lesividade ou contrariedade ao ordenamento jurídico pátrio, possibilitando ao Estado intervir para não prejudicar o consumidor. Inclusive, pontua-se que o fornecedor não pode invocar<sup>256</sup> essa regra para tentar modificar o conteúdo contratual por ele mesmo elaborado, reprime-se, é um direito básico do consumidor.

O direito de modificação é exigível pelo consumidor quando na execução do contrato constatar disparidade entre as obrigações assumidas, verificando que não são perfeitamente equivalentes a prestação e a contraprestação, frise-se, não em virtude de fatos supervenientes ou imprevisíveis, mas sim, como dito, da própria obrigação já instalada no contexto contratual, que culmina privilegiando o fornecedor, em afronta a equidade.

---

<sup>252</sup> Decreto-Lei nº 446/85, 16 de outubro, já explanado anteriormente neste capítulo.

<sup>253</sup> À época, pela AGB-Gesetz de 1976, revogada pela reforma do BGB (Código Civil) em 2002, sendo incorporadas no §305º e seguintes.

<sup>254</sup> Lei nº 8.078/90, artigo 6º, inciso V: “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”.

<sup>255</sup> Veja no Código Civil brasileiro: “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.”.

<sup>256</sup> Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.269.632/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 03/11/2011: “O art. 6º, V, do CDC, disciplina, não uma obrigação, mas um direito do consumidor à modificação de cláusulas consideradas excessivamente onerosas ou desproporcionais. Assim, referida norma não pode ser invocada pela administradora de consórcios para justificar a imposição de modificação no contrato que gere maiores prejuízos ao consumidor.”.

Com relação ao contrato de adesão de plano de saúde, cite-se alguns exemplos que ilustram com clareza a flagrante violação ao pressuposto de validade da desproporcionalidade: (i) fornecedor que estabelece no contrato mais delimitação negativa das prestações do que delimitação positiva; (ii) limitar o tempo de internação em UTI (unidade de tratamento intensivo) pelo prazo exíguo durante um ano de contrato e (iii) impor coparticipação em exames que transfira o custo total ou parcialmente elevado para o consumidor.

Pela regra disposta o efeito previsto não é a nulidade da cláusula, mas sua modificação, no intuito de adequar proporcionalmente as prestações e conservar<sup>257</sup> o contrato firmado entre as partes. É a busca pelo ideal, pelo justo, pela aspirada justiça comutativa do contrato<sup>258</sup>.

A segunda parte da regra é o direito a revisão “em razão de fatos supervenientes” que tornem as cláusulas contratuais “excessivamente onerosas”. Destaca-se, para não pairar dúvida, que não se trata da aplicação da “Teoria da imprevisão”<sup>259</sup>, que tem como fundamento os elementos da *imprevisibilidade e extraordinariedade*, portanto, na execução do contrato surge um fato imprevisível que altera as circunstâncias negociada, proporcionando o desequilíbrio contratual a favor de uma das partes.

Tem-se na redação da regra do CDC o pressuposto “fatos supervenientes”, ou seja, algum acontecimento que as partes não esperavam que poderia ocorrer ou mesmo era imprevisível determinado evento, que ao vir à tona tornou o contrato excessivamente oneroso para o consumidor.

---

<sup>257</sup> Registre-se de antemão, que mesmo quando considerada uma cláusula abusiva, com efeito de nulidade, aplica-se, quando possível, o princípio da preservação do contrato, essa a lição do artigo 51, §2º do CDC: “§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”.

<sup>258</sup> CANARIS, CLAUS-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In *Contratos: actualidade e evolução*. p. 49-66. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1997.

<sup>259</sup> Presente no Código Civil brasileiro: “Seção IV – Da resolução por onerosidade excessiva” – “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”.

A doutrina de Karl Larenz<sup>260</sup> denominou de “Teoria da base objetiva do negócio jurídico”, sendo, como dito, desnecessário ocorrer algum fato imprevisível para gerar direito à revisão por onerosidade excessiva, bastando que um evento se traduza como gravoso na obrigação assumida pelo consumidor, quebrando a relação de equivalência e inviabilizando sua finalidade quando da conformação do contrato.

As duas teorias citadas surgiram para relativizar a *pacta sunt servanda*, na primeira o efeito é a resolução contratual, podendo ser evitada, por modificação contratual, sendo que na segunda busca-se preservar o contrato, impondo-se a revisão<sup>261</sup>, caso não seja viável, opera-se para a resolução.

A finalidade econômica do contrato de adesão de plano de saúde é garantir a devida contraprestação em relação a prestação de assistência à saúde contratada, considerando espúrio e oportunista o lucro demasiado, ainda mais, quando ocasionado por fato superveniente que onere o consumidor.

Como exemplo, no período de maio de 2002 a abril de 2003, o índice inflacionário denominado IGP-M, que serve de base de reajuste, entre outros, para os contratos “antigos” de plano de saúde, alcançou o acumulado de 32,96%<sup>262</sup>, sendo que a média dos dois anos anteriores, para o mesmo período, foi de 9,5% (nove vírgula cinco por cento)<sup>263</sup>. As operadoras receberiam o valor da mensalidade reajustado de acordo com o índice previsto no contrato,

---

<sup>260</sup> “Segundo Larenz, o negócio jurídico possui duas, uma subjetiva e outra objetiva, a primeira é concebida juridicamente dentro da teoria do erro, caso ocorra algum vício de vontade. A parte objetiva constitui-se por elementos de equivalência entre prestação e contraprestação e pela finalidade objetiva do contrato, assim o contrato só deverá subsistir se sua base objetiva também subsistir. Contudo essa teoria apresenta um certo subjetivismo, pois admite, também, a imprevisibilidade das circunstâncias supervenientes.” SALES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Obrigações: estudos na perspectiva-civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 303-305.

<sup>261</sup> “A revisão contratual é, portanto, uma forma de se tentar manter o contrato tal como pactuado, sem ter que extingui-lo obrigatoriamente, apenas adequando as bases do pacto original a uma nova realidade, partindo-se da noção de que o vínculo obrigacional não é estático e sim dinâmico, sujeito à ação do tempo, devendo, portanto, sofrer a influência de fatores determinantes das injunções sociais, polarizado pela ideia do adimplemento.” RANGEL, Maurício Crespo. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 71. ano 18. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2009, p. 171/172.

<sup>262</sup> Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAOPublico/corrigerPorIndice.do?method=corrigirPorIndice>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>263</sup> Para reajuste em 2001 (8,9%) e 2002 (10,43%).

contudo, as coberturas assistenciais contratadas não seriam ampliadas, ou seja, a contraprestação pelas prestações de assistência à saúde foi onerada em virtude de fato superveniente. Na época, os consumidores ingressaram com ações judiciais requerendo como tutela a nulidade do reajuste e sua aplicação pelo índice de reajuste divulgado pela ANS para os contratos “novos” individuais e familiares, que para o citado período foi de 9,27% (nove vírgula vinte e sete por cento)<sup>264</sup>. O Poder Judiciário acatou o pedido e concedeu a tutela de modificação e não de revisão, ao determinar a alteração contratual, excluindo o IGP-M e impondo que os reajustes seguissem o índice da ANS até o futuro término contratual. Passados dois anos, ocorreu o inverso, o IGP-M acumulado foi negativo (-0,91), enquanto a ANS divulgou o índice de reajuste de 11,69%, sendo que vários consumidores acionaram, novamente, o Poder Judiciário requerendo a tutela de retorno do índice contratual excluído, porém, não obtiveram êxito nas ações.

Esse caso ilustra com clareza os efeitos da decisão judicial, sendo que o correto seria aplicar a revisão, enquanto vigorasse a onerosidade excessiva, período em que restaria equilibrado o contrato. Ao determinar a modificação do índice lícito (IGP-M), pactuado entre as partes antes da edição da Lei nº 9.656/98, pelo índice divulgado pela ANS, que se aplica aos contratos “novos”, julgou contrário ao previsto na lei especial de planos de saúde e, de forma equivocada, empregou o artigo 6º, V do CDC.

Em que pese o fornecedor não possa se utilizar desta regra do CDC, cabe registrar o inconformismo das operadoras sobre a obrigatoriedade de atualizar o “Rol da ANS” (delimitação positiva), a cada dois anos, sem incorporar o aumento dos custos na contraprestação do consumidor<sup>265</sup>. O órgão regulador

---

<sup>264</sup> Agência Nacional de Saúde Suplementar, Resolução Normativa nº 36/2003.

<sup>265</sup> Veja, inicialmente, trecho de uma reportagem do ano de 2008: “Segundo a Abramge, que impetra ação contra o novo rol da ANS, o percentual pode ficar entre 6% e 10%; a consultoria Towers Perrin, algo entre 2,3% e 6,6%; fora o primeiro levantamento da própria ANS, entre 2% e 6% de alta. O presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Fausto Pereira dos Santos, disse não ser possível calcular o impacto financeiro provocado pelo novo rol de procedimentos definido pela Agência. Aproveitando-se do fato de os estudos sobre os impactos apresentarem alta entre 2% e 10% nos custos, Fausto dos Santos tachou-os de inconsistentes, dada a forte variação de cinco vezes.”. Disponível em: <https://www.cqcs.com.br/noticia/ans-tacha-estudos-sobre-custos-com-novo-rol-de-inconsistentes/>. Acesso em: 05 nov. 2021

Em 2021, outra reportagem, a ANS divulgou o impacto financeiro do novo rol que incorporou mais 69 procedimentos e eventos em saúde: “Pela primeira vez, a ANS estimou o impacto orçamentário gerado pelos novos itens, uma medida fundamental para medir o efeito

entende que o reajuste anual, nos termos do contrato, é o mecanismo que deve suportar os futuros custos para o devido equilíbrio.

O legislador positivou mecanismos jurídicos próprios para a devida efetivação do reequilíbrio contratual, que, se fossem observados pelos fornecedores, desde a conformação e nas situações de fatos supervenientes, não precisariam sequer da intervenção judicial para a correção das cláusulas. A atuação do Estado se impõe pela conduta desleal ou pela noção arraigada do fornecedor que o contrato é imutável, prevalecendo a autonomia da vontade. É justamente o oposto, a preocupação constitucional de defesa do consumidor confere uma obrigação estatal de intervenção nas relações privadas, modificando ou revisando os excessos, no intuito de proteção do aderente (*favor debilis*).

#### 5.4.2. Direito à informação: desafios para sua efetivação procedimental

Não há dúvida para todos os operadores do direito a existência da obrigação do dever de informar imposta pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>266</sup> para todos os fornecedores<sup>267</sup> que lançam e mantêm seu produto ou serviço no mercado de consumo. Para alguns produtos a informação a ser prestada é mais simples, porém, em se tratando de contrato de adesão de plano de saúde torna-se mais complexa, ainda, mais que não há espaço para negociação das cláusulas entre as partes.

O controle da ANS é intenso, inclusive no que tange a atual liberdade

---

sobre os custos e sobre a formação de preços e mensalidades. A estimativa do órgão regulador vai de R\$ 1,52 bilhão a R\$ 2,41 bilhões, o que equivale a até 1,5% da despesa assistencial registrada nos últimos 12 meses até setembro de 2020 (dado mais recente disponível)”. Disponível em: <https://fenasaude.org.br/noticias/novas-coberturas-ampliam-atendimento-dos-planos-de-saude-mas-impacto-sobre-os-custos-preocupa.html>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>266</sup> Para citar alguns artigos mais afetos a contratação do plano de saúde: 6º, III e parágrafo único; 8º, §2º; 14, 20, 30, 31, 36, 46, 47 e 54, §§ 3º e 4º.

<sup>267</sup> Para Paulo Luiz Netto Lôbo: “O dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa fé objetiva, significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva e prejudicial. (...) Na evolução do direito do consumidor assumiu feição cada vez mais objetiva (...) transoformando-o no correspectivo do direito à informação, como direito fundamental, e o elevando a condicionante e determinante do conteúdo da prestação principal do fornecedor. Não se trata apenas de dever anexo.”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Estudo de Direito do Consumidor*. vol. 3. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2001, p. 33-34.

contratual de modelação do conteúdo pelo fornecedor, haja vista que para os contratos “novos”<sup>268</sup> atribui a detida observância ao “Manual de elaboração dos contratos de planos de saúde”<sup>269</sup>, contendo, em detalhes, as informações que devem ser vinculadas no contrato de adesão por todas as operadoras. A par disso, no campo da delimitação positiva contratual sobre os cuidados de saúde, existem mais de 3.000 (três mil) procedimentos e eventos que devem ser prestados obrigatoriamente pelo fornecedor, todos retirados da literatura médica, ou seja, na maioria com grau de dificuldade para quem não atua nesta área técnica, além das várias regras impostas na lei especial<sup>270</sup> e outras tantas constantes dos normativos expedidos pela ANS<sup>271</sup>. Basicamente, o consumidor contrata levando em consideração somente o preço, se cabe ou não no seu orçamento mensal, às vezes, acrescido sobre a rede conveniada mantida pela operadora.

Nesse sentido que consiste no desafio para a operadora: como cumprir o dever informação clara, adequada e compreensível, das cláusulas delimitadoras negativas da prestação, respeitando os ditames do Código de Defesa do Consumidor (CDC)? Nos dizeres do CDC (art. 46), se não for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio do conteúdo contratual, ou se o clausulado for redigido de modo a dificultar a sua compreensão de seu sentido e alcance, desobriga o consumidor das suas obrigações na relação jurídica de consumo<sup>272</sup>. Alia-se a esse direito, o previsto no artigo 54, §4º do mesmo

---

<sup>268</sup> Nos *contratos antigos*, o fornecedor que atuava neste mercado de consumo tinha mais liberdade para determinação o conteúdo contratual, isto porque não havia um órgão regulador específico para as relações de consumo de plano ou seguro de saúde.

<sup>269</sup> Instrução Normativa ANS nº 23/2009, anexo I.

<sup>270</sup> Lei nº 9.656/98, especialmente, artigo 16.

<sup>271</sup> Para consulta sobre todos os atos expedidos pela ANS, acesse: [https://www.ans.gov.br/index.php?option=com\\_legislacao&view=legislacao](https://www.ans.gov.br/index.php?option=com_legislacao&view=legislacao). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>272</sup> Nesse sentido, o artigo 5º c/c artigo 8º do DL nº 446/85 e artigo 5º da Diretiva 93/13/CEE. Marisa Silva Monteiro, citando Prölss, contextualiza que: “A boa opção legislativa que se aponta neste domínio é a alemã, pela consagração em letra de lei dos princípios gerais enunciados nas directivas comunitárias, como o princípio emergente das normas comunitárias que exigem o fornecimento de determinadas informações ao tomador do seguro e que estabelecem que este sujeito só ficará vinculado depois de receber as informações em causa, ou seja, o tomador do seguro não fica vinculado enquanto o dever de informação do segurador não for cumprido – princípio expressamente consagrado no artigo 3.º, n.º 1 da Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002 (entretanto alterada pelas Directivas 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005; 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro de 2007 e pela Directiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25

diploma, determinando que as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Ressalta-se que toda informação sobre essa “hipercomplexa” atividade econômica está sob os auspícios do fornecedor, a qual envolve os cálculos atuariais, riscos e suas probabilidades de ocorrência, métodos, técnicas, terapias reconhecidas pela medicina e que estão previstas na cobertura legal, assim como os efeitos que geram as delimitações das prestações legais (art. 10) e contratuais, a qualidade dos prestadores da rede conveniada contratada, a precificação dos serviços contratados, a solvência dos consumidores, o custo administrativo, que anualmente são afetados por negociações com sindicatos, os custos dos materiais, próteses, órteses, insumos e medicamentos, enfim, uma colossal operação que tem por finalidade precípua garantir a devida prestação de assistência à saúde ao consumidor, quando necessitar, dentro da modelação contratual imposta pelo órgão regulador e pela legislação vigente.

A Lei do Plano de Saúde (LPS) regimenta (art. 16, par. único) a entrega, a todo consumidor titular de plano individual ou familiar, a cópia do contrato de adesão, e, ainda, material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as características, direitos e obrigações. Trata-se de momento diferente do determinado pelo CDC, no qual impõe o conhecimento prévio e a LPS é em seguida a formalização da adesão. Em ambas, converge-se para que o texto seja de fácil leitura e compreensão. O desafio persiste para operadora em demonstrar que conseguiu informar a complexidade do contrato previamente para atender o CDC.

A ANS interveio e regulamentou o tema em relação ao “material explicativo”, determinando para todos os planos (individuais ou coletivos) a obrigatoriedade<sup>273</sup> de entregar ao novo beneficiário (consumidor) dois formulários: (i) Manual de Orientação para Contratação de Planos de Saúde – MPS e (ii)

---

de Novembro de 2015) – e que o legislador alemão adoptou como explica Prölss, in Prölss/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, Munique, 2004, p. 142, n.º 8”. MONTEIRO, Marisa Silva. O contrato de seguro de saúde. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 15. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2019, p. 172-173, nota de rodapé 12.

<sup>273</sup> Resolução Normativa ANS nº 195/2009: “Art. 24 Como parte dos procedimentos para contratação ou ingresso aos planos individuais ou coletivos, as operadoras, inclusive classificadas na modalidade de Administradora de Benefícios, deverão entregar ao beneficiário o Manual de Orientação para Contratação de Planos de Saúde – MPS e o Guia de Leitura Contratual – GLC.”



Guia de Leitura Contratual – GLC<sup>274</sup>. Exige que nos formulários constem a data de entrega, identificação das partes ou eventuais representantes constituídos. A não entrega dos formulários ou seu preenchimento incompleto são consideradas infrações<sup>275</sup> com sanção de multa de R\$5.000,00 (cinco mil reais), por cada descumprimento.

O detalhamento da regulamentação da ANS adveio com a publicação da Instrução Normativa da DIPRO<sup>276</sup> n° 20/2009, aduzindo que o MPS e o GLC são instrumentos destinados a informar ao beneficiário sobre os principais aspectos a serem observados no momento da contratação de planos de saúde e a facilitar a compreensão do conteúdo do contrato por meio da indicação das referências aos seus tópicos mais relevantes. Percebe-se a preocupação do órgão regulador em criar mecanismo que possa mitigar a igualdade substancial, sendo uma tentativa para que o ato de vontade do consumidor seja mais efetivo, haja vista as inúmeras informações que compõem o contrato de adesão de plano de saúde, eis que a entrega da cópia do contrato previsto na lei especial, por si só não atende ao direito de informação, não oportuniza ao aderente compreender o alcance das obrigações que estão sendo assumidas pelo fornecedor. A imperatividade no controle de formação é marcante no ato normativo da ANS, ao dizer que os modelos dos formulários devem ser “seguidos em sua íntegra”, inclusive com a utilização da fonte (Times New Roman) tamanho da letra (12)<sup>277</sup> e espa-

---

<sup>274</sup> Ambos, anexo I e II, disponíveis em: [https://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/in/anexo\\_in20\\_dipro.pdf](https://www.ans.gov.br/images/stories/Legislacao/in/anexo_in20_dipro.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>275</sup> Resolução Normativa ANS n° 124/2006: “Art. 65-A Deixar de fornecer ao consumidor de plano coletivo orientação para contratação de planos de saúde ou guia de leitura contratual: Sanção – advertência; multa de R\$ 5.000,00” “Preenchimento incompleto de formulário em contratos coletivos Art. 65–B Deixar de preencher os campos referentes à data e identificação das partes e eventuais representantes constituídos, existentes nos formulários adotados para proposta de contratação ou adesão dos planos coletivos comercializados ou disponibilizados. Sanção – advertência; Multa de R\$ 5.000,00”.

<sup>276</sup> Instrução Normativa – IN n° 20, de 29 de setembro de 2009 da Diretoria de Normas e Habilitação dos produtos (DIPRO), que dispõe sobre os instrumentos de orientação aos beneficiários, previstos no artigo 24 da Resolução Normativa – RN n° 195, de 14 de julho de 2009, precisamente no parágrafo único do artigo 1°.

<sup>277</sup> O tamanho da fonte coaduna com a alteração promovida no Código de Defesa do Consumidor, pela Lei n° 11.785/2008, passando a constar no artigo 54, § 3°: “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.” A Instrução Normativa da ANS foi publicada um ano após, 2009. Em Portugal, por meio da Lei n° 32/2021 (vigência a partir do dia 25/08/2021), houve a inclusão no DL n° 446/85, sobre cláusulas contratuais gerais, da alínea i) no artigo 21° (lista negra),

çamento simples, flexibilizando em material impresso ou mídia digital.

Pode-se entender que a devida entrega por parte do fornecedor ao consumidor dos formulários criados pela ANS, e de uso obrigatório, contempla o seu dever de informar?

Passa-se à análise do primeiro formulário, MPS, que deve ser entregue anteriormente à assinatura da proposta de contratação, sendo para os planos individuais, diretamente para o futuro beneficiário titular (consumidor), e nos planos coletivos para o representante da pessoa jurídica contratante e aos pretensos consumidores antes do ingresso ao plano.

No formulário padrão, o primeiro assunto consiste na explicação, em formato de texto corrido, sobre a diferença entre planos individuais e planos coletivos, após inaugura-se uma tabela com três colunas, a primeira com os temas – carência, cobertura parcial temporária (CPT), mecanismos de regulação, reajuste, alteração na rede assistencial do plano, vigência, regras de rescisão e/ou suspensão -; na segunda como é a regra de cada tema nos planos individuais ou familiares e a terceira como é a regra de cada tema nos planos coletivos (empresarial ou adesão). Em seguida, são abordados outros temas (destacado em negrito), em formato de texto corrido, a saber: (i) perda da condição de beneficiário nos planos coletivos; (ii) direitos dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656/98, para os planos empresariais; (iii) direito de migrar para plano individual ou familiar aproveitando carência do plano coletivo empresarial; (iv) cobertura e segmentação assistencial; (v) abrangência geográfica; (vi) área de atuação e (vii) administradora de benefícios.

O outro formulário, GLC, deve ser entregue após a celebração do contrato, junto com o cartão de identificação do beneficiário titular. Na sua formatação, a ANS, se utilizou somente de uma tabela, conforme figura abaixo colacionada, a qual permite mais compreensão do seu alcance. Destaca-se que na coluna “Página do Contrato”, a operadora deverá preenchê-la antes do envio ao consumidor, para que de posse da cópia do contrato encontre com mais agilidade o tema no clausulado.

---

determinando que são absolutamente proibidas a cláusula que “Se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15.”. Sobre o tema em Portugal: BARBOSA, Mafalda Miranda. Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de outubro. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 17. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2021, p. 307-330.

**ANEXO II**  
**GUIA DE LEITURA CONTRATUAL**

Anexo II



Operadora:  
CNPJ:  
Nº de registro na ANS:  
Nº de registro do produto:  
Site: http://  
Tel.:

## Guia de Leitura Contratual

		<i>Página do Contrato</i>
<i>CONTRATAÇÃO</i>	Determina se o plano destina-se à pessoa física ou jurídica. A contratação pode ser Individual/Familiar, Coletivo por Adesão ou Coletivo Empresarial.	
<i>SEGMENTAÇÃO ASSISTENCIAL</i>	Define a amplitude da cobertura assistencial do plano de saúde. A segmentação assistencial é categorizada em: referência, hospitalar com obstetrícia, hospitalar sem obstetrícia, ambulatorial, odontológica e suas combinações.	
<i>PADRÃO DE ACOMODAÇÃO</i>	Define o padrão de acomodação para o leito de internação nos planos hospitalares; pode ser coletiva ou individual.	
<i>ÁREA GEOGRÁFICA DE ABRANGÊNCIA E ATUAÇÃO</i>	Área em que a operadora de plano de saúde se compromete a garantir todas as coberturas de assistência à saúde contratadas. À exceção da nacional, é obrigatória a especificação nominal do(s) estado(s) ou município(s) que compõem as áreas de abrangência estadual, grupo de estados, grupo de municípios ou municipal.	
<i>COBERTURAS E PROCEDIMENTOS GARANTIDOS</i>	É o conjunto de procedimentos a que o beneficiário tem direito, previsto na legislação de saúde suplementar pelo Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória, e no contrato firmado com a operadora, conforme a segmentação assistencial do plano contratado. O beneficiário deve analisar detalhadamente as coberturas a que tem direito.	
<i>EXCLUSÕES DE COBERTURAS</i>	É o conjunto de procedimentos a que o beneficiário não tem direito, previsto na legislação de saúde suplementar, conforme a segmentação assistencial do plano contratado.	
<i>DOENÇAS E LESÕES PREEXISTENTES (DLP)</i>	Doenças e lesões preexistentes - DLP - são aquelas existentes antes da contratação do plano de saúde, e que o beneficiário ou seu responsável saiba ser portador.	

## O DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE NA PERSPECTIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

<b>CARÊNCIAS</b>	Carência é o período em que o beneficiário não tem direito a cobertura após a contratação do plano. Quando a operadora exigir cumprimento de carência, este período deve estar obrigatoriamente escrito, de forma clara, no contrato. Após cumprida a carência, o beneficiário terá acesso a todos os procedimentos previstos em seu contrato e na legislação, exceto eventual cobertura parcial temporária por DLP.
<b>MECANISMOS DE REGULAÇÃO</b>	São os mecanismos financeiros (franquia e/ou co-participação), assistenciais (direcionamento e/ou perícia profissional) e/ou administrativos (autorização prévia) que a operadora utiliza para gerenciar a demanda e/ou utilização dos serviços de saúde.
<b>VIGÊNCIA</b>	Define o período em que vigorará o contrato.
<b>RESCISÃO/ SUSPENSÃO</b>	A rescisão põe fim definitivamente à vigência do contrato. A suspensão descontinua a vigência do contrato.
<b>REAJUSTE</b>	O reajuste por variação de custos é o aumento anual de mensalidade do plano de saúde em razão de alteração nos custos, ocasionada por fatores tais como inflação, uso de novas tecnologias e nível de utilização dos serviços. A variação da mensalidade por mudança de faixa etária é o aumento decorrente da alteração de idade do beneficiário.
<b>CONTINUIDADE NO PLANO COLETIVO EMPRESARIAL (ART. 30 E 31 DA LEI Nº 9.656/1998)</b>	A existência da contribuição do empregado para o pagamento da mensalidade do plano de saúde, regular e não vinculada à co-participação em eventos, habilita ao direito de continuar vinculado por determinados períodos ao plano coletivo empresarial, nos casos de demissão sem justa causa ou aposentadoria, observadas as regras para oferecimento, opção e gozo, previstas na Lei e sua regulamentação.

*Para informar-se sobre estes e outros detalhes do contrato, o beneficiário deve contatar sua operadora. Permanecendo dúvidas, pode consultar a ANS pelo site [www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br) ou pelo Disque-ANS (0800-701-9656).*

**ESTE GUIA NÃO SUBSTITUI A LEITURA INTEGRAL DO CONTRATO.**

O Guia de Leitura Contratual é uma exigência da Resolução Normativa 195/2009, da Agência Nacional de Saúde Suplementar.



Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)  
Av. Augusto Severo, 84 - Glória - CEP: 20021-040  
Rio de Janeiro - RJ

Disque-ANS: 0800 701 9656  
[www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br)  
[ouvidoria@ans.gov.br](mailto:ouvidoria@ans.gov.br)

É nítido o caráter de boa-fé que se pretende com a entrega dos formulários padronizados, mais uma vez, no intuito de oportunizar o conhecimento prévio das cláusulas contratuais gerais inseridas no contrato de adesão que servem para contextualizar toda as obrigações e direitos das partes, os quais são modelados com o conteúdo criado pelo órgão regulador, ficando a operadora circunscrita a formatação com as especificidades internas de gestão.

Com relação as cláusulas delimitadoras negativas da prestação, percebe-se que em ambos documentos existe a informação sobre *cobertura e segmentação assistencial*. Primeiramente sobre a *segmentação assistencial*, prevê a legislação<sup>278</sup> que ela se divide em: i) ambulatorial; ii) hospitalar com obstetrícia; iii) hospitalar sem obstetrícia; iv) odontológica e v) referência. Permite-se a oferta em separado ou por meio de combinação, sendo obrigatório a operadora ter um plano na segmentação “referência” registrado na ANS e em plena disponibilidade para adesão do consumidor interessado. A definição da *segmentação assistencial* define a cobertura obrigatória. Exemplo simples, se o consumidor adquiriu um plano somente com segmentação ambulatorial, não terá direito a internação hospitalar, em qualquer hipótese, terá que se submeter as regras do sistema público de saúde ou arcar, de forma particular, com os custos da hospitalização.

A *cobertura* dos cuidados de saúde expressa a delimitação positiva, as prestações legais e convencionadas (procedimentos e eventos em saúde), bem como a delimitação negativa, aquelas prestações afastadas pelo fornecedor do objeto contratual. No formulário MPS, anterior à contratação, consta que no contrato pode haver coberturas mais amplas do que as exigidas pela legislação, mas “*as exclusões*” devem estar limitadas às previstas na lei especial. O GLS, entregue após a contratação, sobre a delimitação positiva, textualmente diz: “Coberturas e Procedimentos Garantidos – É o conjunto de procedimentos a que o beneficiário tem direito, que está previsto na legislação de saúde suplementar pelo Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória, e no contrato firmado com a operadora, conforme a segmentação assistencial do plano contratado. O beneficiário deve analisar detalhadamente as coberturas a que tem direito.”. No que se refere a delimitação negativa aduz que: “Exclusões de Coberturas – É o conjunto de procedimentos a que o beneficiário não tem direito, conforme previsto na legislação de saúde suplementar e na regulamentação da ANS, de acordo com a segmentação assistencial do plano contratado.”. As informações

---

<sup>278</sup> Lei nº 9.656/98, artigo 19, §3º, inciso IV.

são claras, destacadas<sup>279</sup>, mas talvez não totalmente compreensíveis.

Mafalda Barbosa<sup>280</sup> alerta sobre eventual “atitudes paternalistas” do Poder Judiciário, explica que o fornecedor deve proporcionar sempre melhores condições que permitam o conhecimento do conteúdo<sup>281</sup>, porém, nem sempre esse efeito se efetivará, não podendo permitir ao aderente “prevalecer-se de um comportamento displicente, próprio de quem não se preocupou em aceder ao conteúdo do contrato a que se vinculou”, para alegar a falta de comunicação ou informação, deve-se buscar um padrão de razoabilidade<sup>282</sup>.

Para maior efetivação da informação sobre as cláusulas delimitadoras negativas da prestação, e principalmente, para oportunizar o conhecimento prévio do seu conteúdo, entende-se pela ampliação do dever de informação dirigido (determinado pelo órgão regulador) ou porventura espontâneo, que consiste em inserir no sítio eletrônico do fornecedor, em campo visível e de fácil acesso, as coberturas assistenciais e suas delimitações negativas, mesmo que contenham conteúdo técnico da literatura médica, baseadas no “Rol da ANS”.

---

<sup>279</sup> “Não basta a redação com clareza e em letras de fácil leitura. É preciso também que as cláusulas que sejam limitadoras dos direitos dos aderentes venham em destaque, chamando sua atenção para que o contratante possa recusar sua adesão, fazendo-o repensar sobre o efetivo interesse na contratação, contrabalançando melhor as estipulações que lhes são desvantajosas. O destaque pode ocorrer de várias formas: impressos em negrito, caracteres diferentes ou de tamanho maior, assinalados em quadro, etc. O que importa é que provoquem a atenção do leitor.” MACEDO, Elaine Harzheim. Contratos de adesão. Controle judicial dos contratos de consumo. Revista Direito do Consumidor. vol. 15. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1995, p. 106.

<sup>280</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de outubro. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 17. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2021.

<sup>281</sup> Os autores Carolina Motta e Oksandro Gonçalves alertam: “uma fase de negociação e informação mal feita gera custo de transação adicionais e pode levar a uma solução judicial que imponha custos adicionais aos contratantes, repercutindo, negativamente, sobre outros segurados que verão seus prêmios aumentados por conta dessa decisão.” MOTTA, Carolina E.P.M. de Senna; GONÇALVES, Oksandro. As cláusulas de riscos excluídos no contrato de seguro na visão da análise econômica do Direito. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.101. ano 22. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2015, p. 142-143.

<sup>282</sup> Thomas Wilhelmsson aborda sobre a qualidade da comunicação (intenção subjetiva das partes) – cláusulas ambíguas, obscuras. O autor chama de regra de conteúdo neutro e faz crítica ao uso indiscriminado pelo tribunal que esquece das questões materiais do caso e para defender o consumidor cria “ambiguidades” para punir a empresa. WILHELMSSON, Thomas. Regulação de cláusulas contratuais. Trad. Ronaldo Porto Macedo Júnior. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 18. ano. 4. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1996, p. 16.

Além disso, prudente adotar, como complementação das condições atuais existentes, parte da legislação portuguesa de seguros<sup>283</sup> que consiste no *dever de esclarecimento provocado*, no qual possibilita que pretense aderente possa solicitar esclarecimentos antes da contratação sobre o conteúdo contratual. A definição que a cobertura assistencial não está diretamente ligada ao gênero doença, mas sim, aos procedimentos e eventos em saúde editados pela ANS é um contributo para adequada e compreensível informação ao consumidor, tendo como consequência as delimitações das prestações originadas da lei e dos mesmos atos normativos, resultando na mitigação da igualdade substancial.

Paulo Luiz Netto Lôbo destaca, para o devido cumprimento do dever de informar, três requisitos: i) adequação; ii) suficiência e iii) veracidade<sup>284</sup>.

O primeiro requisito, adequação, está ligado aos meios, tais como, palavras, imagens, sons, apresentação das informações. Já a suficiência relaciona-se com a completude e integralidade da informação, lembrando, que já foi dito, a complexidade do serviço impõe que no preenchimento deste requisito seja ponderado a razoabilidade. Por fim, a veracidade consiste em não enganar, não omitir dados ou fatos relevantes que possam influenciar positivamente na contratação pelo consumidor e na execução não corresponder à sua realidade.

Sempre é possível aperfeiçoar para mitigar o dever informacional, todavia, ressalte-se que a criação dos formulários pelo órgão regulador visa justamente fazer com que o fornecedor cumpra efetivamente todos esses requisitos.

---

<sup>283</sup> Decreto-Lei nº 72/2008: “Artigo 22º – Dever especial de esclarecimento: 1 – Na medida em que a complexidade da cobertura e o montante do prémio a pagar ou do capital seguro o justifiquem e, bem assim, o meio de contratação o permita, o segurador, antes da celebração do contrato, deve esclarecer o tomador do seguro acerca de que modalidades de seguro, entre as que ofereça, são convenientes para a concreta cobertura pretendida. 2 – No cumprimento do dever referido no número anterior, cabe ao segurador não só responder a todos os pedidos de esclarecimento efectuados pelo tomador do seguro, como chamar a atenção deste para o âmbito da cobertura proposta, nomeadamente exclusões, períodos de carência e regime da cessação do contrato por vontade do segurador, e ainda, nos casos de sucessão ou modificação de contratos, para os riscos de ruptura de garantia. 3 – No seguro em que haja proposta de cobertura de diferentes tipos de risco, o segurador deve prestar esclarecimentos pormenorizados sobre a relação entre as diferentes coberturas.”

<sup>284</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Estudo de Direito do Consumidor*. vol. 3. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2001, p. 35-37.

#### 5.4.3. Das cláusulas abusivas: pressupostos de validade substanciais do CDC

De extrema relevância para o contexto deste estudo, à análise do tema *cláusulas abusivas*<sup>285</sup>, porém, não se tem a pretensão de esgotá-lo ou comentar sobre o extenso, mas não taxativo, rol de cláusulas incorporado no artigo 51 do CDC<sup>286</sup>. Pretende-se abordar somente os dispositivos legais mais citados pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, ao dirimir os conflitos de interesses envolvendo o contrato de adesão de plano de saúde<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> “As cláusulas abusivas são instrumentos de abuso do poder contratual dominante, do fornecedor, em face da debilidade jurídica potencial do consumidor. Estabelecem conteúdo contratual iníquo, com sacrifício do razoável equilíbrio das prestações.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Contratos no código do consumidor: pressupostos gerais*. Revista de Direito do Consumidor. vol. 6. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1993, p. 137. “sendo aquelas em que uma parte se aproveita da sua posição de superioridade para impor em seu benefício vantagens excessivas, que destroem a relação de equivalência objetiva pressuposta pelo princípio da justiça contratual.” NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 248.

<sup>286</sup> “O Código de Defesa do Consumidor inova consideravelmente o espírito do direito das obrigações, quanto à máxima *pacta sunt servanda*. A nova lei vai reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactuem determinadas cláusulas, impondo normas imperativas que visam proteger o consumidor, reequilibrando o contrato, garantindo as legítimas expectativas que depositou no vínculo contratual. A proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual, vem a posteriori, quando o contrato já está perfeito formalmente, quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está inequitativo. As normas proibitórias de cláusulas abusivas são normas de ordem pública, imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da ‘vontade’, das expectativas legítimas do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática. Se no direito tradicional, representado pelo Código Civil de 1916 e pelo Código de 1850 já conhecíamos normas de proteção da vontade, considerada a fonte criadora e, principalmente, limitadora da força vinculativa dos contratos, passamos a aceitar no Brasil, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a existência de valores jurídicos superiores ao dogma da vontade, tais como a equidade contratual e boa-fé objetiva, os quais permitem ao Poder Judiciário um novo e efetivo controle do conteúdo dos contratos de consumo”. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.181.

<sup>287</sup> Esclareça-se que a pesquisa de identificação dos dispositivos mais citados foi realizada no documento “Jurisprudência em Teses” divulgado pelo Superior Tribunal de Justiça que está devidamente detalhado no próximo capítulo deste estudo.



O caminho perseguido visa identificar a existência de critérios de concretização<sup>288-289</sup> que devem ser observados pelo julgador, no caso concreto, para considerar uma cláusula delimitadora negativa da prestação de assistência à saúde constante no contrato de adesão de plano de saúde como abusiva, operando-se a justiça comutativa do contrato. Deparou-se, na pesquisa realizada, que o julgador se utiliza do artigo 51 como uma alusão geral e abstrata a valores éticos, decidindo ao final do julgamento<sup>290</sup> ser abusiva determinada

---

<sup>288</sup> Almeida Costa ao explicar sobre a função da boa-fé como cláusula geral adverte que “Pela respectiva estrutura, as cláusulas gerais apenas representam a expressão gramatical dos paralelos princípios normativos, não fornecendo ao julgador conceitos aptos à imediata subsunção lógico-formal, mas simples critérios valorativos. (...) Nessa tarefa concretizadora ou de preenchimento do <<espaço vazio>> da cláusula, não se podem desconhecer ou esquecer o conteúdo do princípio da boa fé objetivado pela vivência social, a finalidade intentada com a sua consagração e utilização, bem como a estrutura da hipótese em causa. (...) há que encontrar dentro dos aludidos parâmetros uma normatividade exterior do juiz, embora não rigorosamente fechada ou vinculativa, que afaste a insegurança jurídica e o arbítrio decorrentes de inconfinado subjectivismo jurisprudencial”. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Intervenções Fulcrais da Boa Fé nos Contratos. Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 2. Coimbra: Centro de Estudos do Consumo, 2000, p. 359.

<sup>289</sup> A proposta de critérios se justifica porque se trata de uma cláusula geral, podendo variar de acordo com as circunstâncias dos fatos, não cabendo por si só uma restrita limitação na árdua tarefa do julgador. Todavia, entende-se que é possível clarificar, com base na literatura jurídica, alguns critérios para que a decisão não venha despida de fundamento e seja utilizada para justificar qualquer decisão. Fabiano Menke fazendo referência autor norte-americano Jonh P. Dawson (“The general clauses viewed from a distance”, 1977), sobre sua análise das relações na Alemanha entre a academia e a judicatura escreveu: “Dawson aponta que os juízes germânicos se sentem tão livres no trato com as cláusulas gerais porquanto eles aceitaram e aprenderam muito bem a disciplina e a sistemática do direito alemão moderno; tiveram a liberdade de navegar num oceano inexplorado porque sabiam o caminho de volta para sua casa e sempre tiveram a intenção de lá manter a sua residência. E que essa confiança é incrementada pelo papel de guias especialistas (doutrina), que os observam atentamente e podem lhes “cutucar no ombro” caso deem mostras de estarem se desviando de seu caminho.” No final do artigo o Autor expõe algumas conclusões, dentre elas, destacam-se: “j) as cláusulas gerais também impõem limites ao julgador, que não poderá preenche-las apenas com base no seu livre arbítrio; ao invés disso, exige-se do magistrado fundamentação racional e convincente para a finalidade de afastar os abusos; i) neste sentido, a doutrina elaborada com cunho crítico-construtivo pode funcionar como efetivo meio de controle das decisões judiciais que extrapolarem os limites impostos pelo sistema jurídico.” MENKE, Fabiano. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. Revista de Direito do Consumidor. vol. 50. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2004, p. 31 e 33.

<sup>290</sup> Franz Wieacker que disse: “As novas mutações repentinas da jurisprudência e a sua tendência para uma justiça individualizada do caso prejudicam, sem dúvida alguma, a segurança externa do direito, ou seja, a previsibilidade da decisão pelas partes processuais e pelos

cláusula, sem, contudo, constar uma melhor fundamentação que especifique o real pressuposto do seu convencimento sobre a conduta correta que deveria ter sido praticada pelo fornecedor. Constatou-se, também, que as operadoras, mediante interposição do recurso, Embargos Declaratórios, tentam obter o pressuposto do convencimento, fundamentando seu pedido no artigo 93, IX<sup>291</sup>, da Constituição da República de 1988, até como forma de prequestionamento para eventuais recursos superiores, mas não logram êxito, sendo os mesmos rejeitados<sup>292</sup>.

É preciso entender se, naquele determinado caso, o consumidor merece tutela (*meritevole*)<sup>293</sup> que lhe possibilite utilizar da prestação não autorizada pela operadora em virtude da presença no clausulado da cláusula delimitadora negativa.

O elenco das cláusulas abusivas, exemplificativas, repita-se, seguiu os ditames do direito português e do direito alemão, acrescido de algumas situações fácticas já majoritariamente definidas pela jurisprudência brasileira, servindo como dever de observância para o fornecedor, de proteção ao consumidor e de aplicação imediata para o julgador. Através desta disposição legal é possível exercer o controle dos abusos cometidos pelos fornecedores, contudo, não há no CDC um enunciado que conceituou uma cláusula como abusiva. Como identificar a ilicitude abusiva<sup>294</sup> da cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados

---

advogados e a igualdade da aplicação do direito, previsibilidade e igualdade que são indispensáveis, quer para a economia das pugnans forenses, quer para fixação duma consciência jurídica dominante entre os compartípes do direito. WIEACKER, Franz. História do direito privado. 2. ed. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 615.

<sup>291</sup> Art. 93, IX da Constituição da República de 1988: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

<sup>292</sup> Importante advertência de Menezes Cordeiro: “O recurso puro e simples a uma boa-fé despida de quaisquer precisões torna-se, perante essa relação de necessidade, num expediente insatisfatório para a Ciência do Direito e insuficiente para a prática jurídica: não explica as soluções encontradas e não permite, por si, solucionar casos concretos novos.” CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Da Boa Fé no Direito Civil. 7ª reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 753.

<sup>293</sup> Expressão de Pietro Perlingieri.

<sup>294</sup> “O problema está em determinar o que seja abusividade, podendo o legislador:

Criar para a abusividade uma definição adequada.

Empregar uma cláusula geral de Direito, cuja indeterminação conceitual permita ao aplicador identificar, de caso a caso, a ocorrência do abuso.

Abrir mão do conceito e se limitar à enumeração dos casos onde, por sua presunção, acontece o abuso (são as listas).”

de saúde constante no contrato de adesão de plano ou seguro de saúde?

Relembrando sobre o direito europeu, a Diretiva 93/13/CEE, em seu artigo 3º, nº 1, determina como pressuposto de validade substancial a boa-fé objetiva, aliada ao “desequilíbrio significativo” como critério de concretização, das prestações correspectivas, em desfavor do consumidor. Resumidamente, com relação ao direito português, tem-se a contrariedade à boa-fé objetiva, com as diretrizes de concretização, fundadas na confiança ou na efetivação contratual, além de não violar a ordem pública e normas imperativas. Na Espanha, o Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de novembro, que consolidou a Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários e outras leis complementares, estabelece os pressupostos de validade no artigo art. 82, nº 3, a saber: “El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.”. Na França, o *Code de la Consommation* (L. 132-1), indica ao julgador verificar outras regras contidas no Código Civil, bem como que a referência da apreciação do caráter abusivo deve ser o momento da celebração do contrato, todas as circunstâncias que ocorrem em torno da sua conclusão, além de todas as demais cláusulas do contrato e gerar desequilíbrio significativo. Neste mesmo sentido, o artigo 1.469 bis do Código Civil italiano vigente. Na Alemanha, após a reforma do BGB, a regra encontra-se no §307, igual na Diretiva, consta a necessidade de observância da “desvantagem inadequada”, não podendo contrariar normas imperativas, nem restringir direitos e obrigações essenciais da natureza do contrato de forma prejudique a realização do objeto contratual.

O legislador brasileiro, ao optar por elencar uma lista de cláusulas proibidas casuísticas<sup>295</sup>, estabeleceu, entre elas, uma cláusula

---

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor. In: *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, pp. 13.

<sup>295</sup> Karl Engisch afirma que “a técnica de legislar mediante cláusulas gerais opõe-se à casuística, uma vez que esta pode ser entendida como a configuração legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”. O Autor sobre a casuística explica ainda: “a casuística não significa outra coisa senão a determinação por meio de uma concreção especificativa, isto é, regulação de uma matéria mediante a delimitação e determinação jurídica em seu caráter específico de um número amplo de caso bem descritos, evitando generalizações amplas como as que significam as cláusulas gerais.” ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. Portuguesa de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 228.

geral<sup>296</sup>, denominada na literatura jurídica de “*cláusula geral da boa-fé objetiva*”, precisamente no art. 51, inciso IV que diz: “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”<sup>297</sup>.

Cumprir registrar que, a boa-fé está prevista como princípio orientador no capítulo que trata da Política Nacional de Relações de Consumo, especificamente no art. 4º, inciso III<sup>298</sup>, que espelha a essência da justiça contratual, eis que se preocupa em harmonizar os interesses das partes, de um lado desempenhando o dever fundamental de proteção e defesa do sujeito vulnerável, do outro respeitando o mandamento constitucional de permitir o desenvolvimento da iniciativa privada, mediante sempre a detida observância da boa-fé e equidade.

Ruy Rosado de Aguiar sempre ponderou que “a boa-fé não serve tão-só para a defesa do débil, mas também atua como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica<sup>299</sup>”, compatibilizando interesses

---

<sup>296</sup> “As cláusulas gerais, mais do que um “caso” da teoria do direito --- pois revolucionam a tradicional teoria das fontes (11) --- constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressivos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.” COSTA, Judith Hofmeister Martins. O direito privado como um “sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto de Lei do Código Civil Brasileiro. Disponível: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>297</sup> Cláudia Lima Marques destaca que “A boa técnica legislativa ordenaria que norma tão importante e ampla estivesse contida em artigo próprio e não escondida, talvez por medo de veto, em uma lista de quinze incisos”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 932.

<sup>298</sup> Lei nº 8.078/90, art. 4º, inciso III: “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;”.

<sup>299</sup> Gustavo Tepedino acentua que “na linguagem do constituinte, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social, observados numerosos princípios socializantes prescritos pelo art. 170 e por seus incisos. Trata-se de ordem econômica que estimula e promove, a um só tempo, a liberdade e a solidariedade; a autonomia privada e a igualdade.”

contraditórios”. Salieta o Autor que “eventualmente” se estiver um interesse social este poderá ser prevalente como interesse contrário ao do consumidor<sup>300</sup>.

Retornando a leitura da cláusula geral do CDC, que funciona neste particular para controlar o conteúdo contratual, divergente do regime jurídico português que resumiu como “contrárias a boa-fé”, depara-se com um elenco de pressupostos de validade substanciais, a saber: (i) obrigações iníquas; (ii) obrigações abusivas; (iii) desvantagem exagerada; (iv) incompatíveis com a boa-fé e (v) incompatíveis com a equidade<sup>301</sup>.

Ao consultar o dicionário<sup>302</sup> sobre as palavras “iníquas” e “abusivas”, deparou-se com o resultado de vários sinônimos em comum, permitindo compreender que possuem o mesmo significado e servem para contextualizar o que seja contrário à equidade. Desse modo, não serão tratadas em separado, entrarão no contexto mais adiante sobre a “incompatibilidade com a equidade”, haja vista que se admite ao julgador utilizar dos referidos termos de forma análoga.

Outra constatação na redação da cláusula geral é a desvinculação da “desvantagem exagerada” com a boa-fé, neste particular, divergente do direito europeu e alemão que conjugam com o “desequilíbrio significativo”. Quer se dizer com isso que o conceito indeterminado “desvantagem exagerada” tem caráter

---

TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Brasileira de Direito Civil*. vol. 4. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Civil, abr.-jun. 2015, p. 6.

<sup>300</sup> “Considerando dois parâmetros de avaliação: a natureza da operação econômica pretendida e o custo social decorrente desta operação, a solução recomendada pela boa-fé poderá não ser favorável ao consumidor. [...] Então se põe a questão de saber se a alteração por força da boa-fé pode levar a um agravo que modifique a relação custo-benefício de forma tão substancial que influa na avaliação da conveniência do negócio”. AGUIAR, Ruy Rosado. *A boa-fé na relação de consumo*. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 14. Ano 4. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1995. p. 22.

<sup>301</sup> O jurista argentino Jorge Mosset Iturraspe diz que “La buena fe objetiva, lealtad, probidade imponem a las parts los denominados “deveres secundários de conducta”, destinados a assegurar el logro de la finalidad negocial buscada; la justicia contractual, por su parte, se asienta em el “equilibrio” de las prestaciones, em los contratos onerosos; em una relación razonable de equivalencia entre lo que uma parte da o hace y lo que, em cambio, da o hace la contraparte.” ITURRASPE, Jorge Mosset. *Las cláusulas abusivas em la contratación (Informe del derecho argentino)*. ITURRASPE, Jorge Mosset. *Las cláusulas abusivas em la contratación (Informe del derecho argentino)*. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 44. ano. 11. São Paulo: Ed. RT, out./dez., 2002, p. 56-57. Nesse sentido: LOVECE, Graciela. *Cláusulas abusivas em el Código Civil y Comercial*. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.103. ano 25. p. 155-170. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2016.

<sup>302</sup> Disponível em: <https://www.dicio.com.br/abusivo/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

autônomo para considerar a nulidade de uma cláusula contratual, portanto, será tratado desassociado da boa-fé. Justifica-se, ainda, por constar alguns critérios de concretização próprios sobre a presunção relativa de “exagerada” no §1º do artigo 51 do CDC.

Enfatize-se que a escolha de evidenciar em separado os pressupostos de validade substanciais decorrem da própria estrutura legislativa que está em vigor, não por entender que são contrários entre si, pois ao fim e ao cabo todos convergem para o gênero da boa-fé objetiva.

O surgimento da possível iniquidade, abusividade, desvantagem, ocorre na tentativa de execução do contrato, ao potencialmente frustrar o consumidor na sua expectativa de utilizar da prestação de assistência à saúde que entende ter direito e acaba sendo impedido do uso por constar cláusula delimitadora negativa no pacto. Nesse momento, surge o conflito de interesses<sup>303</sup> dos sujeitos da relação jurídica de consumo, assumindo o Estado papel fundamental na atividade de interpretação, com a missão de considerar ou não a cláusula como abusiva, buscando preservar a harmonização (art. 4º, III, CDC) e as consequências práticas da decisão<sup>304</sup>.

Nesse sentido, ensina Ruy Rosado de Aguiar<sup>305</sup> que a existência da cláusula geral impõe ao “juízo valorativo” dos interesses em jogo. João Bosco Leopoldino da Fonseca orienta não somente confrontar o artigo 51 ao contrato, mas também, verificar a abusividade pela “aferição da realidade, da análise

---

<sup>303</sup> Nicolau Santos Silva, citando Carnelutti ao definir conflito de interesse “quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta. (CARNELUTTI, Francesco. *Sistemas de Derecho Civil*. Vol. I. Buenos Aires: UETHA, 1994, p. 16). Completa o Autor que “O conflito surge da não satisfação de um interesse jurídico.” SILVA, F. Nicolau Santos. *Os interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa: Quid juris? Sociedade Editora, 2002, p. 26.

<sup>304</sup> Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LIND), com inclusão deste artigo pela Lei nº 13.655/2018: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.” Veja o Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou os artigos 20 e 30 da LIND.

<sup>305</sup> “Na cláusula geral, há uma delegação atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo. Ela é uma realidade jurídica diversa das demais normas (princípios e regras), e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretude do caso.” AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. op. cit., p. 20.

substancial da realidade, da análise econômica do direito”<sup>306</sup>. Acresce-se ainda, a explicação de Paulo Luiz Netto Lôbo alertando que ao cabe ao “aplicador ou intérprete o teste de compatibilidade”<sup>307</sup>.

Adentra-se, adiante, nos pressupostos de validade substanciais estabelecidos pelo legislador na formação da cláusula geral de boa-fé objetiva do CDC.

#### 5.4.3.1. *Desvantagem exagerada*

Reprise-se, o que foi dito anteriormente, sobre a autonomia do conceito indeterminado “desvantagem exagerada” em relação à boa-fé, reafirmando, também, que são requisitos independentes por opção do legislador, mas não há dúvida que para se alcançar o devido *juízo valorativo* passa-se pela análise do princípio da boa-fé objetiva.

A desvantagem exagerada deve ser verificada levando em consideração os interesses do consumidor aderente e da operadora que redigiu o contrato com a cláusula delimitadora negativa da prestação, apurando o que realmente

---

<sup>306</sup> “Poderíamos agora acrescentar que não é possível aplicar adequadamente a legislação pertinente à proteção do consumidor sem levar em conta sua profunda inserção nas relações de mercado, sem levar em consideração sua ligação constante com os problemas relativos à proteção da concorrência, o que exige do aplicador do Direito uma perfeita visualização e um entendimento profundo da realidade econômica e social. [...]O método assim proposto nos levará fatalmente a levar em conta a realidade econômico-social que é abrangida pela norma jurídica e pela relação social concreta que a viabiliza na prática. Não basta, por exemplo, tomar o texto escrito de um contrato e confrontá-lo com os termos do art. 51 da Lei 8.078/90, para, desse cotejo, tirar a conclusão de abusividade. A afirmação e a convicção da existência da abusividade da cláusula devem surgir da aferição da realidade, da análise substancial da realidade, da análise econômica do direito.” FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, p. 52-62, out./dez. 1995. p. 62. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumos. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 6. ano 2. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1993, p. 32: “a relação concreta deduzida em juízo ultrapassa os seus limites formais para alcançar o conteúdo das prestações em causa. O novo estilo de julgar, que se preocupa com o conteúdo da operação econômica e não simplesmente com a sua forma.”

<sup>307</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civis. In: *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005, p. 80. “(...) o Código de Defesa do Consumidor fixou a boa-fé como cláusula geral de abertura, que permite ao aplicador ou intérprete o teste de compatibilidade das cláusulas ou condições gerais dos contratos de consumo.”

gerou o conflito de interesse<sup>308</sup>.

O consumidor é merecedor de tutela quando se constata que a cláusula delimitadora negativa da prestação lhe causou uma desvantagem exagerada<sup>309</sup>, devendo a cláusula ser considerada nula ou modificada.

Para auxiliar o julgador<sup>310</sup>, o legislador nominou três hipóteses que visam preencher a indeterminação de “exagerada”, as quais foram elencadas no §1º, do artigo 51 do CDC. Cumpre dizer que se está diante de presunções relativas, admitindo-se que o fornecedor prove que não violou as hipóteses. Todavia, não são exaustivas, eis que consta “entre outros casos”, tornando o campo de aplicação da desvantagem exagerada amplamente alargado para o julgador.

#### 5.4.3.1.1. “I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence”

Está a tratar da relação jurídica de consumo entre o consumidor e a operadora que celebraram um contrato de adesão de plano ou seguro de saúde. Portanto, o campo de incidência da primeira regra disposta pertence, subs-

---

<sup>308</sup> “A desvantagem exagerada resulta do desequilíbrio das posições contratuais, que pode ou não ser consequência direta da disparidade de poder econômico entre fornecedor e consumidor. [...] O conceito de abusividade das cláusulas contratuais tem, portanto, âmbito próprio de atuação, não se confundindo com o conceito de abuso de direito.” AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumos. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 6. ano 2. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1993, p. 31. Para maiores detalhes sobre a diferença entre abuso de direito e abusividade, vide: MIRAGEM, Bruno. Abuso de direito. Proteção da confiança e limites ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Ainda sobre o tema da desvantagem, Humberto Theodoro Junior enfatiza que “A lesão, portanto, nos contratos entre fornecedor (parte forte) e o consumidor (parte fraca), configura-se pelo simples fato de as prestações bilaterais serem desproporcionais entre si, e em prejuízo da parte vulnerável”. THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao Novo Código Civil. 3ª ed. vol. III, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 249.

<sup>309</sup> “O que se entende por vantagem exagerada? Esse é o ponto nodal. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, uma disposição legal propositadamente vaga, imprecisa, a ser determinada pelo juiz no caso concreto, com prudência, bom senso, ponderação e equidade.” CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 5 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 157.

<sup>310</sup> “Tentando dar maior concretude a conceitos tão vagos, a lei, no §1º do art. 51, procura estabelecer uma definição estipulativa do que seja “vantagem exagerada. Os elementos escolhidos para definir “vantagem exagerada” são eles próprios impregnados de profunda vaguidade.”. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 16. ano. 4. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 1995, p. 60.



tancialmente<sup>311</sup>, ao sistema do Código de Defesa do Consumidor, sendo que a violação aos princípios<sup>312</sup> normativos da vulnerabilidade, proteção, transparência, boa-fé, eficiência, entre outros, presume-se que o predisponente inseriu uma cláusula de vantagem exagerada para si, conseqüentemente abusiva.

Os princípios normativos se concretizam na busca da igualdade real, protegendo o consumidor vulnerável de forma desigual perante o fornecedor, pois assim os são, desiguais<sup>313</sup>, daí a justificativa de uma legislação específica para proteção desse sujeito de direitos. Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>314</sup> ensina que violar um princípio é mais grave do que infringir uma norma ou regra positivada.

Fica ainda mais evidente pelo teor desta primeira regra legal a estreita ligação entre a desvantagem exagerada e a boa-fé, tendo em vista que o legislador acentuou os princípios fundamentais como presunção de “exagerada”, sendo que a boa-fé objetiva se apresenta com um desses princípios estruturan-

---

<sup>311</sup> Esclarece-se que o sistema principal é o CDC, contudo, existem várias outras legislações que possuem regras de defesa do consumidor, cite-se, por exemplo, a própria Lei nº 9.656/98 (que dispõe sobre plano e seguro de saúde) e a Lei nº 8.137/90 (que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo). Registre-se, ainda, regra equivalente contida no mesmo artigo 51, inciso XV “estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.”.

<sup>312</sup> Para Luís Roberto Barroso, os princípios “servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149.

<sup>313</sup> “Não é a desigualdade dos contratantes só por si que torna o contrato suspeito, é o abuso *possível* emergindo desta desigualdade.” RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. Osório de Oliveira. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 424. No mesmo contexto Arruda Alvim “o sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor parte da ideia e da realidade de que as partes são desiguais, e, reconhecida *ex lege* essa desigualdade, fez-se necessário proteger o consumidor; essa ‘proteção’ significa, apenas, uma reequalização das situações e não supressão da liberdade, que encontra espaço, desde que dela não se abuse;”. ARRUDA NETO, José Manuel de Alvim. *Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro*. *Revista Direito do Consumidor*. vol. 20. São Paulo: Ed. RT, out-dez. 1996, p. 41.

<sup>314</sup> “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o reconhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer.”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 772.

tes do CDC. Tem-se, ainda, que mesmo se a boa-fé não estivesse descrita na cláusula geral, caberia ao julgador invocá-la, mediante esse expresse enunciado legislativo, mas, também, já poderia fazê-lo somente com fundamento no artigo 4º, III, o qual exprime a concretude esperada que se deseja alcançar<sup>315</sup> na relação de consumo.

Ao percorrer pelo CDC depara-se com várias outras regras que espelham a violação dos princípios fundamentais, para citar somente algumas, *v.g.*, deixar de veicular informação ou publicidade suficientemente precisa (art. 30) – transparência –; praticar venda casada (art. 39, I) – vulnerabilidade –; fornecimento de serviços essenciais contínuos (art. 22) – eficiência – e colocação no mercado de consumo produto inseguro (art. 9º) – proteção.

Com relação ao contrato de adesão de plano ou seguro de saúde, na parte geral do capítulo da proteção contratual permite identificar violação ao princípio da transparência, quando o fornecedor não oportunizar o conhecimento prévio do conteúdo contratual (art. 46); da vulnerabilidade, cabendo as cláusulas ambíguas serem interpretadas de maneira mais favorável ao aderente (art. 47) e de proteção, determinado que todo documento pertinente a contratação vincula o fornecedor (art. 48)<sup>316</sup>.

Para ilustrar, é ofensivo aos princípios fundamentais que a operadora exerça seu direito de rescisão contratual, após o consumidor ter contribuído por longos anos e em virtude da sua idade avançada começa a utilizar mais das prestações de assistência à saúde. A expulsão do consumidor, somente visando o lucro deve ser rechaçada, eis que quando ele contribuía para o lucro jamais lhe foi oferecido uma redução no prêmio, porém, agora que os custos por ele gerados são mais elevados, o seu descarte é premente.

---

<sup>315</sup> GRAU, Eros. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor – algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 5. ano 2. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 1993, p.188. “esta norma do art. 4º é uma norma-objetivo, porque define os fins da Política Nacional das Relações de Consumo, quer dizer, ela define resultados a serem alcançados.”

<sup>316</sup> Cláudio Bonatto cita, ainda: “por ferirem o sistema de proteção do consumidor, também são nulas, como por exemplo: abdicação, por parte do consumidor, ao exercício da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), ou da *exceptio non rite adimpleti contractus* (exceção de cumprimento defeituoso do contrato), bem como a cláusula *solve et repete*, pela qual o consumidor primeiro tem que pagar o que lhe é cobrado pelo fornecedor para, depois, reclamar a restituição eventualmente ocorrente.” BONATTO, Cláudio. *Código de defesa do consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004, p. 73-74.

Esse dispositivo delega ao julgador uma vasta margem de liberalidade, atribuindo-lhe uma obrigação mais acentuada de fundamentação ao considerar certa cláusula como abusiva, devendo evitar o subjetivismo e possíveis arbitrariedades, sempre com o olhar na harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo.

5.4.3.1.2. “II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual”

Parte-se da premissa que é permitido, portanto, lícito, a operadora incluir no contrato de adesão de plano ou seguro de saúde cláusulas delimitadoras negativas da prestação de assistência à saúde. Entretanto, reafirma-se que a liberdade contratual não é absoluta, podendo sofrer restrições, entre elas, se desnaturar o objeto contratual ou proporcionar desequilíbrio que torne o contrato insustentável, conseqüentemente, passa-se a considerar essas cláusulas delimitadoras negativas como ilícitas.

O objetivo primordial do contrato de adesão de plano ou seguro de saúde é garantir ao consumidor o acesso à assistência à saúde, quando ele necessitar, suportando as despesas geradas, mediante à gestão do mutualismo, com vistas a perenidade do sistema.

Antes do advento da Lei nº 9.656/98, essa espécie de contrato continha várias cláusulas delimitadoras negativas da prestação que ao longo do tempo foram consideradas nulas pelos tribunais, um valioso exemplo, diz respeito a delimitação de “doenças crônicas” ou “doenças congênitas”, que esvaziava o objeto do contrato, além da falta de clareza do seu real significado.

Essa situação não mais existe para os contratos de adesão firmados posteriormente à Lei nº 9.656/98, havendo determinação legal (art. 10) para cobertura de todas as doenças constantes na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID), que atualmente prevê 14.400 códigos para as doenças, lesões e causas morte. Insta registrar que de acordo com a OMS (Organização Mundial de Saúde), a partir de 2022, quando da vigência da 11ª edição do CID, passará para 55.000 códigos, haja vista a inclusão dos distúrbios associados a games entre as doenças com CID, abordados como um problema de saúde mental, além de capítulos inéditos sobre saúde sexual<sup>317</sup>.

---

<sup>317</sup> Maiores informações, disponível em: <https://icd.who.int/en>. Acesso em: 05 nov. 2021.

Há, ainda, determinação para cobertura obrigatória do “Rol da ANS” por ela editado, com previsão de revisão a cada dois anos, constando mais de 3.800 cuidados que devem ser cumpridos (delimitação positiva) pela operadora, a depender da segmentação assistencial (ambulatorial, hospitalar, obstetrícia). A regulamentação veio para impor restrição à liberdade contratual de modelação da operadora, bem como proteger o consumidor aderente que, por sua vulnerabilidade intrínseca, não consegue compreender os efeitos desta complexa relação de consumo.

Com efeito, se está diante de inúmeras obrigações, as quais deve o empreendedor assumir para exercer atividade econômica neste mercado, fato que obsta a aplicação direta da segunda regra legal para anular toda e qualquer cláusula delimitadora negativa da prestação de assistência à saúde, por não desnaturar o objeto contratual. Para que essa situação ocorresse, o contrato de adesão teria que conter mais cláusulas com delimitação negativa do que com delimitação positiva, caracterizando-se assim a sua desconfiguração global<sup>318</sup>.

Na prática, o estudo evidencia existir, na grande maioria dos casos, a presença de uma demanda individualizada<sup>319</sup> do consumidor em desfavor da operadora, no intuito de obter um provimento judicial favorável que lhe possibilite realizar o cuidado de saúde prescrito pelo médico assistente. Pouca importa se o consumidor utilizou anteriormente os serviços de forma satisfatória ou não precisou utilizá-los por gozar de boa saúde, o que se está em discussão é a não autorização do atendimento ao cuidado neste momento, sob alegação de constar uma cláusula delimitadora negativa da prestação.

---

<sup>318</sup> Rubén Stiglitz, comentando sobre o contido no artigo 37, inciso A, da Lei 24.240 (Lei de Defesa do Consumidor argentina) sobre “las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones”, entende que para sua aplicação deve ocorrer: i) ampliação dos direitos do profissional com dano ao consumidor; ii) redução ou supressão das cargas e obrigações do profissional; iii) redução ou supressão dos direitos do consumidor e iv) ampliação as cargas ou obrigações do consumidor. STIGLITZ, Rubén Sául. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 1. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999, p. 338.

<sup>319</sup> “Como a cobertura é feita na base de um fundo mútuo, nenhum paciente individualmente tem qualquer incentivo para economizar nos seus próprios gastos, pois o gasto excessivo de uns é pago pelo gasto menor do outro (que também contribuem, sem, no entanto, gastar). Isso incentiva alguns a gastarem excessivamente, já que seu custo individual não aumenta na mesma proporção.” LOPES, José Reinaldo de Lima e GARCIA NETO, Paulo Macedo. *Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos). Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. Coordenação Cláudia Lima Marques... [et.al.]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 162.

Por se tratar de uma presunção relativa, deve ser analisado se essa cláusula delimitadora pode ser considerada como restrição de um direito absoluto ou restrição de uma obrigação fundamental inseparável ao que se propõe o contrato, sem corromper seu verdadeiro alcance.

A título exemplificativo, tem-se que a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhece como crônicas as seguintes doenças: cardiovasculares (AVC), respiratórias (asma), diabetes, diversos tipos de câncer, hipertensão arterial, obesidade, entre outras que compartilham muitos fatores de risco. Em 2014, das 56 milhões de morte no mundo, 38 milhões foram ocasionadas por doenças crônicas. A partir de dados estatísticos e informações técnicas, elimina-se a subjetividade, permitindo que o julgador conclua que a inclusão de uma cláusula delimitadora negativa da prestação de “doenças crônicas” no contrato de adesão em espécie restringe uma obrigação fundamental inseparável ao que se propõe o contrato, tratamento de doenças acometidas no consumidor, corrompendo o objeto contratual, devendo ser considerada nula e excluída para não gerar efeitos desastrosos à saúde ou até mesmo à vida do aderente.

Lado outro, não merece tutela o pedido do consumidor de prótese denominada de LIO (lente intraocular) para, por exemplo, cirurgia de astigmatismo, miopia ou hipermetropia, isto porque no “Rol da ANS” consta a obrigatoriedade de implante desta prótese para catarata, quando necessária a remoção do cristalino. Essa delimitação não restringe um direito absoluto do consumidor, apesar de existir decisões judiciais entendendo ao contrário, sob o argumento nodal que o referido rol é meramente exemplificativo<sup>320</sup>.

Cabe pontuar que essa regra legal de controle do conteúdo se apresenta de forma genérica, envolvendo todos os contratos de consumo, sendo que os exemplos citados visam facilitar a compreensão e explicitar a necessidade de observância pelo julgador dos requisitos nela implícitos, não cabendo somente citá-la na decisão proferida, mas explicar, de forma fundamentada, o preenchimento desses pressupostos ou eventuais critérios criados.

Insiste-se nisso, porque a regra legal impõe pressupostos interligados, por exemplo, presume-se exagerada a restrição de direitos que ameace o objeto contratual, possibilidade que pode mais facilmente acontecer em contratos

---

<sup>320</sup> Esse tema foi devidamente abordado em item específico no capítulo 2. Insta registrar, que a Lei nº 9.656/98 (art. 10, §4º) delegou à ANS editar normas para ampliar coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade. Portanto, o Rol da ANS consiste na delimitação positiva imposta pelo Estado Regulador às operadoras.

com obrigação concentrada e específica, *v.g.*, seguro de vida que exige inúmeros documentos e prazo extensos para avaliação antes do pagamento da indenização.

No contrato de adesão de plano e seguro de saúde, mesmo seguindo o raciocínio do julgador que entende que o “Rol da ANS” deve ser considerado como exemplificativo (não taxativo) e que somente o médico assistente é quem sabe o tratamento mais adequado para o consumidor, a não autorização da operadora para a cirurgia de miopia com implantação de LIO, não afeta o pressuposto interligado de ameaçar o objeto contratual. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem discurso retórico que “a operadora do plano de saúde pode restringir as doenças asseguradas, mas não o tipo de tratamento para a obtenção da cura”<sup>321</sup>. Em outro exemplo, ao contrário, não se considerou como “vantagem exagerada” a favor da operadora, pois não há previsão legal ou contratual para cobertura do transplante<sup>322</sup> heterólogo<sup>323</sup>. Presume-se que a operadora arcou com todos

---

<sup>321</sup> Agravo em Recurso Especial nº 1.296.865 – SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, decisão monocrática, publicado no Diário da Justiça: 30/08/2018: “Desde que prevista a cobertura referente a determinada enfermidade, o plano de saúde obriga-se a cobrir os custos com o tratamento adequado, sendo essa a sua finalidade fundamental. É contrária a essa finalidade a cobertura de doenças com restrições de formas de tratamento, seja por exclusão contratual ou por não constarem ainda do rol da ANS. Portanto, ilícita a negativa da cobertura do tratamento de que necessitava o autor mediante a invocação de cláusula que exclui a cobertura de transplante de medula óssea para a esclerose múltipla. (e-STJ fls. 535/536) Verifica-se que o entendimento do Tribunal estadual está em harmonia com a jurisprudência do STJ, segundo a qual é abusiva a limitação contratual de procedimento indicado pelo médico responsável, pois a operadora do plano de saúde pode restringir as doenças asseguradas, mas não o tipo de tratamento para a obtenção da cura.”. Ao ler a íntegra da decisão monocrática identificou-se a inexistência de qualquer dispositivo legal, sendo citado três precedentes: (i) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.157.837/PE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 20/02/2018, publicado no DJe: 09/03/2018; (ii) Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 734.111/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 17/12/2015, publicado no DJe: 03/02/2016 e (iii) Agravo Regimental no Recurso Especial nº 965.822/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/12/2008 e publicado no DJe: 03/02/2009. Verifica-se que esse discurso vem sendo utilizado com frequência e há mais de uma década no Superior Tribunal de Justiça.

<sup>322</sup> A Resolução Normativa nº 465/2021 especifica todos os transplantes de cobertura obrigatória (art. 19, inciso IV), bem como impõe que todos os exames e procedimentos pré e pós-transplantes são considerados de emergência, para contagem do tempo de atendimento, sob pena de multa administrativa.

<sup>323</sup> Veja detalhes em: SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas de restrição de transplantes em planos de saúde não são abusivas: comentários aos acórdãos do STJ que julgaram o REsp nº 378.863/SP e os respectivos embargos de divergência e agravos regimentais. *Revista*

os custos pré-transplante, ou seja, com os tratamentos, exames, consultas que se obrigou contratualmente, contudo, negou-se a arcar com o transplante por constar uma cláusula delimitadora negativa da prestação e por não fazer parte da composição do prêmio, essa a razão por que não obteve a *vantagem*, tão pouco, *exagerada* em benefício próprio. As tutelas judiciais concedidas a favor do consumidor individual acabam por prejudicar a coletividade<sup>324</sup> dos consumidores passivos, aqueles que fazem parte da carteira de clientes, pois todos contribuirão por um direito não previsto no contrato<sup>325 326</sup>.

Já o consumidor com direito e necessidade de se submeter a cirurgia cardíaca, em caráter de urgência, ao deparar com a não autorização da interven-

---

*de Direito do Consumidor*. vol. 64. p. ano. 20. p. 223-234. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2007.

<sup>324</sup> Cf. Guilherme Valdetaro “Os princípios da nova teoria contratual, mormente a boa-fé objetiva, são fundamentais para a resolução dos conflitos, pois, além de obrigar as partes – todas elas, usuários, operadoras, médicos e hospitais – atuarem com lealdade e cooperação, levam os julgadores a buscar as soluções que preservem o equilíbrio dos contratos e as justas expectativas das partes. É preciso, ainda, notar que o equilíbrio a ser preservado não é apenas aquele relativo à relação entre o usuário e o plano de saúde. Fundamental que se preserve o equilíbrio da relação entre o usuário e a coletividade (mutualismo), de modo a impedir os desfalques desnecessários e desarrazoados do fundo comum”. MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 116.

<sup>325</sup> Na lição de Pietro Perlingieri tem-se que “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação jurídica subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. Nesta perspectiva coloca-se a crise do direito subjetivo: enquanto este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, a ‘a complexidade das situações subjetivas – pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e dever, de modo que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto – exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional.” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Revonar, 1999, p. 678.

<sup>326</sup> Esse também é o alerta de Carolina Motta e Oksandro Gonçalves, para os autores “as alterações determinadas nas decisões judiciais que envolvem essas cláusulas ‘(limitativas)’ tendem a aumentar os custos de transação nos contratos de seguro com repercussões sobre o preço do prêmio pago.” MOTTA, Carolina E.P.M. de Senna; GONÇALVES, Oksandro. As cláusulas de riscos excluídos no contrato de seguro na visão da análise econômica do Direito. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.101. ano 24. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2015, p. 141. Luciano Timm, usando a ideia de ótimo de Pareto, leciona que “um número ótimo de transações é atingido quando o benefício marginal da transação é igual ao seu custo marginal.” TIMM, Luciano. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 164.

ção cirúrgica porque o médico assistente prescreveu que precisaria de vários materiais especiais e importados, os quais não constam do contrato firmado entre a operadora e o estabelecimento de saúde integrante da sua rede conveniada, merece tutela, eis que o pressuposto interligado de ameaça ao objeto contratual é latente. A não realização da intervenção cirúrgica prevista no contrato pode agravar ainda mais seu estado de saúde ou causar-lhe a morte, neste último caso, culminaria no fim da relação jurídica de consumo ora existente, ou seja, consiste numa ameaça de ruptura integral do próprio contrato e não somente do seu objeto.

Julga-se como fundamental à análise pormenorizada do caso concreto, mediante a estreita observância dos pressupostos de validade substanciais previstos no dispositivo legal, criando-se uma regra de julgamento específica com o preenchimento correto do conceito indeterminado da “desvantagem exagerada”, evitando-se decisões sentimentais e genéricas.

5.4.3.1.3. “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”

Na linha do raciocínio exposto sobre pressupostos interligados, tem-se nesta terceira regra legal a necessidade de o julgador evidenciar que a não autorização da cobertura, onera excessivamente o consumidor, que firmou contrato de adesão de plano ou seguro de saúde contendo cláusula delimitadora negativa da prestação considerada abusiva. Poderá, ainda, avaliar e fundamentar sua decisão com outras circunstâncias peculiares ao caso concreto.

A justiça comutativa do contrato não se constitui somente em virtude do aspecto econômico-financeiro pontual, desproporção das prestações ou “desequilíbrio significativo”<sup>327</sup>, mas acima de tudo, para que não conste cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde que se configure como iníqua, abusiva, que viole a harmonização dos interesses dos sujeitos do contrato.

Como regra básica, o desejoso para o consumidor sempre será de receber os

---

<sup>327</sup> Marco Dias explica que “não existirá desequilíbrio significativo se, ao interesse relevante do aderente, se contraponha um interesse do predisponente de valor superior ou se compense pela atribuição, ao aderente, de vantagens de valor similar. Deste modo se justificará a não protecção daquele interesse”. DIAS, Marco. O critério da boa fé no DL nº 446/85. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 6. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2004, p. 449.



cuidados adequados que garantam a recuperação, reabilitação da sua saúde ou a preservação da sua vida, por sua vez, a operadora deseja receber os prêmios, sem atrasos, e garantir, com qualidade e eficiência, os cuidados de saúde firmados contratualmente ou por determinação legal, suportando os custos advindos dos sinistros. Qualquer situação diferente dessa enseja o conflito de interesses<sup>328</sup>.

Para ilustrar esse item, retornar-se ao exemplo do implante de LIO comentado anteriormente, com a peculiaridade de atingir os contratos firmados posteriormente à Lei nº 9.656/98 e que, neste particular, se trata de solicitação médica para o tratamento de catarata, porém, a prótese prescrita pelo médico foi a “importada” e não a “nacionalizada”, condição não aceita pela operadora.

Esclareça-se que o procedimento solicitado pelo médico assistente consta do “Rol da ANS”, denominado de “Facectomia com lente intraocular com ou sem facoemulsificação<sup>329</sup>” e não há no artigo 10º da Lei nº 9.656/98 nenhuma hipótese de delimitação negativa que desobrigue a operadora arcar com os custos de próteses, órteses ou materiais pelo simples fato de serem importados.

AANS, por meio do Parecer Técnico nº 18/GEAS/GGRAS/DIPRO/2021<sup>330</sup>, afirmou que para a execução dos procedimentos e eventos em saúde contemplados pelo seu “Rol”, os materiais especiais, órteses e próteses devem estar regularizados e registrados, e suas indicações constem da bula ou manual junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, “independentemente de se tratar de materiais de alto custo ou não, têm cobertura obrigatória”.

O Conselho Federal de Medicina<sup>331</sup> determina que cabe ao médico assistente prescrever as características (tipo, matéria-prima e dimensões) das ór-

---

<sup>328</sup> Explica Nelson Nery Júnior: “Somente as circunstâncias extraordinárias é que entram no conceito de onerosidade excessiva, dele não fazendo parte os acontecimentos decorrentes da *álea* normal do contrato. Por *álea normal* deve entender-se o risco previsto, que o contratante deve suportar, ou, se não previsto explicitamente no contrato, de ocorrência presumida em face da peculiaridade da prestação ou do contrato.” NERY JUNIOR, Nelson. Código de Defesa do Consumidor comentado. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 591.

<sup>329</sup> A facoemulsificação é um método (técnica) através do qual a catarata é fragmentada utilizando-se uma energia à base de ultrassom.

<sup>330</sup> Parecer completo sobre “Cobertura – Lente Intraocular – Catarata” disponível em: [https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans/2020/parecer\\_tecnico\\_no\\_18\\_2021\\_lente\\_intraocular\\_-\\_catarata.pdf](https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans/2020/parecer_tecnico_no_18_2021_lente_intraocular_-_catarata.pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>331</sup> Resolução CFM nº 1956/2010. A íntegra da resolução está disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1956>. Acesso em: 05 nov. 2021.

teses, próteses e materiais especiais e justificar clinicamente a sua indicação, e caso julgue o produto inadequado para à execução do procedimento, deverá oferecer pelo menos três marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, dentre aquelas regularizadas junto à Anvisa, que atendam às características por ele especificadas.

Importante pontuar a vulnerabilidade do consumidor, que precisa se submeter a cirurgia oftalmológica, para melhorar sua visão, e depara com uma autorização parcial da operadora, negando-se a fornecer à prótese importada, exigida pelo seu médico que lhe assiste. Por oportuno, registre-se que a ética do médico não está sendo avaliada, pois como é divulgado, infelizmente, há alguns casos de beneficiamento na prescrição de determinados fabricantes.

Consultando sítios eletrônicos, verificou-se que o valor de uma prótese importada custa em média R\$6.000,00, cada, e a nacionalizada a metade deste valor. O custo total da cirurgia dependerá também tipo da lente (monofocal ou multifocal) e da técnica a ser utilizada (laser ou convencional)<sup>332</sup>.

Nesse sentido, para os planos firmados posteriormente à Lei nº 9.656/98 a cobertura é obrigatória, caracterizando-se como excessivamente oneroso para o consumidor ao exigir que arque com os custos da prótese importada solicitada pelo seu médico assistente. Caberá a operadora, caso queira, solicitar junta médica, nos moldes do ato normativo expedido pela ANS, no intuito de provar que a prótese nacionalizada tem a mesma eficácia da importada.

Situação diferente em relação aos consumidores que possuem planos pactuados antes da Lei nº 9.656/98, isto porque, geralmente existe uma cláusula delimitadora negativa da prestação de “próteses e órteses de qualquer natureza”.

São contratos que foram elaborados na década de 1980 e ofertados até o advento da lei especial, a grande maioria, à época, antes mesmo da vigência do Código de Defesa do Consumidor. Não existia o avanço tecnológico na medicina como se presencia atualmente, os produtos médicos novos tinham custos elevadíssimos, haja vista não haver concorrência<sup>333</sup>, pois eram poucos fabricantes ou importadores, bem como escassos estabelecimentos de saúde que detinham equipamentos de imagem ou laboratórios, enfim a realidade e

---

<sup>332</sup> De acordo com o Ministério da Saúde o mercado de OPME (órteses, próteses e materiais especiais) movimentava R\$4 bilhões, por ano. São mais de 3.000 empresas, entre, fabricantes, importadores e distribuidores que atuam neste mercado.

<sup>333</sup> Atualmente, por mais que os produtos cheguem no mercado de saúde com preços elevados, a concorrência tem agido mais rápido para viabilizar as novas tecnologias.

as circunstâncias peculiares eram outras, o direito também era outro, haja vista a predominância que o “contrato faz lei entre as partes”, sua imutabilidade, a poderosa autonomia da vontade<sup>334</sup>.

Como já dito em outra oportunidade, esses contratos não são atualmente a maioria, mas ainda assim, existem mais de 3 milhões de beneficiários, que pagam pela cobertura delimitada daquela época, entretanto, mediante alguma negativa da operadora, buscam o Estado Juiz para obtenção de tutela, como no caso envolvendo o implante de LIO importada ou mesmo a nacionalizada.

Não há dúvida que a cláusula foi redigida com clareza e destaque, permitindo a qualquer leigo entender que a operadora não arcará com o custo de uma órtese ou prótese, mesmo que solicitada pelo médico assistente, trazendo um viés lícito, embora perturbador para o consumidor.

Mas, ao analisar o contrato depara-se com a existência de cláusula que delimita positivamente a cobertura obrigatória, baseada na Tabela da Associação Médica Brasileira<sup>335</sup>, existente até hoje e que serviu, inclusive, de referência para a elaboração do primeiro “Rol da ANS”. Dos 3.252 cuidados de saúde nela previstos, identificou-se o seguinte: “50060040 Facetomia com implante lente intra-ocular”.

A onerosidade excessiva se configura porque há previsão de cobertura para o procedimento completo pretendido pelo consumidor, o qual não está sendo autorizado em virtude de uma genérica cláusula delimitadora negativa da prestação de “órtese e prótese”. Como ensina a literatura jurídica não existe “meia” prestação, isso significa o mesmo que dar com uma mão e retirar com a outra. A cláusula delimitadora negativa da prestação utilizada para criar uma “desvantagem exagerada”, onerando o consumidor, não pode subsistir, devendo para esse caso ser considerada abusiva.

Portanto, os critérios de concretização criados, reiteradamente vinculados nas decisões proferidas, de que a doença (catarata) está coberta no contrato ou porque o pedido médico deve ser entendido como absoluto, não são em si critérios, são discursos inconsistentes e genéricos. É obrigação do

---

<sup>334</sup> “A expressão autonomia da vontade tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”. AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347.

<sup>335</sup> Veja tabela da AMB 1992, na íntegra, disponível em: <https://www.amhs.com.br/tabelas/AMB-1992.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

Poder Judiciário basear sua decisão nos pressupostos de validade trazidos pelo legislador, passando a criar suas “normas de dever” na ausência daqueles, para que haja uma decisão que compatibilize os interesses dos participantes desta relação jurídica de consumo.

Em se tratando do conceito indeterminado de “desvantagem exagerada”, que se equipara ao “desequilíbrio significativo” do direito europeu, o legislador brasileiro descreveu os pressupostos de validade objetivos de concretização para seu preenchimento, sendo alguns deles encontrados, como informado, no direito espanhol, francês, italiano e alemão, os quais devem ser observados na decisão judicial para a devida segurança jurídica nesta relação de consumo.

#### 5.4.3.2. *Incompatíveis com a boa-fé*

Há extensa literatura jurídica que explana sobre a boa-fé objetiva nas relações de consumo<sup>336</sup> e nas relações civis<sup>337</sup>, cabendo consignar que antes da

---

<sup>336</sup> Entre outros: NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 3. São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 44-77; LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: pressupostos gerais. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 06. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1993, p. 134-141; BOURGOIGNE, Thierry (tradução: Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo). O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 06. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1993, p. 7-16. GOMES, Rogério Zuel. Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004. PEIXOTO, Ester Lopes. O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 45. pág. 140-171. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2003. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 5 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 204; “Em sua, a boa-fé objetiva impõe um comportamento de lealdade e cooperação durante todo o contrato, mormente quando de longa duração, uma atividade de lealdade legitimamente esperada nas relações de consumo. Mas, relembramos, essa boa-fé objetiva é bilateral, é via de mão dupla, pelo que gera deveres anexos para o segurador e para o segurado. Assim como o segurador não pode fazer publicidade enganosa nem incluir no contrato cláusula abusiva para enganar ou induzir a erro o segurado, não pode também este fazer declarações falsas na proposta de seguro, nem agravar o seu risco sem comunicá-lo ao segurador.”.

<sup>337</sup> Pontua-se que no atual Código Civil, constam 56 citações de boa-fé, destaque para os artigos 113 e 422. Para citar alguns autores, dentre tantos: SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A Obrigação como Processo. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 30 “(...) a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao §242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo

sua positivação no CDC, a única legislação brasileira que vislumbrava a boa-fé objetiva na relação contratual era o Código Comercial de 1850<sup>338</sup>, atualmente com sua “Parte primeira – Do comércio em geral” revogada, haja vista a entrada em vigor do Código Civil de 2002. No Código Civil de 1916 é possível afirmar que a expressão “boa fé”, constante em 34 artigos, retratava a forma subjetiva, associada ao “estado anímico<sup>339</sup> do agente”.

Dentre os vários juristas, *data vêniam*, de partida, cite-se Ruy Rosado de Aguiar Junior que sempre lecionou ser “um princípio geral do Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e de lealdade”<sup>340 341</sup>.

O foco central está na relação de consumo entre o tomador ou pessoa segurada (consumidor) e a operadora<sup>342</sup> (fornecedor) que pactuaram contrato

---

obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.”. Confira ainda: SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1990; BULGARELLI, Waldírio. Direito empresarial moderno. Rio de Janeiro: Forense, 1992. COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>338</sup> “Art. 131 – Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 – a inteligência simples e adequada, que for mais **conforme à boa fé**, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;” (g.n.)

<sup>339</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: *Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 217.

<sup>340</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no código do consumidor., op. cit., p. 8.

<sup>341</sup> “O conceito de boa-fé, contudo, é dos mais controvertidos dentro do direito privado atual, comportando diversas definições, o que o torna um conceito muitas vezes problemático. Dentre os significados possíveis mais comuns há os de: razoabilidade, lealdade, justiça, “fair conduct”, “reasonable standards of fair dealing”, decência, comportamento decente, sentido ético comum, solidariedade, e padrões comuns de justiça.” MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 184.

<sup>342</sup> A operadora na modalidade “autogestão” não está contemplada neste item, eis que o Superior Tribunal de Justiça entende não caracterizar uma relação de consumo, passando o Código Civil (art. 422) a reger essa temática. Veja teor da Súmula 608 STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.”.

de adesão de plano ou seguro de saúde. Assim, relembre-se a presença do princípio da boa-fé objetiva na parte geral do Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III), que atua como orientador de interpretação para todas as demais regras nele contidas<sup>343</sup>. Alberto do Amaral Júnior esclarece a importância de

---

Sobre o artigo 422 do Código Civil brasileiro (cláusula geral de boa-fé objetiva), vale destacar os Enunciados publicados pelo Conselho da Justiça Federal nas Jornadas de Direito Civil, I, III, IV e V (não houve publicação na II), a saber: **I** – nº 24 – Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa; nº 25 – O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual; nº 26 – A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes; nº 27 – Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos; **III** – nº 168 – O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação; nº 169 – O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo; nº 170 – A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato; **IV** – nº 361 – O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475; nº 362 – A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil; nº 363 – Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação; nº 370 – Nos contratos de seguro por adesão, os riscos predeterminados indicados no art. 757, parte final, devem ser interpretados de acordo com os arts. 421, 422, 424, 759 e 799 do Código Civil e 1º, inc. III, da Constituição Federal; **V** – nº 432 – Em contratos de financiamento bancário, são abusivas cláusulas contratuais de repasse de custos administrativos (como análise do crédito, abertura de cadastro, emissão de fichas de compensação bancária, etc.), seja por estarem intrinsecamente vinculadas ao exercício da atividade econômica, seja por violarem o princípio da boa-fé objetiva.” In: Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados/coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

Cumprir registrar, ainda, a alteração promovida no Código Civil, pela Lei 13.874/2019, que alterou o artigo 421 e incluiu nele o seguinte parágrafo único: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.”.

<sup>343</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 4. ano. 1. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1995, p. 21. No mesmo sentido, Rogério Gomes adverte: “Assim, o Princípio da Boa-Fé Objetiva permeia todo o Código de Defesa do Consumidor, de forma que, se o caso sob apreciação não versar especialmente sob uma cláusula contratual, ainda assim, a boa-fé deverá ser considerada na sua plenitude, por constituir-se, juntamente com a vulnerabilidade, a espinha-dorsal da Lei

distinguir princípio e regra, destacando que o princípio consiste numa pauta genérica, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, caracterizando-se como “programa de ação” para o intérprete<sup>344</sup>.

Especialmente por ser o princípio uma disposição legal aberta<sup>345</sup>, que proporciona uma vasta interpretação<sup>346</sup> a partir do problema, contrário ao juspositivismo<sup>347</sup> na sua concretização para o devido controle do conteúdo

---

Consumerista.” GOMES, Rogério Zuel. Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147.

<sup>344</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor. ano 2. vol. 6. São Paulo: Ed RT, abr.-jun. 1993, p. 27.

Para o Autor as regras “são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e conseqüências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação jurídica específica, o que significa, em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de ato ou fatos.”

<sup>345</sup> Leonardo Roscoe Bessa diz: “Como se observa, é disposição aberta que muito depende de labor hermenêutico do aplicador do direito para preenchimento, em concreto, do seu conteúdo. O juiz possui boa margem de liberdade na análise de eventual nulidade de cláusula contratual, com fundamento no art. 51, IV.” BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27. Judith Martins-Costa alerta que “(...) num “sistema aberto”, o ordenamento jurídico não se sujeita mais à lei como mera servidão formal. Juntamente como direito positivo passam a conviver princípios gerais do direito, os postulados de direito natural, e o sentimento de justiça e a equidade experimentados pela sociedade à qual serve o magistrado, afastando a interpretação e a aplicação do direito a partir de si mesmo.” COSTA, Judith Martins. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Revista dos Tribunais. vol. 680. São Paulo: Ed. RT, jun. 1992, p. 49.

<sup>346</sup> “Pois que é manifestamente impossível à mente humana prever e regular, por meio de normas adequadas, todos os inumeráveis casos futuros – *multa enim nova producit natura*, o legislador indicou as fontes a que o juiz deve recorrer quando uma controvérsia não se possa resolver com uma precisa disposição da lei.” DEL VECCHIO, Giorgio. Princípios gerais do direito. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 9. Reforça Gustavo Tepedino “o legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídica. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas.” TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XVIII-XIX.

<sup>347</sup> Com a interpretação de caráter lógico-dedutivo, subsunção do fato à norma. A subsunção, regra geral, visa interpretação das disposições legais fechadas, não demandando integração valorativa. Sobre o assunto: ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do

da cláusula, a literatura jurídica aponta alguns critérios de concretização que visam contribuir com o julgador para a análise da abusividade<sup>348</sup> no caso concreto, no intuito de mitigar possível arbitrariedade<sup>349</sup>.

Portanto, o texto não tem a intenção e a pretensão de reviver toda a história e evolução do princípio boa-fé objetiva, pois isso já está solidificado pelos inúmeros documentos jurídicos ao longo de décadas. Todavia, tendo o legislador inserido o princípio da boa-fé como de proteção contratual ao consumidor (art. 51, IV), propõe-se identificar os pressupostos de validade<sup>350</sup> destacados

---

direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (Org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997, p. 413-465.

<sup>348</sup> “Comentando a questão, Claudia Lima Marques assevera que: “A abusividade das cláusulas do contrato de consumo é a violação de um dever de conduta (anexo, acessório ou principal) imposto pela boa-fé ou é a autorização contratual para uma prática abusiva que viole a boa-fé objetiva.”. MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 802.

<sup>349</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. Usos e costumes no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>350</sup> Marcelo Schenk Duque ao discorrer sobre critério para o controle de conteúdo dos contratos com base na Constituição da República brasileira, cita Michael Becker, enumerando 15 pontos definidos pelo jurista alemão para identificar se um contrato é justo ou desleal, devendo servir como parâmetros de exame para verificar a intensidade que os direitos fundamentais devem ser transportados para o direito privado, a saber: “1. Momento e circunstâncias que acompanham a contratação (valorização do momento prévio do contrato em face da aparência e da confiança); 2. situação pessoal do parceiro contratual (se o parceiro é mais ou menos vulnerável); 3. situação patrimonial e financeira dos contratantes; 5. efeitos dos contratos perante terceiros (contrato pode ser injusto em face de eventuais efeitos negativos gerados para terceiros); 6. contratos que violem direitos fundamentais, direitos humanos e liberdades fundamentais; 7. forma do acordo ou do ajuste pactuado entre as partes; 8. relação entre prestação e contraprestação (sinalagma); 9. desvio do tipo ou da função orientadora do contrato (relacionado à função social do contrato); 10. perturbação na paridade contratual (contrato justo para os iguais pode ser justo para os desiguais, circunstância que assume relevo nos casos de incidência de poder social na relação); 11. natureza da relação jurídica (ex.: se envolve familiares etc.), sobretudo frente à prestação de garantias pessoais; 12. análise econômica da condição contratual (aspecto inteiramente intersubjetivo, que envolve a profilaxia do risco, quando uma das partes assume um risco muito maior que outra no contrato); 13. condição de poder específico de uma das partes do contrato (isso se aplica não somente frente a cartéis e grandes empresas, mas a toda relação onde o poder social possa condicionar a liberdade do outro na relação, de forma arbitrária); 14. contratos relacionados ao direito do trabalho; 15. acordos celebrados no âmbito do direito de família.” DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 132.



pela doutrina para concretização do princípio que devem ser ponderados pelo julgador ao analisar à lide, transpondo para discussão que envolve a cláusula delimitadora negativa da prestação presente no contrato que se apresenta como massificado, contínuo, complexo e social, porém, não contempla, de forma ilimitada, as prestações de assistência à saúde.

Permitida legalmente a inserção de cláusula delimitadora negativa da prestação, surge a necessidade de desenvolver um raciocínio<sup>351</sup> jurídico para que no controle incidental ou abstrato do conteúdo da cláusula delimitadora negativa da prestação de assistência à saúde não seja ela considerada ofensiva à boa-fé objetiva<sup>352</sup>. Que o comportamento ético-jurídico esperado nos negócios jurídicos foi devidamente contemplado pela operadora. Afrontar o princípio da boa-fé objetiva é incorrer em sanção, eis que não se trata mais so-

---

<sup>351</sup> Harriet Christiane Zitscher explica sobre a metodologia de ensino jurídico: “O raciocínio indutivo caracteriza-se pelo movimento do pensamento que vai de uma ou várias verdades singulares a uma verdade mais universal. (...) o juiz do sistema *common law* formula a regra a ser aplicada ao caso *sub judice* através da análise de casos anteriores sobre a mesma matéria.” E, prossegue: “O raciocínio dedutivo caracteriza-se pelo movimento de pensamento que vai de uma verdade universal a uma verdade menos universal (ou singular). (...) Assim, diante de um caso concreto para solucionar, o juiz deve procurar a norma certa no Código ou na Lei, e indagar seu conteúdo. Se os fatos nela cabem, já se providencia a solução.” Arremata dizendo: “Como nos textos legais, com frequência os conceitos são muito abstratos, o juiz, no seu trabalho de conhecer o conteúdo exato da norma, procura apoio na doutrina e na jurisprudência, que por certo já extraíram regras mais concretas dos princípios abstratos da lei. (...) Nos sistemas romanos, é mais comum simplesmente empregar jurisprudência como argumento. No sistema alemão, as linhas de jurisprudência são mais firmemente estabelecidas,” ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino jurídico com casos: teoria e prática (com exemplos do direito do consumidor e do direito civil)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 22-23, 27-28-29.

<sup>352</sup> A não autorização para realização do cuidado de saúde ocorreu por uma conduta desonesta, gerou prejuízo ou desequilíbrio das prestações recíprocas, não atendeu a razoabilidade, enfim, o que deve ser entendido pela contrariedade a boa-fé. Cristiano Henineck Schmitt explica que “o critério da boa-fé objetiva apresenta-se mais completo, pois a ausência de boa-fé por parte do fornecedor implica em ilicitude, mas não implica necessária malícia, para que se possa averiguar a iniquidade na confecção das cláusulas contratuais.” SCHMITT, Cristiano Henineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 95. “Qual o limite de atitudes dos “seguradores” neste campo? Sabe-se que o desenvolvimento do conhecimento técnico permite a exclusão dos riscos para os próprios seguradores e que isso influi diretamente em sua capacidade de “ganhar o jogo”. LOPES, José Reinaldo de Lima e GARCIA NETO, Paulo Macedo. *Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos)*. *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. Coordenação Cláudia Lima Marques...[et.al.]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 173.

mente de um princípio informativo utilizado para possível preenchimento de lacuna legal, ao contrário, é normativo (art. 51, IV), impondo a concretização na lide instaurada, permitindo a nulidade<sup>353</sup> de pleno direito (art. 51, *caput*) da cláusula. Amanda Flávio de Oliveira alerta que “a instituição de normas regulamentadoras do contrato e sua interpretação têm reflexo *direto* no desenvolvimento econômico”<sup>354</sup>.

Com efeito, entende ser esse o grande desafio do julgador, qual seja, sob a irradiação da boa-fé, deve harmonizar os interesses das partes do contrato de adesão de plano ou seguro de saúde, compatibilizando a indelével proteção do aderente vulnerável, sem cometer arbitrariedades ao mercado de saúde suplementar, em respeito a concretização dos princípios constitucionais da ordem econômica, para a obtenção da segurança jurídica e da justiça comutativa do contrato<sup>355</sup>. O artigo 51, IV, ao dispor sobre a “incompatibilidade da boa-fé” delega ao julgador a valoração de possível afronta ao princípio devendo se pronunciar, até mesmo *ex officio*, para coibir ou ajustar os excessos porventura existentes no contrato, passando a ser considerado como um influenciador

---

<sup>353</sup> Vera Fradera faz crítica a nulidade advertindo que “a sanção de ineficácia atinge, à perfeição, os objetivos pretendidos pelo legislador: proteção do consumidor mediante o (re) equilíbrio da relação contratual, tal como impõe o princípio da boa-fé objetiva.” FRADERA, Vera Jacob. Ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor: uma abordagem clássica. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 43. ano. 10. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2002, p. 324.

<sup>354</sup> Completa ainda afirmado: “De acordo com seu rigor ou abrangência, pode-se permitir, estimular ou impedir a circulação de riquezas, com consequências diretas sobre a economia nacional. Por outro lado, sem a devida intervenção estatal nos contratos para corrigir distorções, eles podem transformar-se de instrumento de promoção do desenvolvimento econômico em instrumento de dominação e concentração de riquezas.” OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *O juiz e o novo contrato – considerações sobre o contrato à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002*. In: In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. *Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 335.

<sup>355</sup> Do ponto de vista social, ao permitir a iniciativa privada atuar diretamente na proteção do direito social de assistência à saúde, torna-se acertada a visão de Thomas Wilhelmsson ao acentuar que “um contrato pode crescentemente ser avaliado tendo-se em vista sua capacidade para criar uma cooperação social saudável.” WILHELMSSON, Thomas. *Regulação de cláusulas contratuais*. Trad. Ronaldo Porto Macedo Júnior. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 18. ano. 4. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1996, p. 12. Conseguir harmonizar os interesses pode servir para implantar, culturalmente, a “cooperação social saudável” nas relações contratuais de assistência à saúde.

de condutas<sup>356</sup> <sup>357</sup>. Em que pese o Estado Juiz ter o papel constitucional de defesa do consumidor, seu critério de concretização para preenchimento da boa-fé objetiva não pode ser extremado, pois sua função é a busca da justiça comutativa do contrato, e não o desfavorecimento desmedido da operadora<sup>358</sup>, conduzindo sua decisão para a maximização da riqueza social.

Recorde-se, que na caracterização da “desvantagem exagerada”, o legislador, para auxiliar na sua concretização expôs três hipóteses presumidas<sup>359</sup>, exemplificativas, as quais possuem pressupostos interligados que devem ser observados pelo julgador. Entretanto, para a boa-fé objetiva, não há qualquer previsão direta no ordenamento jurídico brasileiro, sendo essa a razão de identificar na literatura jurídica os pressupostos de validade, até então apontados pelos juristas, que evidenciados possam contribuir para mitigar a subjetivi-

---

<sup>356</sup> Alerta de Bruno Miragem que “deve ser regulado em consideração aos eventuais efeitos que se produzem à comunidade e à frustração dos interesses dos contratantes em razão da realidade social de diferenças entre os níveis de poder dos diversos sujeitos envolvidos na conformação do pacto.” Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 199.

<sup>357</sup> Conforme adverte Juan Carlos Rezzónico “no se trata sólo de deberes negativos originados em la idea de no danar, sino de cargas positivas de lealdad, claridade e información”. REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 524-525. Para Ricardo Lorenzetti “se relaciona con el comportamiento leal y honesto en el tráfico. No se refiere a la creencia que un sujeto tiene respecto de la posición de outro, como en el caso anterior, sino a la manera en que las partes deben comportarse en el cumplimiento de un contrato.” LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 148.

<sup>358</sup> “A boa-fé, portanto, revela as duas faces de uma mesma moeda: trata-se de um conceito ético e também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato. Externamente, o contrato tem uma função social, como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência e outros, que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual. Internamente, o contrato atua como vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes. É para o aspecto externo que se dirige o art. 4º do Código, quer que a intervenção na economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé, isto é, com a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e confiança.”. SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 17. ano. 4. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 1996, p. 157.

<sup>359</sup> Art. 51, §1º, incisos I, II e III, do CDC.

dade<sup>360</sup>, por vezes formada por narrativas pré-concebidas ou em virtude da vivência pessoal, de familiares ou amigos. Reforça-se a posição anterior que o legislador brasileiro optou por desvincular, na regra do art. 51, IV, a “desvantagem exagerada” da “boa-fé”, sendo essa a única razão que não será ela considerada como um pressuposto de validade, haja vista que ambas, separadamente, servem de base autônoma para que o julgador considere determinada cláusula abusiva.

Como anteriormente abordado, no direito português o Decreto-Lei nº 446/85 elencou, de forma especial, “diretrizes de concretização”<sup>361</sup> diretamente para a boa-fé objetiva, a tutela da confiança e a efetivação do objeto negocial.

A tarefa do julgador se torna mais robusta se entender por fundamentar no conceito indeterminado (desvantagem exagerada) e no princípio (boa-fé objetiva), conjuntamente. Na prática, depara-se com muitas decisões judiciais que somente citam o artigo 51, IV do CDC, englobando ambas, todavia, sem descrever com precisão a conduta violada ou o dever acessório infringido, bem como se furtam de delinear o preenchimento dos pressupostos constantes das regras de presunção relativa para qualificar o fato como “desvantagem exagerada” ao consumidor.

Importante ressaltar ainda que não há colisão entre a “desvantagem exagerada” e a “boa-fé objetiva”, pelo contrário, são restrições à liberdade contratual que visam assegurar uma igualdade material para o consumidor aderente, o “equilíbrio das posições contratuais”<sup>362</sup>. A boa-fé por se constituir como

---

<sup>360</sup> Judith Martins-Costa sobre o assunto diz que o juiz: “Deverá averiguar qual é a concepção efetivamente vigente, através de pesquisa jurisprudencial e doutrinária, pois não se trata de determinar, por óbvio, qual é a sua própria valoração – esta é apenas ‘um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem que confrontar e segundo as quais, sendo caso disso, a deverá corrigir.” COSTA, Judith Martins. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 331.

<sup>361</sup> “Sentindo o elevado grau de indeterminação desta norma e as dificuldades aplicativas que ela poderia suscitar, o legislador deu-se ao cuidado de fornecer, no artigo seguinte, diretrizes de concretização (...)” RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O Controlo do Conteúdo dos Contratos: uma nova dimensão da boa-fé*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. vol. 42. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005, p. 25.

<sup>362</sup> “desequilíbrio das posições contratuais, que pode ou não ser consequência direta da disparidade de poder econômico entre fornecedor e consumidor (...) o que significa, em outras palavras, evitar que a predisposição unilateral das cláusulas contratuais degenerem em abuso.” AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo*, p. 31.

princípio deve ser considerada como a fonte sublime para o julgador.

Para a devida fundamentação racional do julgador, com relação a utilização de uma cláusula geral, Humberto Ávila elenca cinco elementos genéricos de interpretação que visam auxiliá-lo para dar concreção<sup>363</sup> a decisão, são eles: (i) finalidade concreta da norma<sup>364</sup>; (ii) pré-compreensão<sup>365</sup>; (iii) valoração judicial dos resultados da decisão<sup>366</sup>; (iv) consenso como fundamento parcial da decisão<sup>367</sup> e (v) precedente judicial<sup>368 369</sup>.

Na busca dos critérios de concretização<sup>370</sup>, especificamente quando da

---

<sup>363</sup> Sobre a concreção veja: ENGISCH, Karl. La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales. Pamplona: Navarra, 1968.

<sup>364</sup> A razão de ser da regra do artigo 51, IV do CDC pode, para que interessa com esse estudo, ser representada pela busca da justiça comutativa do contrato.

<sup>365</sup> Considera-se, de forma simplificada, o conhecimento do julgador sobre o tema, inclusive, seus pré-conceitos e experiências pessoais, familiares ou de amigos.

<sup>366</sup> Trata-se do esforço de interpretação sobre os efeitos a serem causados pela decisão.

<sup>367</sup> Registro de questões incontroversas sobre o caso concreto.

<sup>368</sup> “um conjunto de atos tendentes a preencher, valorativamente, as normas, atribuindo-lhes sentido diante do caso concreto, com base em valores sistemáticos e problemáticos.” ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (Org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997, p. 439-444.

<sup>369</sup> Judith Martins-Costa ao discorrer sobre o método da concreção e a interpretação dos contratos, adverte sobre a observância de “elementos fáticos e normativos”. Com relação aos elementos fáticos diz que: “podem ser subjetivos (ligados à pessoa dos contraentes ou seu papel social) e objetivos (relacionados ao objeto contratual e aos seus demais elementos objetivos). Exemplificativamente, entre os primeiros estarão certas características subjetivas dos contraentes ou a conduta pré-contratual das partes; entre os segundos, os usos do local da contratação; o tipo contratual; a ambiência econômica na qual desenvolvida a relação contratual; a função econômico-social do negócio etc.” COSTA, Judith Martins. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. vol. 31. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2006, p. 160-161. Para o contexto deste estudo, a característica subjetiva principal é a presença do consumidor vulnerável. Lado outro, destaca-se o objeto contratual, prestações convencionadas de cuidados de saúde, com função econômico-social de grande relevo para o contraente, para os consumidores passivos que participam do mutualismo e para o Estado que se preocupa menos com esses cidadãos por possuírem um contrato de seguro de saúde.

<sup>370</sup> Karl Larenz sobre a concretização de uma cláusula geral expõe que “Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de «generalizar» o caso; tem também de «individualizar» até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na «subsunção». Quanto «mais complexos» são os aspectos peculiares do caso a decidir, «tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera

utilização da cláusula geral de boa-fé objetiva como fundamento para o julgador, deparou-se com a orientação de Ruy Rosado, na qual exprime que o julgador deve criar a própria “norma de dever”<sup>371 372</sup>, definindo o dever prescrito para as circunstâncias do caso e a conduta esperada dos participantes, para em seguida verificar a conduta adequada à regra legal. Em outro texto jurídico Ruy Rosado reforça a necessidade de criação da “norma de dever” pelo juiz, contudo, alerta que não pode ser arbitrária, mas sim “nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade”, observando a “lealdade das partes, à moralidade da pretensão do credor e à correção da resistência do devedor”<sup>373</sup>.

Cláudia Lima Marques utiliza com frequência nos seus inúmeros arrazoados jurídicos a palavra alemã “*Gebot*” (mandamento) para tratar da boa-fé objetiva<sup>374</sup>, destacando a existência de suas três funções, a saber: (i) criadora de novos deveres de conduta anexos (informar<sup>375</sup>, cuidado, cooperação) aos deve-

---

subsunção.” LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150.

<sup>371</sup> “Sem dúvida, essa a linha traçada por Karl Larenz, devendo ocorrer a criação judicial para os fatos trazidos ao Estado-juiz.” AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de, op. cit, p. 10.

<sup>372</sup> Cumpre registrar que algumas dessas criações realizadas pelo Poder Judiciário, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, tendo como *ratio decidendi* a boa-fé ou equidade, foram transportadas como regras cogentes específicas pelo legislador para o elenco do artigo 51 do CDC, possibilitando de imediato aferir a abusividade das cláusulas, sem a necessidade do esforço interpretativo do julgador.

<sup>373</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 14. ano 4. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1995, p. 14. Adiante, na mesma página, complementa o Autor “Ademais, a exigência de fundamentação garante o controle da decisão das partes e pela comunidade jurídica.”

<sup>374</sup> “(...) *boa-fé objetiva* é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé *subjetiva* do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada. (...) a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeito cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. (...) uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.” MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 181-182.

<sup>375</sup> Newton de Lucca salienta para “existência de um contrato *limpo*, com redação clara, sem artimanhas de qualquer espécie, é indubitavelmente o passo mais importante para que o fornecedor se apresente posteriormente movido pela boa-fé nas relações com os consumi-

res de prestação contratual (primários); (ii) limitadora a liberdade de atuação dos parceiros contratuais; (iii) interpretadora, que permite uma visão total e real do contrato<sup>376</sup>. Essas funcionalidades são reproduzidas por vários outros autores, em síntese, transmitem o entendimento que o princípio gera deveres anexos (accessórios<sup>377</sup> ou secundários<sup>378</sup>) de comportamento contratual<sup>379</sup>, que devem ser valorados no controle da nulidade da cláusula em apreço, impondo uma interpretação conforme à lealdade, sem ilusão, malícia ou prejuízo,

---

dores.”. LUCCA, Newton de. A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 05. ano. 2. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 1993, p. 79.

<sup>376</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 180.

<sup>377</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 18. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1996, p. 26 “Aos vários deveres dessa fase seguem-se deveres acessórios à obrigação principal na fase contratual – quando a boa-fé serve para interpretar, complementar ou corrigir o texto contratual –, e até mesmo, na fase pós-contratual a boa-fé cria deveres...”. O Autor destaca como deveres acessórios, colaboração, informação e lealdade.

<sup>378</sup> Agathe Schmidt compilou os deveres secundários da seguinte forma: i) momento de sua constituição: “a) deveres próprios da etapa de formação do contrato – informação, de segredo, de custódia; b) deveres da etapa de celebração – equivalência das prestações, clareza, explicitação; c) deveres da etapa do cumprimento – dever de recíproca cooperação para garantir a realização dos fins do contrato, satisfação dos interesses dos credor; d) deveres após a extinção do contrato – dever de reserva, dever de segredo, dever de garantia da fruição do resultado do contrato, *culpa posta factum finitum*.” ii) quanto à natureza: “deveres de proteção – a evitar que as partes inflijam-se danos mútuos; b) deveres de esclarecimento – obrigação de informar-se e de prestar informações; c) deveres de lealdade – impõem comportamentos tendentes à realização do objetivo do negócio, proibindo falsidades ou desequilíbrios.”. SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 17. ano. 4. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 1996, p. 159.

<sup>379</sup> Importa destacar que os deveres anexos não surgem pela falta do descumprimento da prestação principal, por exemplo, pela não autorização da cobertura de cuidados de saúde, são autônomos e interligados, devendo ser respeitados em todas as fases da relação contratual. Por exemplo, ao ofertar um seguro de saúde, tem o dever de prestar as informações corretas, claras, precisas, não podendo enganar o consumidor sobre as prestações convencionadas que depois, na fase do cumprimento contratual, não serão realizadas por conter cláusula delimitadora negativa da prestação. Outro exemplo, tem o dever de contratar estabelecimento de saúde para sua rede conveniada de qualidade, com excelência de atendimento para a pessoa segurada, a fim de que não seja exposto a risco que possa gerar danos ou agravamento da sua condição de saúde. Nesse sentido, Jorge Cesa Ferreira da Silva afirmando que o dever de prestação está vinculado à obrigação principal, os deveres laterais decorrem da boa-fé objetiva. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 90.

bem como confere restrições ao exercício de direitos subjetivos, para que não configure o abuso, principalmente, por ter em um dos polos o consumidor vulnerável. Bruno Miragem, exemplificando sobre violação da boa-fé objetiva nos contratos de consumo e nos contratos civis, foi enfático ao afirmar que o “caráter abusivo” das cláusulas nos contratos de consumo é exatamente a consideração de vulnerabilidade do consumidor. Adiante, expõe o Autor que do vínculo lógico entre o abuso do direito e a vulnerabilidade do consumidor que resulta o caráter abusivo das cláusulas contratuais<sup>380 381</sup>.

Na lição de Alberto do Amaral Júnior para exercer o controle de conteúdo através do princípio impõe analisar a cláusula em discussão em relação às demais cláusulas do contrato de adesão, levando-se em consideração o “contexto em que o contrato foi celebrado”<sup>382</sup>.

Judith Martins-Costa leciona que o juiz, ao analisar o caso concreto, deve conhecer o pensamento da sociedade onde vive sobre “incompatibilidade com a boa-fé”, sendo que essa “valoração” determinará sua premissa, para após, dentro do seu poder de interpretação estabelecer “o significado do enunciado normativo, mas, por igual, criando direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as consequências”<sup>383</sup>.

Explica Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>384</sup> que a boa-fé objetiva, como regra de

---

<sup>380</sup> MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 72. ano. 18. São Paulo: Ed. RT, out./dez., 2009, p. 47-48. O Autor diz também, porém, de maneira genérica que “A abusividade se apresenta de dois modos no contrato de consumo. Pelo *conteúdo do contrato*, que no caso relaciona o caráter abusivo das cláusulas contratuais à aptidão de violarem o equilíbrio das prestações das partes ou do poder de direção da execução contratual. E de outro modo, pode decorrer da *forma da contratação*, na medida em que não seja permitido ao consumidor tomar conhecimento dos aspectos essenciais do ajuste”. *Idem*, p. 52.

<sup>381</sup> No mesmo sentido a lição de Nelson Nery Júnior, ao afirmar que cláusula abusiva “é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, e, no caso de nossa análise, é o consumidor, aliás por expressa definição do art. 4º, I, do CDC”. NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 4ª ed. p. 339. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

<sup>382</sup> “A globalidade das cláusulas contratuais deve ser apreciada de forma finalística, verificando-se se o conteúdo do contrato se adequa aos princípios do art. 4º CDC.” AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *op. cit.*, p. 32.

<sup>383</sup> COSTA, Judith Martins, *op. cit.*, p. 327.

<sup>384</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos no código do consumidor: pressupostos gerais. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 6. ano. 2. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1993, p. 137-138.



conduta, pressupõe que os comportamentos são baseados na confiança normalmente esperada, que não deverá ocorrer comportamento enganoso ou abusivo. Acrescenta que ao “julgador compete verificar se a conduta concreta guarda conformidade à conduta abstrata tutelada pelo direito”. Salienta, ainda, observar os pressupostos da “razoabilidade”<sup>385</sup> e do justo equilíbrio contratual, que apesar de serem conceitos indeterminados, para a sua devida concretização deve o julgador captar “*standards* éticos e jurídicos” da comunidade, no tempo e no espaço. O mesmo Autor, todavia, em outro artigo jurídico manifestou que interessa conhecer se na execução do contrato “não acarreta vantagem desproporcional para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferíveis objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária”<sup>386</sup>.

De maneira concisa, Maurício Crespo Rangel<sup>387</sup> destaca dois critérios para concretização da boa-fé: “a confiança<sup>388</sup> de um e a conduta do outro”. Já Milena Oliva e Pablo Rentería<sup>389</sup> trazem o critério “da preservação da finalidade da avença”.

---

<sup>385</sup> Para Souza Ribeiro: “o que se julga, numa perspectiva generalizadora, tendo em conta os interesses tipicamente envolvidos, é da razoabilidade, em termos objectivos, de estipulações que, em favorecimento de uma das partes, se afastam do que corresponderia a uma equilibrada repartição de direitos e deveres. Para isso, cumpre decidir, em primeiro lugar, se há razões plausíveis, do ponto de vista dos interesses do utilizador, que justifiquem os termos do clausulado. Em seguida, há que se apreciar o eventual impacto negativo desses termos na esfera da contraparte. Os limites de tolerância são ultrapassados quando a disposição é de molde a causar, sem justificação atendível, prejuízos graves e desproporcionais ao aderente.”. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 560.

<sup>386</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 4, nº 16. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2003, p. 111.

<sup>387</sup> RANGEL, Maurício Crespo. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 71. ano. 17. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2009, p.176.

<sup>388</sup> Abordagem sobre a confiança trazida por Judith Martins-Costa, ao dizer sobre o crescimento das relações distantes e impessoais, como as que se configuram entre a operadora e o consumidor: “a confiança, que é proteção jurídica e postulado ético, para além de constituir pressuposto de toda e qualquer ordem jurídica que se queira como tal, atuando como verdadeiro cimento da convivência coletiva, é também uma necessidade desta mesma ordem, necessidade que só tende a crescer à medida em que as relações se tornam distantes e impessoalizadas.” COSTA, Judith Martins. Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações. Coord. de Sálvio de Figueiredo. vol. 5, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>389</sup> Para os autores “ao contrário do que se poderia imaginar em uma primeira análise, o afastamento das limitações que acabam por frustrar o objeto da avença não desequilibra o contrato. Ao revés, assegura o equilíbrio das prestações, das utilidades que as partes procuram mutuamente alcançar com a realização do programa contratual. Na medida em que o critério de identificação da abusividade reside precisamente na garantia da finalidade do negócio,

Arruda Alvim<sup>390</sup> assevera a “carga de grande poder ao juiz” atribuída pelo artigo 51, IV do CDC, enfatizando que os “critérios existentes” para o controle das cláusulas abusivas passa pela análise de disparidade de forças entre consumidor e fornecedor, que por estar o juiz diante do contrato de adesão não pode haver dúvida na sua interpretação sobre abusividade em prol do consumidor.

Por sua vez, Cláudio Petrini Belmonte destaca que para a devida “adjetivação” de cláusula como abusiva o consumidor deve sofrer “uma onerosidade excessiva e injustificada”<sup>391</sup> imposta pelo fornecedor, eis que essa situação de desequilíbrio faz com que o princípio da boa-fé objetiva seja violado.

Destacam-se os pressupostos de validade instrumentais sugeridos pelo jurista alemão Michael Becker<sup>392</sup> para o controle do conteúdo citados por Cláudia Lima Marques, sendo enfatizado por ela que mais do que “critérios”, trata-se de elementos a serem considerados pelo magistrado no momento do exame da validade das cláusulas, em especial, para a concreção da cláusula geral de boa-fé, a saber: “1. o momento e o contexto circunstancial da conclusão do contrato (...); 2. a situação pessoal do parceiro contratual (...); 3. situações financeiras e de patrimônio (...); 4. situação de formação e de capacidade (...); 5. efeitos para terceiros (...); 6. violação de direitos humanos, fundamentais ou das liberdades comunitárias/europeias (...); 7. forma da contratação/relação; 8. sinalagma ou relação entre prestação e contraprestação (...); 9. Tipicidade con-

---

extrai-se que o equilíbrio objetivamente perseguido pelos contratantes não poderia ser alcançado com a aplicação das cláusulas abusivas.” OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 101. ano 24. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2015, p. 114.

<sup>390</sup> ARRUDA NETO, José Manuel de Alvim. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. *Revista Direito do Consumidor*. vol. 20. ano. 5. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 1996, p. 42.

<sup>391</sup> BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo. Disposições contratuais abusivas. *Revista Direito do Consumidor*. vol. 43. ano. 10. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2002, p. 152-154. O A. faz o seguinte comentário “Nessa linha, ponderamos que não revestem caráter abusivo as cláusulas que disponham vantagens ou sacrifícios análogos para ambas as partes, uma vez que a relação de equivalência ou o princípio da máxima reciprocidade de interesses restará preservado. Não temos também como abusivas as situações onde o desequilíbrio não é excessivo nem manifesto, uma vez que o equilíbrio contratual não implica, como regra, unia perfeita simetria entre vantagens e sacrifícios.” (nota rodapé, p. 153-154).

<sup>392</sup> BECKER, Michael. *Der unfaire Vertrag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 1-76 apud MARQUES, Cláudia Lima. Prefácio. In: SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas nas relações de consumo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 22.

tratual e modelos atípicos (...); 10. desequilíbrio da paridade contratual (...); 11. natureza da relação (...), além de critérios propostos por outros Tribunais, com a análise econômica do direito, a situação concorrencial dos parceiros, a relação trabalhista e familiar.”.

Da pesquisa realizada e evidenciada da literatura jurídica<sup>393</sup> brasileira, o julgador, ao exercer o controle do conteúdo do contrato de adesão de plano ou seguro de saúde, especialmente, da cláusula delimitadora negativa da prestação de assistência à saúde, deve buscar realizar os interesses legítimos das partes<sup>394</sup>,

---

<sup>393</sup> Registre-se, dentre outros autores pesquisados, os seguintes: (i) Cristiano Heineck Schmitt. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*, ..., p. 99 “boa-fé uma fonte de constituição de deveres independentes (...)”; (ii) Rizzato Nunes. *Curso de direito do consumidor*, ..., p.634 “percebe-se que a cláusula geral da boa-fé permite que o juiz crie uma norma de conduta para o caso concreto, atendo-se sempre à realidade social, o que nos remete à questão da equidade, prevista ao final da norma em comentário.” Declina um critério objetivo “realidade social”, porém, prefere a conjugação com o princípio da equidade; (iii) Sergio Cavalieri Filho. *Programa de direito do consumidor*, ..., p. 161 “Em sua função de controle, a boa-fé representa, pois o padrão ético de confiança e lealdade (...) Considera-se violado o princípio da boa-fé sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com a lealdade e a confiança esperáveis.”; (iv) Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*, ..., p. 300 “As três funções da boa-fé objetiva (critério hermenêutico, criação de deveres anexos, limitação do exercício de direitos) devem ser trazidas a exame para se concluir pela nulidade ou não de cláusulas contratuais.”; (v) Felipe Peixoto Braga Netto. *Manual de Direito do Consumidor a luz da jurisprudência do STJ*, ..., p. 307 “O inciso em questão, propositalmente aberto, enriquece a atuação do intérprete, que definirá, na mediação julgadora, os limites do razoável e do equitativo, à luz das experiências culturais da comunidade” E complementa na p. 308: “A equidade é relevante como critério de aferição da validade das cláusulas contratuais nas relações de consumo.”; (vi) Guilherme Fernandes Neto. *Cláusulas, Práticas e Publicidade Abusivas*, ..., p. 107 “O abuso de direito nas relações de consumo, por conseguinte, contrapõe-se à boa-fé objetiva, princípio lastreador da relação de consumo, cuja força normativa se impõe como critério de constatação da deformação do direito.”; (vii) João Bosco Leopoldino da Fonseca. *Cláusulas abusivas*, ..., p. 62 “Não basta, por exemplo, tomar o texto escrito de um contrato e confrontá-lo com os termos do art. 51 da Lei 8.078/90, para desse contejo, tirar a conclusão de abusividade. A afirmação e a convicção da existência da abusividade da cláusula devem surgir da aferição da realidade, da análise substancial da realidade, da análise econômica do direito.”; (viii) Cláudio Bonatto. *Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*, ..., p. 105 “que pode ser efetivada através de diretivas econômicas, de normativas constitucionais ou arquétipos exemplares de comportamento.”.

<sup>394</sup> “Para o reconhecimento da existência de uma cláusula nula, portanto, a linha de raciocínio deve levar em conta, sobretudo, a qualidade das partes, o objetivo do contrato, o bem de vida buscado pelo consumidor e, sobretudo, a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.” POPP, Carlyle; SETTI, Maria Estela Gomes. *O Código de Defesa do Consumidor e a proteção contratual*. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 79. ano. 19. São Paulo: Ed. RT, jul./set., 2011, p. 258.

eis que ao celebrar o contrato estabeleceram uma relação de confiança e cooperação mútua, com fim de efetivar o cumprimento das condições gerais do contrato, os direitos e deveres nele fixados.

Não se pode afirmar, de forma absoluta, que quando a operadora não autoriza o procedimento ou evento em saúde está falseando o objeto contratual, rompendo a legítima confiança ou expectativa, tendo uma conduta desonesta e desrespeitosa, que está somente tentando obter vantagem para si sem se preocupar com o restabelecimento da saúde do consumidor. Quem considerar essa premissa como verdade absoluta não consegue compreender que pode haver delimitação de cobertura de cuidados de saúde. Porém, como já dito, há restrições à essa liberdade contratual, mas não que toda e qualquer cláusula delimitadora negativa da prestação seja intrinsecamente ilícita.

O controle do conteúdo da cláusula delimitadora negativa da prestação, com base no princípio da boa-fé objetiva, impõe ao julgador fixar, em cada caso a “norma de dever” da conduta devida (finalidade) e esperada (confiança) baseado no entendimento da sociedade local sobre seu significado e não os seus pensamentos pessoais; interpretar o contrato com uma visão global, a começar por entender qual o dever de prestação assumido pela operadora (delimitação positiva) e qual ela entende que não assumiu (delimitação negativa) contrapondo ambas para verificar eventual disparidade de interpretação; em que circunstâncias foi realizado o contrato (época, legislação existente, medicina disponível, custos das contraprestações compatíveis, efeitos para terceiros), passando à análise sobre possível violação dos deveres acessórios<sup>395</sup> (se a cláusula está redigida em destaque, se permite ao consumidor compreender os efeitos da sua delimitação, se a obstrução serve para forçar a migração para o plano novo, se exige relatório médico extremamente detalhado para emitir autorização, se visa somente o enriquecimento ilícito), para se chegar à conclusão se o consumidor merece ou não a tutela pretendida.

---

<sup>395</sup> Tepedino e Schreiber alertam que “os deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva se aplicam às relações contratuais independentemente de previsão expressa no contrato, mas seu conteúdo está indissociavelmente vinculado e limitado pela função sócio-econômica do negócio celebrado. O que o ordenamento jurídico visa com o princípio da boa-fé objetiva – já se disse – é assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato. Não se exige que o contratante colabore com o interesse privado e individual da contraparte.” TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002: convergências e assimetrias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 226-227.

É de notório conhecimento que a fase de execução do contrato de adesão de plano ou seguro de saúde, geralmente, ocorre meses e até anos após a sua celebração, pois a vontade inicial é de não o utilizar, eis que ninguém quer ficar doente ou sofrer um acidente somente para acioná-lo. O consumidor que contratou um plano “antigo”, o fez em circunstâncias totalmente diferentes das atuais do plano “novo”, a legislação alterou demasiadamente (Constituição da República, CDC, Lei dos Planos de Saúde, Novo Código Civil, literatura jurídica com novas teses: nova teoria contratual, constitucionalização do direito civil), ocorreu um grande avanço tecnológico na medicina, até com intervenções cirúrgicas com robôs<sup>396</sup>, criação de autarquia federal especial para controlar esse mercado, enfim, uma grande transformação aconteceu nas últimas décadas, fatos que não podem ser desprezados pelo julgador, para a devida concretização do princípio da boa-fé objetiva.

Ilustra-se com o exemplo do “stent” coronário, que não possui cobertura nos planos “antigos” porque, na época da contratação era uma tecnologia nova e muito cara, não fazendo parte do cálculo atuarial do contrato ofertado. O procedimento cardíaco denominado de “angioplastia” pode ser realizado, com ou sem a implantação de “stent”, a depender de alguns fatores clínicos, dentre os quais o grau de obstrução (estenose), objetivando permitir o melhor fluxo sanguíneo na artéria. O “stent” é uma órtese, sendo que no contrato existe cláusula delimitadora negativa da prestação para “prótese e órtese de qualquer natureza”. A operadora autoriza o procedimento com todos os gastos na internação hospitalar, porém, não autoriza o custo da órtese. Essa regra de conduta da operadora viola o princípio da boa-fé? Primeiramente, pode-se entender que a autorização parcial emitida pela operadora configura como honesta, pois está arcando com tudo aquilo que se comprometeu no contrato, afastando somente a órtese. O procedimento não é indissociável, portanto, não foi contratado uma cobertura e depois delimitada em outra cláusula. Prosseguindo, deve-se verificar se os deveres anexos<sup>397</sup>, informação, cuidado e cooperação,

---

<sup>396</sup> Sobre o tema, consulte os vários textos no Estudos de Direito do Consumidor. vol. 16. Edição Especial (Direito e Robótica: actas do congresso). Coimbra: Instituto Jurídico/Centro de Direito do Consumo da FDUC, 2020.

<sup>397</sup> “O cumprimento de tais deveres, por óbvio, não conduz à exigência utópica de que um contratante atue para “ajudar” o outro na execução do contrato, mas implica a subordinação da conduta dos contratantes a regras que impeçam que um deles frustre as finalidades e os objetivos naturais do contrato.” HENTZ, André Soares. Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, p. 103.

foram devidamente observados pela operadora, ou seja, a redação da cláusula está redigida em destaque, esclareceu o motivo da não liberação do “stent”, não impôs empecilhos desnecessários para a autorização parcial, enfim, para a devida harmonização dos interesses das partes a conduta praticada deve assegurar que não há injustiça.

Atualmente, para os planos “novos” toda delimitação negativa é fruto das disposições legais contidas no artigo 10 da Lei nº 9.656/98 e de sua regulamentação através do ato normativo da entidade reguladora que publica, também, a delimitação positiva obrigatória para toda operadora de saúde suplementar. O poder de liberdade contratual de modelação é quase inexistente no direito regulatório brasileiro para essa modalidade de contratação, pois o “Rol da ANS” contempla as técnicas das intervenções cirúrgicas, o limite quantitativo das terapias, os critérios de elegibilidade para os procedimentos de alta complexidade, ou seja, detalhamentos consubstanciados na medicina baseada em evidências que permite pouca margem de modelação da delimitação pela operadora.

A partir da indicação imputada pela literatura jurídica exposta, e por tratar a “desvantagem exagerada” em separado, seguindo o teor contido no CDC, entende-se que o julgador, no controle incidental do conteúdo da cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde, ao fundamentar sua decisão no princípio normativo da boa-fé objetiva, deve preencher os seguintes critérios básicos de concretização: (i) caracterizar o dever de conduta da operadora como desonesto, enganoso ou desleal; (ii) evidenciar violação dos deveres anexos; (iii) verificar se há incongruência entre as prestações convencionadas, as cláusulas delimitadoras negativas e as demais cláusulas do contrato; (iv) considerar as circunstâncias fáticas da contratação, especialmente, a legislação existente, a medicina disponível, clareza da cláusula e as normas da entidade reguladora (v) mensurar impacto financeiro no caso concreto e para os consumidores passivos; (vi) compreender a legítima expectativa de acordo com a vivência social local e (vii) constatar desvirtuamento da finalidade contratual.

#### *5.4.3.3. Incompatíveis com a equidade*

De acordo com texto legal (art. 51, IV) o princípio da equidade pode servir de fundamento para que o julgador, no controle do conteúdo, possa considerar como abusiva a cláusula delimitadora negativa da prestação presen-

te no contrato de adesão de plano ou seguro de saúde<sup>398</sup>. Foi criada uma “força normativa”<sup>399</sup>, com carga sancionadora, atuando como restrição à liberdade contratual do predisponente, sendo que na exegese do conflito posto ao ser caracterizada sua afronta, não faculta, mas sim impõe atuação do juiz<sup>400</sup>.

Sergio Cavalieri Filho ensina que o juiz deve expressar “uma ideia de justiça da consciência média” e chegar à solução justa, cabendo a ele dizer “o que não está de acordo com a equidade no contrato sob seu exame, dele excluindo o que for necessário para reestabelecer o equilíbrio e a justiça comutativa do contrato no caso concreto”<sup>401</sup>.

A equidade aparece como “corretivo”<sup>402</sup> no combate as cláusulas iníquas, abusivas, que geram desequilíbrio nas relações obrigacionais, conduzindo o juiz a efetivar a revisão ou modificação do contrato para alcançar a sua justiça comutativa.

Cumprir registrar que o Código de Processo Civil brasileiro<sup>403</sup> estabelece

---

<sup>398</sup> Registre-se que a palavra “equidade” aparece no art. 7º do CDC: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”. No art. 4º, III, art. 51, §1º, II e §4º, todos do CDC, o legislador utilizou a palavra “equilíbrio”.

<sup>399</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. Cláusulas, Práticas e Publicidades Abusivas., op.cit., p. 103 “deverá o intérprete verificar se sua distributividade é compatível com o espírito do CDC, ou seja, se é ou não equitativo, pois a equidade para os contratos de consumo possui força normativa, com carga sancionadora.”

<sup>400</sup> São três as funções essenciais da equidade destacas por Juan Carlos Rezzónico: “el *iuris adiuvandi* o posibilidad de adaptar la norma al caso concreto, es decidir, la concreción de la ley según las circunstancias del caso a juzgar; el *iuris supplendi* o integración de las lacunas del derecho, y el *iuris corrigendi*, que evita las consecuencias excesivas de la norma en el caso bajo juzgamiento”. REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 341.

<sup>401</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 162-163.

<sup>402</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato, op. cit., p. 635

<sup>403</sup> Lei nº 13.105/2015 (Código Processo Civil): “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por **equidade** nos casos previstos em lei.” (g.n.). Não há no Código Civil brasileiro nenhuma menção a palavra “equidade”.

No direito português, especificamente no Código Civil, deparamos com as seguintes regras: “Artigo 4º (Valor da equidade) – Os tribunais só podem resolver segundo a equidade: a) Quando haja disposição legal que o permita; b) Quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível; c) Quando as partes tenham previamente convencionado o

a obrigatoriedade de o juiz decidir mesmo havendo lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico, entretanto, em se tratando da “equidade” consignou que ele somente poderá decidir nos casos previstos em lei. No CDC, a equidade<sup>404</sup> se apresenta como princípio fundamental do sistema jurídico de proteção e defesa do consumidor, ao prever no art. 4º, III, “equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”. Essa disposição legal alarga o campo de aplicação do princípio da equidade nas relações de consumo, não se atendo ao conteúdo do controle da cláusula.

Destaca-se, ainda, no CDC, o §4º<sup>405</sup> do artigo 51, prevendo a possibilidade de qualquer consumidor ou entidade que o represente, requerer ao Ministério Público que ajuíze ação competente por não assegurar o “justo equilíbrio entre os direitos e obrigações das partes”. Importante dizer que o Ministério Público pode entender contrariamente ao pedido formulado pelo consumidor ou a entidade, portanto, não é impositivo, cabendo somente a ele definir se as condições da ação (legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido) estão configuradas para a sua devida propositura. Além disso, mesmo não havendo provocação do consumidor ou da entidade, a qualquer tempo, poderá o Ministério Público instaurar inquérito civil, no intuito de fazer o controle abstrato da cláusula, não logrando êxito, poderá propor a competente ação perante o Poder Judiciário. Esclareça-se que o papel primordial é coibir o abuso para a coletividade, portanto, a defesa dos

---

recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória”; Art. 72º (Direito ao nome); Art. 238º (Modificação dos negócios usurários); Art. 400º (Determinação da prestação); Art. 437º (Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias); Art. 489º (Indemnização por pessoa não imputável); Art. 812º (Redução equitativa da cláusula penal); Art. 883º (Determinação do preço); Art. 992º (Distribuição dos lucros e das perdas); Art. 993º (Divisão deferida a terceiro); Art. 1114º (Cessação por caducidade ou por denúncia do senhorio); Art. 1158º (Gratuidade ou onerosidade do mandato); Art. 1407º (Administração da coisa); Art. 1675º (Dever de assistência); Art. 1707-A (Regime da renúncia à condição de herdeiro) e Art. 2016º (Divórcio e separação judicial de pessoas e bens).

<sup>404</sup> “Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

<sup>405</sup> Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): “Art. 51 (...). §4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.”



interesses e direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 81, CDC), visando que os atuais aderentes não sejam prejudicados, bem como os possíveis futuros consumidores.

É de bom alvitre consignar que não se trata somente da equidade econômico-financeira<sup>406</sup>, sendo mais abrangente, pois visa a equivalência material<sup>407</sup>, podendo ser traduzida como a busca do “equilíbrio real de direitos e deveres no contrato”<sup>408</sup>, relativizando a concepção da igualdade formal, com vistas a redução das desigualdades das partes.

O CDC, igualmente como fez em relação a boa-fé objetiva, não impôs pressuposto interligado a ser observado pelo julgador, deixando ampla a função concretizadora a ser desempenhada pelo julgador. Cláudia Lima Marques<sup>409</sup> esclarece que o CDC “sanciona e afasta apenas o resultado”, no desequilíbrio não está em jogo a conduta subjetiva do fornecedor, ao constatar a vantagem excessiva para o fornecedor deve ser considerada abusiva.

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.656/98, as operadoras foram obrigadas a refazer o contrato de adesão, as cláusulas delimitadoras negativas da prestação, antes comuns de serem vistas, não mais podiam constar dos futuros instrumentos jurídicos, sendo permitida à adaptação ou migração contratual para as novas regras. Resumindo, no início, a maioria dos consumidores continuaram com seus contratos, somente os novos consumidores estavam sob o pálio do recente publicado diploma legal.

Com efeito, o consumidor, ao necessitar se submeter aos cuidados de saúde, foi informado da existência de uma cláusula delimitadora negativa da prestação que lhe impedia de realizar o procedimento pretendido, lhe sendo ofertado pela operadora contratar novo plano sem exigência de carência, porém, com valor superior, sob alegação que a cobertura assistencial foi acrescida com novos cuidados.

---

<sup>406</sup> Falta de índice de correção anual ou fórmulas aritméticas incompreensíveis; reajustes expressivos de faixa etária, com o fim de expulsar o consumidor do contrato.

<sup>407</sup> Para Hentz: “Pode-se dizer, portanto, que a relação jurídica justa é aquela que se materializa na equivalência material das prestações.”. HENTZ, André Soares. Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, p. 139.

<sup>408</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

<sup>409</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.742.

É de ressaltar, que a presunção de vulnerabilidade do consumidor é absoluta, sendo potencializada por estar fragilizado no seu estado físico e mental em virtude da doença e da necessidade de se submeter ao tratamento solicitado pelo médico com alternativa para sua reabilitação.

Diante do contexto da oferta para realizar a migração do plano de saúde, acrescido do valor referente ao alargamento das prestações, pode-se afirmar que a operadora violou o princípio da equidade? Qual a desproporção que se revela entre os direitos e deveres das partes?

De um lado, o argumento preponderante lançado pela operadora diz respeito ao fato que nessas situações não ocorre vantagem exacerbada para ela, pois o consumidor, imediatamente, recebe autorização para realizar os cuidados de saúde, tendo ela que suportar com todos os custos gerados. Argumenta, ainda, que essa situação beneficia o consumidor, pois não precisará cumprir carências para as novas coberturas, podendo, caso precise, utilizar das novas coberturas assistenciais, pagando o justo preço. De outro, o consumidor não tem condições físicas e mentais de avaliar se a cláusula delimitadora negativa da prestação era ilícita, isso também ocorre, na maioria das vezes, se estivesse em condições normais de saúde, se limitando a singela análise se o acréscimo na parcela do prêmio cabe no seu orçamento mensal, firmando novo contrato com base na confiança, entendendo que a operadora está agindo sem a intenção de prejudicá-lo.

No cenário real, tem-se que várias ações judiciais foram interpostas, antes da realização do procedimento com pedido de tutela antecipada, outras após a realização do procedimento com pedido de anulação do novo contrato. Também é certo que vários foram os discursos que fundamentaram as decisões, alguns partindo da premissa equivocada que o contrato por ser de trato sucessivo fica abrangido pela legislação especial, outros acertadamente concluindo pela abusividade da cláusula delimitadora negativa da prestação.

André Soares Hentz propõe “três requisitos”<sup>410</sup> para alcançar a justiça co-

---

<sup>410</sup> “chega-se à conclusão de que a justiça contratual será alcançada quando for verificada a presença concomitante de três requisitos, quais sejam: (i) igualdade material de condições das partes durante todo o *iter* contratual; (ii) equivalência material das prestações durante todo o processo obrigacional, de modo que o ônus e riscos sejam compartilhados de forma equânime entre as partes; e (iii) saldo final igualitário para os contratantes, ou seja, que as expectativas de ambos tenham sido atingidas com o cumprimento do contrato, e não apenas as de um deles.” HENTZ, André Soares. Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, p. 140.

mutativa do contrato nas relações civis: (i) igualdade material durante todo o período contratual; (ii) equilíbrio entre as prestações e contraprestações e (iii) cumprimento das legítimas expectativas.

Nas relações de consumo inexistente a igualdade material, sendo que em alguns momentos ela se opera mediante atuação externa, para a devida proteção e defesa do consumidor vulnerável. Porém, presume-se que o preço do prêmio seja condizente com as prestações principais (cuidados de saúde), haja vista os cálculos atuariais que formam todo o sistema mutual próprio do contrato de adesão de plano ou seguro de saúde. Por fim, tendo em vista a característica aleatória do contrato a expectativa legítima do consumidor será constatada no momento da execução, principalmente quando receber a informação de não autorização de procedimento ou evento em saúde, podendo sua reação ser de indignação ou conformismo, mediante as circunstâncias peculiares do caso. Entretanto, não se pode esquecer que a legítima expectativa não é interna e pessoal, mas sim, externa e geral, à exceção de algum fato próprio e específico relatado para o consumidor que lhe induziu em erro na formação do negócio jurídico.

Mais uma vez fica evidenciada a árdua tarefa do julgador na escolha dos critérios de concretização da cláusula geral<sup>411</sup> ou do princípio normativo da equidade, ainda mais pela sensibilidade do tema, pois não se trata de um bem de consumo trivial, descartável, é parte integrante do próprio consumidor, da sua vida.

#### *5.4.3.4. Contratos de adesão: cláusula de limitação de direito*

O Código de Defesa do Consumidor, no capítulo VI, seção III denominada de “Dos Contrato de Adesão”, prevê no artigo 54 a seguinte disposição legal: “§4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”.

A primeira assertiva que se extrai da regra é a possibilidade de o fornecedor inserir determinada cláusula delimitadora negativa da prestação no contrato de adesão<sup>412</sup>. A segunda assertiva diz respeito que ao inserir essa cláusula

---

<sup>411</sup> Para Karl Engisch a cláusula geral se apresenta como “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico um grande número de casos.” ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 10. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 229.

<sup>412</sup> Como bem salienta Felipe Braga Netto; “É equivocada a ideia – fruto de uma proteção hipertrofiada do consumidor – que não poderão existir cláusulas que limitem direitos

sula delimitadora negativa sua redação deve estar em destaque, por exemplo, com letras diferenciadas, sublinhas ou negritadas, com tamanho superior ao restante do clausulado ou em um quadro com cores diferenciadas. A terceira assertiva que deve permitir ao consumidor compreender o alcance da delimitação imposta pelo fornecedor, ou seja, sem esforço intelectual que demande conhecimentos técnicos ou científicos<sup>413</sup>.

Em consulta a literatura jurídica sobre a referida disposição legal, deparou-se com a citação, por diversos autores, do Recurso Especial nº 319.707-RJ, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça e publicado no dia 28 de abril de 2003. Da íntegra da leitura do acórdão, constatou-se votos divergentes no âmbito da Terceira Turma, inclusive com alteração da relatoria, sendo que os fatos e discursos trazidos pelos Ministros ensejam alguns comentários que visam enriquecer o debate jurídico sobre esse tema.

Inicia-se, com a breve descrição dos fatos que ensejaram a propositura da ação de reembolso contra a seguradora de saúde, proposta pelas filhas da consumidora segurada, eis que esta veio a falecer. Destaca-se que consta do relatório do julgamento que tanto a primeira quanto a segunda instância julgaram improcedente o pedido, fundamentando que a “cláusula de limitação de direito” constante do contrato firmado entre as partes é clara e não há dúvida sobre seu alcance, conforme determina o artigo 54, §4º do CDC, e que “não se cuida de ‘interpretar’ de maneira mais ou menos favorável ao consumidor a cláusula contratual, mas sim de aplicá-la, simplesmente, dada a sua clareza, coerente e proporcionalmente ao preço cobrado”.

Consta do voto vencido da Ministra Nancy Andrighi que ação visava o reembolso dos gastos com procedimentos médicos, principalmente com relação ao transplante de fígado, realizados a fim de curar hepatite causada por infecção medicamentosa. A não autorização pela seguradora foi baseada na “cláusula 25” do contrato firmado entre as partes, diga-se, anteriormente à

---

do consumidor. É possível que existam, desde que não firam o equilíbrio material entre as prestações.”. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ. Salvador: Edições Juspodivm, 2011, p. 342.

<sup>413</sup> Destaca-se, para as relações civis, a publicação pelo Conselho da Justiça Federal, do Enunciado nº 370 “Nos contratos de seguro por adesão, os riscos predeterminados indicados no art. 757, parte final, devem ser interpretados de acordo com os arts. 421, 422, 424, 759 e 799 do Código Civil e 1º, inc. III, da Constituição Federal.” In: Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados/coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 57.

vigência da Lei nº 9.656/98, que delimita a cobertura assistencial de qualquer transplante. Para sua fundamentação, a Ministra lançou, em síntese, os seguintes argumentos: (i) o contrato destina a cobrir o risco da doença; (ii) o objeto ou finalidade do contrato é garantir a saúde contra evento futuro e incerto; (iii) o segurador deve “indenizar” quando sobrevenha a doença; (iv) a “exclusão da cobertura” fere a finalidade básica do contrato; (v) que o transplante se tornou a única alternativa de cura para a consumidora; (vi) frustrou seu fim, “restringindo os efeitos típicos do negócio jurídico”; (vii) a saúde é direito constitucional, permitido à iniciativa privada prestar de forma adequada e (viii) “serviço adequado é aquele que possibilita a garantia da saúde por inteiro através da viabilização do tratamento médico necessário e de qualidade, seja pelo Estado ou pela iniciativa privada”. Ao fim ao cabo, a Ministra manifestou que a garantia à saúde deve ocorrer contra qualquer mal que a prejudique, cabendo a seguradora assegurar o acesso “a todo tratamento necessário”, ou seja, neste raciocínio determina o risco integral sem possibilidade de conter cláusulas delimitadoras negativas da prestação. Acompanhou esse voto o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, afirmando que “as doenças não podem ser fracionadas; uma vez feito o seguro, isso envolve todas as formas de tratamento, sejam elas cirúrgicas ou terapêuticas”. Em seguida, contextualizou que o transplante se tornou necessário por derivar do próprio tratamento da moléstia.

Passou a votar o Ministro Castro Filho, sendo extraído do seu voto circunstâncias relevantes, que a consumidora se submeteu a cirurgia plástica nos seios, em regime particular e ao ingerir medicação prescrita pelo médico resultou numa hepatite grave, desencadeando a necessidade do transplante de fígado, realizado em hospital não pertencente à rede conveniada da seguradora, vindo a consumidora a falecer.

Chama-se à atenção, que a consumidora não tratava da doença “hepatite”<sup>414</sup>, portanto, equivocada à análise do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, eis que não derivou do tratamento da moléstia, mas sim, de uma infelicidade, ou até uma suposta negligência médica, após ingerir medicamentos para dores ocasionadas pela cirurgia plástica embelezadora, sendo esse último fato não

---

<sup>414</sup> “A hepatite é um tipo de inflamação do fígado que pode ter diferentes causas. A hepatite pode ser causada por vírus e bactérias diversos e até mesmo pelo consumo excessivo de substâncias, como certos tipos de medicamentos e até mesmo de drogas e bebidas alcoólicas.”. Disponível em: [https://www.google.com/search?q=hepatite&rlz=1C1GCEA\\_enBR-940BR941&oq=hepatite&aqs=chrome..69i57j0i433i512l2j0i131i433i512j0i433i512l3j0i512j0i433i512j0i512.9645j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=hepatite&rlz=1C1GCEA_enBR-940BR941&oq=hepatite&aqs=chrome..69i57j0i433i512l2j0i131i433i512j0i433i512l3j0i512j0i433i512j0i512.9645j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8) Acesso em: 05 nov. 2021.

narrado no voto vencido da anterior relatora.

Constou, ainda, do voto do Ministro Castro Filho que a “cláusula excludente de transplantes estava expressamente prevista e destacada no contrato”, tendo sido acompanhado pelo Ministro Ari Pargendler. Com o julgamento empatado, pediu vista o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que acabou por acompanhar o voto do Ministro Castro Filho<sup>415</sup>.

Da detida análise dos votos proferidos, percebe-se a relevância das peculiaridades do caso para a *ratio decidendi*, pois a consumidora não tinha histórico da doença “hepatite”, foi subitamente por ela acometida em virtude de uma possível negligência médica, quando da prescrição medicamentosa, ou por reação adversa em virtude da sua genética, após uma cirurgia embelezadora mamária, sem qualquer participação da seguradora de saúde. Mesmo decorrendo de situação originária estranha à relação jurídica firmada entre as partes, caso a consumidora sofresse um “ataque cardíaco”<sup>416</sup> ou “AVC”<sup>417</sup>, a internação hospitalar seria garantida pela seguradora, eis que os referidos cuidados de saúde estão previstos no contrato, a questão primordial da não autorização é a presença expressa da cláusula delimitadora negativa da prestação de transplante.

Para reflexão sobre outra perspectiva fática, suponha-se que a consumidora estava sendo tratada há alguns poucos anos de “hepatite”, todavia, seu organismo não vinha reagindo a contento à medicação ministrada, sendo prescrito

---

<sup>415</sup> Da Ementa do acórdão consta: “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE. Os contratos de adesão são permitidos em lei. O Código de Defesa do Consumidor impõe, tão-somente, que “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.” Destarte, ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato.” A Terceira Turma do STJ atualmente é composta por outros Ministros, da época do julgamento, somente permanece a Ministra Nancy Andrighi, os demais Ministros são: Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Filho.

<sup>416</sup> “O infarto do miocárdio, ou **ataque cardíaco**, é a morte das células de uma região do músculo do coração por conta da formação de um coágulo que interrompe o fluxo sanguíneo de forma súbita e intensa.”

<https://bvsm.sau.gov.br/ataque-cardiaco-infarto>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>417</sup> “O **Acidente Vascular Cerebral (AVC)** acontece quando vasos que levam sangue ao cérebro entopem ou se rompem, provocando a paralisia da área cerebral que ficou sem circulação sanguínea. É uma doença que acomete mais os homens e é uma das principais causas de morte, incapacitação e internações em todo o mundo.” <https://bvsm.sau.gov.br/ataque-cardiaco-infarto>. Acesso em: 05 nov. 2021.

o transplante de fígado com urgência. A delimitação negativa da prestação de transplante frustra a finalidade do contrato? Certo é que a seguradora arcou com todos os custos do tratamento em todo período contratual e o transplante não fez parte do cálculo atuarial do seguro. Entretanto, o transplante se tornou o único tratamento capaz de curar a consumidora, deve-se, neste caso criado, continuar a manter o voto vencedor que considerou lícita a cláusula delimitadora negativa da prestação de transplante? Lado outro, caso a consumidora ciente da delimitação contratual, inclusive provado pela operadora que ela já estava devidamente inscrita na “fila” do transplante do Serviço Único de Saúde (SUS), alteraria a *ratio decidendi*?

As alterações das peculiaridades criadas em relação ao caso concreto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça evidenciam o tênue limiar entre considerar com lícita ou ilícita a cláusula delimitadora da prestação, proporcionando um trabalho hercúleo para o julgador. A história do caso concreto, da maneira como é exposta nos autos interfere na análise do intérprete, ainda mais por se estar abordando um tema sensível que reflete diretamente na vida do consumidor, sendo de extrema relevância o preenchimento da cláusula geral ou do princípio normativo de maneira adequada e completa para coibir abusos e gerar segurança jurídica.

#### 5.4.3.5. Efeitos gerados na consideração de abusividade da cláusula: nulas ou anuláveis

De partida, sem maiores detalhes fáticos do caso concreto, tem-se que foi considerada pelo julgador, por força do art. 51, IV, do CDC<sup>418</sup>, como abusiva a cláusula delimitadora negativa da prestação prevista expressamente no contrato de plano ou seguro de saúde, firmado anteriormente à Lei nº 9.656/98, com os seguintes dizeres: “próteses e órteses de qualquer natureza”. Percebe-se que trata de cláusula genérica de delimitação negativa, que pretende afastar o dever de prestar pela seguradora caso o consumidor necessite de uma prótese ou órtese.

O *caput* do art. 51 do CDC dispõe que “São nulas de pleno direito (...)”, portanto, estipula a sanção quando uma cláusula for considerada abusiva. A sanção de nulidade imposta pelo legislador foi a decisão mais correta? É de se dizer, conforme descrito, que o efeito concreto de *pleno direito* desta nulidade

---

<sup>418</sup> O contexto é específico no CDC, não será realizado um paralelo com o Código Civil brasileiro (art. 166 e ss).

é caracterizado como absoluto (nulo)<sup>419</sup> e não da anulável (relativo), pois o CDC (art. 1º) estabelece que as regras das relações de consumo são de ordem pública e interesse social.

Em decorrência disso, a cláusula delimitadora negativa da prestação seria considerada como não escrita, negando-se o efeito que poderia produzir em desfavor do consumidor. Essa situação ocasionaria, também, o alargamento da cobertura contratual, *v.g.*, as próteses de silicone para os seios não poderiam ser negadas em eventual pedido da consumidora, isto porque a cláusula constante do pacto deixou de existir.

Para elucidar melhor esse contexto, deparou-se com a análise realizada por Cristiano Schmitt<sup>420</sup> para quem há um “exagero” na expressão “nulidade de pleno direito”. Entende que algumas cláusulas listadas no art. 51, como a própria cláusula geral de boa-fé objetiva (inciso IV), exigem do intérprete uma atividade hermenêutica mais intensa, presumindo absoluta a abusividade, diferente de outros incisos que à aplicação da regra é imediata. Afirma que havendo a necessidade de uma análise mais minuciosa do caso, “não se pode trabalhar aí, com o caráter de pleno direito, sob pena de um julgamento precipitado provocar injustiça”<sup>421</sup>.

Transportando esse entendimento para o singelo e restrito exemplo, pode-se admitir que em determinados casos, ao ser usado como fundamento um princípio ou conceito jurídico indeterminado, a cláusula delimitadora negativa da prestação no contrato de adesão de plano ou seguro de saúde não deve ser considerada extirpada do contrato, sob pena de gerar desequilíbrio contratual.

Reconhecer como nula a cláusula que limita o tempo de internação em UTI, conforme súmula 302 do STJ, e retirá-la do contrato faz todo sentido, pois o seu único efeito é afastar a obrigação de custear a “conta hospitalar”

---

<sup>419</sup> Diferente do sistema português e alemão que optaram por inserir nas disposições legais duas listas, das nulas e das anuláveis, com já anteriormente exposto.

<sup>420</sup> SCHMITT, Christiano Henineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 139.

<sup>421</sup> *Idem*, p. 142. O Autor expõe a posição contrária de Nelson Nery Jr que, dentre outros trechos transcritos, destaca-se: “Abandonou-se, no sistema do CDC, a dicotomia existente entre as nulidades do direito civil (nulidades absolutas e relativas), pois o Código só reconhece as nulidades de pleno direito quando enumera as cláusulas abusivas, porque ofendem a ordem pública de proteção do consumidor.” (NERY JÚNIOR, Nelson [*et al.*]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 490.



após transcorridos o prazo contratual. Já, em outro exemplo, na mesma linha do primeiro, considerar nula a cláusula delimitadora negativa da prestação de “transplantes e implantes” de forma genérica, sem a devida estipulação da “norma de dever”, poderá ocasionar, futuramente, mais obrigação para a operadora do que previsto nos cálculos atuariais.

Cristiano Schmitt afirma que uma das características da nulidade é a “insanabilidade”<sup>422</sup>, sendo que as anulabilidades são “sanáveis”.

Neste específico particular que deve se ater o julgador, pois apesar da explícita sanção prevista no *caput* do art. 51, consta a possibilidade de “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais”, conforme estabelecido no art. 6º, inciso V do CDC.

Todavia, a regra de “modificação” consiste na busca da igualdade substancial ou igualdade material, haja vista a condição de inferioridade e vulnerabilidade do consumidor, estando capitulada nos seus “Direitos Básicos”. Assim, a “modificação” ao invés da nulidade (extirpação da cláusula) somente é cabível quando solicitada pelo consumidor para garantir, na maioria dos casos, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme ocorreu nas ações judiciais envolvendo a variação cambial nos contratos de *leasing* e daquelas sobre a variação expressiva do IGP-M que afetaram os reajustes nos planos privados de saúde individuais.

Ao contrário de alguns juristas que ao discorrer sobre o tema citam sobre a cláusula de eleição de foro, cláusula que impõe arbitragem, cláusula que confere mandato a instituição financeira, ou seja, hipóteses que indicam nulidade expressa, a situação posta para ponderação diz respeito as cláusulas delimitadoras da prestação de cuidados de saúde, que por vezes podem gerar efeitos abusivos ou não, a depender do caso concreto.

Cumpra pontuar sobre a obrigação do Estado Juiz, que mesmo sem o pedido expresso do consumidor, ou dos órgãos e entidades representativas legitimados, ao analisar o conteúdo contratual pode considerar *ex officio*<sup>423</sup> a cláu-

---

<sup>422</sup> Idem, p. 145-146.

<sup>423</sup> Idem, p. 148. Veja também: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 294. E, ainda, a crítica, tanto sob o aspecto jurídico quanto filosófico, de José Alcebíades e Mauro Borba sobre a Súmula 381 do STJ “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. A proteção dos consumidores nas sociedades de

sula como abusiva, gerando efeito *ex tunc*. A nulidade da cláusula delimitadora negativa da prestação não necessariamente invalida o contrato firmado entre as partes, aplicando-se, quando couber, o princípio da preservação do contrato.

#### 5.4.3.5.1. Preservação do contrato

De maneira abreviada, registre-se o comando do CDC, previsto no §2º do art. 51 que diz: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando da sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”<sup>424</sup>.

Novamente reporta-se ao art. 6º<sup>425</sup>, inciso V, do CDC, que permite a “modificação” ou a “revisão” das disposições contratuais, que com a mesma razão da regra acima exposta, visam preservar o contrato firmado entre as partes. Assim, a regra geral estabelecida pelo CDC<sup>426</sup> é de manutenção do pacto, sanando o desequilíbrio, a pedido do consumidor ou extirpando a cláusula abusiva do contexto contratual, ocasionando o efeito da nulidade somente sobre seu conteúdo e não do contrato.

Aliada a regra geral consta à exceção, sendo que ao eliminar determinada cláusula de cunho abusivo e a sua ausência no pacto gerar vantagem excessiva para qualquer das partes, o contrato será desfeito.

Diante dos exemplos citados alhures, presume-se que a eliminação das referidas cláusulas delimitadoras negativas da prestação de “prótese e órteses de qualquer natureza” ou “tempo de internação em UTI”, por mais que gram

---

mercado: novas reflexões sobre a impossibilidade de conhecimento de ofício, pelo juiz, de cláusulas nulas em contratos bancários. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 84. ano. 20. p. 129-148. São Paulo: Ed. RT, out./dez., 2012.

<sup>424</sup> Cumpre registrar algumas regras contidas no Código Civil brasileiro que tem inspiração no princípio da conservação do contrato, a saber: (i) art. 157, §2º; (ii) art. 170; (iii) art. 317; (iv) art. 421 e 421-A; (v) art. 442; (vi) art. 455 e (vii) art. 479.

<sup>425</sup> Para Cláudia Lima Marques trata-se de “autorização excepcional de modificação”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 781.

<sup>426</sup> Regra semelhante está esculpida no Código Civil brasileiro: “Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”.

a ampliação da cobertura assistencial, não se vislumbra que o consumidor necessitará se utilizar com frequência desta parte extirpada do contrato, capaz de gerar ônus excessivo para a operadora que demande a ruptura contratual. Ainda será possível cumprir a finalidade essencial do contrato, os cuidados de saúde, podendo o consumidor se submeter à consulta, exames, dentre outros.

Ao contrário, tem-se a cláusula delimitativa positiva constante em todos os contratos ofertados, após a edição da Lei nº 9.656/98, prevendo a cobertura assistencial como aquela prevista no “Rol da ANS”, inclusive com suas atualizações, a decisão desconstitutiva desta cláusula pode sim implicar em ônus excessivo para a operadora, eis que a obrigação de prestar passa a ser integral, exceção das restrições heterônomas impostas pelo art. 10 do referido diploma legal e eventual conteúdo suplementar acordado entre as partes<sup>427</sup>. A precificação dos prêmios tem como base os cálculos atuariais medidos em consonância com os riscos admitidos (delimitação positiva da prestação), definindo a comutatividade contratual, sendo que a ampliação indiscriminada tende a romper o equilíbrio econômico das prestações.

Por fim, ressalte-se a reafirmação da utilização da função de “integração” da boa-fé objetiva conferida ao juiz, podendo se valer de normas supletivas, bem como de eventual composição de interesses das partes, no intuito de modelar o conteúdo contratual para a devida conservação<sup>428</sup> do objetivo do pacto, não cabendo ajuste que possa culminar na sua desnaturalização, acarretando a subversão dos efeitos e contrariando o preceito legal<sup>429</sup>.

---

<sup>427</sup> Entendimento contrário de Cláudio Madureira e Leonardo Garcia: “não é lícito nem aceitável que as operadoras de planos de saúde veiculem interpretação jurídica tendente a excluir de sua cobertura prestações que não foram textualmente afastadas pelo legislador”. MADUREIRA, Cláudio; GARCIA, Leonardo de Medeiros. O direito do consumidor frente à negativa de cobertura de planos de saúde. Revista de Direito do Consumidor. vol. 106. ano 25. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2016, p. 261.

<sup>428</sup> Na lição de Leonardo Beraldo a “consequência em face da violação do princípio da boa-fé objetiva” variará de acordo com o caso concreto, podendo-se listar as seguintes: i) modificação apenas da cláusula contratual; ii) reparação civil dos danos causados; e iii) nulidade do contrato. Preferencialmente, sempre nesta ordem, em homenagem ao princípio da conservação do negócio jurídico.” BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato: contributo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 32-33.

<sup>429</sup> Para Cristiano Schmitt “o princípio da manutenção do contrato”, após o afastamento da cláusula abusiva, tem como fundamento à aplicação do princípio da *função social*, “orientando a relação obrigacional, realizando a distribuição equitativa dos direitos e deveres das partes contratantes.” SCHMITT, Christiano Henineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 139. Sobre a *função social*

---

vale a observação de César Fiuza “Quando um indivíduo compra um pão-de-queijo numa confeitaria, celebra um contrato, que, somado a muitos outros, mantém a empresa de pé, gera empregos e salários, promove, assim, sua própria dignidade, satisfazendo um desejo imediato, mas também do empresário (confeitaria), de seus empregados, fornecedores etc. Assim, há de ser entendida a função social dos contratos. Por vezes, poderá ser invocada, como princípio, em defesa da dignidade humana. Mais isso deve ser visto com muito cuidado. O juiz não pode fazer caridade com a carteira alheia.” FIUZA, César. Prefácio. BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato: contributo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. XV.

# 6.

## Conclusão

A tese expõe o relevante conflito de interesses entre o “direito aos cuidados de saúde”, espécie do gênero direito social à proteção da saúde, que implicitamente tem como finalidade precípua a recuperação ou reabilitação dos males físicos e mentais indesejados acometidos na pessoa do consumidor e, em alguns casos, a busca da preservação da sua própria vida, e do outro a liberdade à iniciativa privada de exercer atividade econômica no mercado de seguro de saúde, com respeito à boa-fé objetiva, às normas de ordem pública e imperativas, às regras de fiscalização e controle do Poder Público, as quais impactam na relativização da liberdade contratual de modelação do contrato de adesão de seguro de saúde. A investigação preliminar realizada proporcionou evidenciar, de maneira irrefragável, a existência, no Brasil, do fenômeno da “judicialização da saúde” e a sua ausência em Portugal, fato que aguçou compreender as causas e os motivos díspares no cotidiano luso-brasileiro.

No percurso da investigação surgiram algumas indagações, entre elas: Qual a interpretação do “direito à saúde” previsto nas Constituições dos dois países? Quais os deveres do Estado, da sociedade, da família, do cidadão e da iniciativa privada? Qual o real direito do consumidor na contratação do seguro de saúde? Qual a legítima expectativa do consumidor que não pode ser frustrada pelo segurador? Qual a informação útil e imprescindível para a devida compreensão do consumidor sobre seu direito aos cuidados de saúde? O consumidor é merecedor de tutela de todo e qualquer cuidado de saúde prescrito pelo profissional de saúde habilitado? Como identificar a licitude ou ilicitude da cláusula delimitadora negativa da prestação? Quais os pressupos-

tos de validade que devem ser observados pelo julgador? Quais os critérios de concretização aceitáveis diante da liberdade de criação do julgador perante o princípio normativo da boa-fé objetiva? É possível estabelecer critérios básicos objetivos a serem preenchidos pelo julgador no controle incidental da cláusula delimitadora negativa da prestação no contrato de adesão de seguro de saúde?

Essas e outras indagações trazidas ao longo do texto serviram como direcionamento para identificar possíveis caminhos que permitam alcançar soluções para a “desjudicialização” do “direito à assistência à saúde” no Brasil, além de imputar situações de aprimoramento no atual mercado de seguro de saúde de Portugal, especialmente, com relação as cláusulas delimitadoras negativas da prestação nos cuidados de saúde, com intuito primordial de alcançar a harmonização dos interesses de todos os *players* que atuam nesta “hipercomplexa” relação jurídica de consumo.

A premissa basilar delineada é que não se pode exigir prestações ilimitadas nos cuidados de saúde perante o segurador. Em Portugal, o Regime jurídico do contrato de seguro (RJCS) prioriza a liberdade contratual (art. 405º CC) ao estabelecer sobre as “prestações convencionadas”. No Brasil, a Lei nº 9.656/98, em seu art. 10, §1º, se refere as delimitações como “exceções” e no art. 16, determina a inserção nos contratos dos “eventos cobertos e excluídos”. Com relação ao direito regulatório luso-brasileiro existe uma diferença marcante, a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) atua em todos os ramos de seguros, enquanto a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi criada exclusivamente para regular o mercado de plano e seguro de saúde. O vasto arcabouço jurídico regulatório produzido pela ANS, em contrapartida ao mínimo editado pela ASF para o setor de saúde, inclusive com delegação para determinar a delimitação positiva da cobertura dos cuidados de saúde, era para presumir a inexistência de conflitos entre o consumidor e a operadora (segurador) no Brasil, todavia, a situação hodiernamente é inversa a encontrada em Portugal, conforme tratado no Capítulo 2.

O apelo a comoção sempre está presente nas demandas que envolvem esse tema, pois os cuidados de saúde são indissociáveis ao consumidor, contudo, exigir o “direito a tudo” com base no discurso sobre a dignidade da pessoa humana, alicerçado na teoria da constitucionalização do direito civil, bem como que a iniciativa privada tem que garantir a integralidade como o Estado e a justiça social, além que a prescrição médica deve ser entendida como absoluta, sem a devida observância das regras legais e infralegais existentes, da razoabilidade e proporcionalidade que atingem os consumidores passivos, jamais se alcançará a justiça contratual.

O Estado *lato sensu* ao não conseguir implementar prestações positivas nos cuidados de saúde, no tempo e no modo pretendido, para todos os cidadãos permitiu à atuação da iniciativa privada, de diversas formas, sendo indispensável para a qualidade de vida dos consumidores que estão a ela vinculados, em alternativa ao sistema público de saúde e para a economia local, gerando empregos diretos e indiretos, tributos diversos e relações comerciais variadas.

Os órgãos públicos, as associações de defesa dos consumidores, as entidades representativas das operadoras e seguradoras de saúde devem interagir cooperativamente, com diálogos propositivos que gere um ambiente saudável para todos. A criação de uma Comissão Especial, coordenada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), composta por representantes todos os atores que estão envolvidos diretamente no tema, poderia ser uma alternativa de resolução dos conflitos análogos. No Brasil, a desconfiança em relação à ANS é fato notório, sendo esse um dos grandes desafios que deve perseguir para reverter essa situação, demonstrando sua capacidade técnica de garantir os atendimentos com a melhor medicina baseada em evidências e a perenidade do sistema. Por outro lado, o Poder Judiciário se tornou o “salvador da pátria”, ao conceder tutela individual ao consumidor na quase totalidade das lides, sem se preocupar com os consumidores passivos ou pretensos consumidores. As decisões judiciais primam, como regra, para a justiça comutativa, o olhar atento do Poder Judiciário mira o efeito prático, ou seja, preocupa-se com viés individualista daquele litígio para assegurar o gênero “direito à saúde”. Não se deparou nos julgados estudados ênfase sobre a justiça distributiva, entendida neste particular como a defesa dos consumidores passivos que, sem saber ou consentir, são prejudicados com as decisões judiciais que promovem o alargamento da cobertura assistencial contratual, pois participam do mutualismo que é intrínseco a essa atividade econômica e aclarado na legislação especial que todos os pagamentos em relação aos cuidados à saúde são por conta e ordem do consumidor.

Presumível que parte do reajuste anual do prêmio serve justamente para suportar os custos da “judicialização da saúde”, tornando-se uma ciranda maléfica que prejudica, no primeiro momento, financeiramente os consumidores *passivos* e postergam eventuais investimentos a curto e médio prazo que beneficiariam essa coletividade, podendo-se chegar ao pior cenário, a longo prazo, na falta de concorrência no mercado de saúde suplementar, haja vista a concentração em alguns grupos de operadoras.

Importante compreender que a ANS, as operadoras, os prestadores de saúde não têm a intenção de prejudicar ou agravar o estado clínico de saúde

do consumidor, a premissa difundida é da inexistência de ética, lealdade e descaso, todavia, não sendo essa uma verdade absoluta, por mais sensível que seja o caso concreto, as regras atuais estipuladas devem ser respeitadas e divulgadas para conhecimento geral ou se entendem que não são suficientemente tangíveis, imperioso que sejam definidas para sanar as assimetrias, evitando expectativas ilegítimas e conflitos desnecessários.

O mercado de saúde suplementar está presente há mais de 70 anos na vida dos brasileiros, não se trata de novidade, a regulamentação do setor sim, e diga-se e repita-se, eliminou várias distorções e controla com austeridade para que se mantenha a sustentabilidade do sistema, proporcionando ao consumidor a garantia da cobertura assistencial legal e contratual. Os índices de sinistralidade divulgados pela ANS evidenciam a quantidade dos serviços prestacionais que são efetivamente entregues, demonstrando que a dignidade da pessoa humana, o direito à assistência à saúde e o respeito aos ditames contratuais pactuados com o consumidor não estão sendo vilipendiados como se quer transparecer. Empreender não é uma tarefa fácil, empreender com a divergência de entendimento entre o Estado Juiz e o Estado Regulador potencializa a dificuldade e gera insegurança. A definição do risco a ser assumido para quem se propõe empreender nesta atividade econômica deve ser assegurado.

A realidade brasileira, diferente de Portugal, é da existência há mais de vinte anos de uma legislação especial sobre o tema (Lei nº 9.656/98), uma autarquia especial federal (ANS) própria e específica, vários normativos infralegais expedidos pelo órgão regulador e não se consegue a harmonização dos interesses e a justiça contratual.

Para a identificação do problema, suas causas e motivos, foi procedida no Capítulo 3, análise da pesquisa contratada e divulgada, em 2019, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e dos julgados da denominada “Jurisprudência em teses” publicados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). A intensa e contínua demanda de ações judiciais permite aferir, na linguagem da medicina, que a relação jurídica de consumo de saúde suplementar está padecendo de enfermidade, com casos apresentando sintomas leves (medicamento *off label*) e outros com complicações mórbidas (*home care* e próteses ou órteses), necessitando de cuidados desprovidos de voluntarismos emocionais, de absolutismo do prescritor e de diálogo permanente, no intuito de evitar ou mitigar o desperdício de recursos humanos, financeiros, de tempo e disfuncionalidade da prestação jurisdicional.



Constatado, entre outros aspectos, que os casos individuais são análogos, com a *ratio decidendi*, na sua grande maioria, com a citação genérica da regra da cláusula geral da boa-fé, prevista no artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, sem proceder, na maioria dos casos, o devido preenchimento para sua concretização, além de deparar com outras decisões que suscitam a falta de clareza na redação das cláusulas contratuais, com a utilização do artigo 47 do referido diploma legal para dirimir os conflitos nessa seara. Importante dizer que a maioria das “jurisprudência em teses” está alicerçada fatos e cláusulas delimitadoras negativas da prestação constantes de contratos “antigos”, firmados antes da lei especial dos planos e seguros de saúde, que reflete, ainda, em 3 milhões de beneficiários. A discussão primordial para os demais 45 milhões de consumidores aderentes está inserida na delimitação positiva do “Rol da ANS” que contempla os procedimentos e eventos em saúde, inclusive com as diretrizes técnicas e clínicas, que devem ser garantidos para utilização dos consumidores e suportados financeiramente pelas operadoras. Para sanar essa situação, necessário inserir na Lei dos Planos de Saúde, de forma mais assertiva, que o “Rol da ANS” contempla os riscos desta atividade econômica, porém, com a devida equiparação de todos os métodos, técnicas, próteses, órteses, materiais especiais já reconhecidos e incorporados pelo Sistema Único de Saúde.

A presença do órgão regulador específico culminou no forte dirigismo estatal para o cumprimento das mais variadas obrigações pelas operadoras brasileiras, inclusive com a imposição do “Manual de elaboração dos contratos de plano de saúde”, que restringe a liberdade contratual de modelação e via de consequência padroniza o clausulado, com pouca alteração em algumas contratações das coberturas adicionais, geralmente, com grandes grupos econômicos para garantir maior abrangência aos seus executivos, são contratos firmados na estreita observância da legislação em vigor. A supremacia do fornecedor é alijada em detrimento da presença marcante e atuante órgão regulador na elaboração das condições gerais contratuais. A concorrência entre as operadoras não está em quem oferta mais cobertura assistencial, acaba por ser quem possui melhores prestadores de saúde na rede própria, conveniada ou contratada. Portanto, a busca pela justiça contratual fatalmente perpassa com a interação do órgão regulador, haja vista que as regras dos contratos “novos” são impositivas e devem ser respeitadas, sob pena de sanções administrativas.

O sujeito mais importante desta relação jurídica contratual é o consumidor. No Capítulo 4, foi contextualizado a conformação do contrato de adesão de plano e seguro de saúde e a complexidade que envolve essa relação de consumo. As operadoras existem para atender esse sujeito especial de direitos

que contribui para um fundo mutualista e socializa os riscos com outros consumidores. Em alternativa ao sistema público de saúde, busca tranquilidade e agilidade nos cuidados de saúde, quando necessitar, depositando confiança no parceiro contratual escolhido. Com a crescente judicialização em torno do tema, a mídia em geral, sempre propagou reportagens sobre as tutelas judiciais concedidas, com críticas à conduta das operadoras por não autorizar os procedimentos ou tratamentos pretendidos pelos consumidores. A razão para isso pode ser porque os consumidores estavam vinculados aos contratos “antigos”, ocorrendo um esforço hercúleo da ANS em adaptar ou migrar esses contratos para o conteúdo da legislação especial e, conseqüentemente, da regulação do mercado. Toda essa comunicação generalizada fez incutir no consumidor uma expectativa que ao contratar o plano ou seguro estava coberto para qualquer complicação no seu estado de saúde. Como não frustrar sua expectativa e conseguir informá-lo para que consiga ter conhecimento suficiente que não se trata de uma assistência à saúde integral?

O conflito surge quando o consumidor recebe, após solicitação do seu médico, resposta negativa da não autorização para realizar determinado procedimento ou tratamento, bem como recusa em reembolsar as despesas com os cuidados à saúde. Não há dúvida que se trata de um momento angustiante, eis que fragilizado com a enfermidade se sente abandonado pelo parceiro contratual. Os pressupostos de validade procedimentais foram aperfeiçoados com formulários específicos sobre as condições gerais, obrigatoriedade de uma resposta fundamentada, com indicação da legislação ou do dispositivo contratual, porém, diante na não autorização o consumidor procura o Poder Judiciário ou a ANS para garantir a sua pretensão. Em que pese estar disponível, no sítio eletrônico da ANS, para o público em geral, consulta de todos os procedimentos e eventos constante como cobertura assistencial obrigatória pelas operadoras, ainda assim é insuficiente, haja vista a linguagem técnica da medicina. A criação de um formulário específico de esclarecimento sobre a cobertura assistencial obrigatória (delimitação positiva), que se entende deve ser o “Rol da ANS” para os planos “novos” e das cláusulas delimitadoras negativas da prestação, inclusive para os planos “antigos” pode atender a legítima expectativa gerada pelo consumidor, bem como abrandar a própria judicialização.

Estabelecer, de forma transparente e com a devida compreensão, a delimitação da prestação da cobertura assistencial não se presume uma desvantagem exagerada que impacte no equilíbrio contratual, pelo contrário, o consumidor que não tem direito à assistência à saúde integral arcará com o prêmio dentro dos parâmetros contratuais, assegurando-se assim para que os consumidores

*passivos* não sejam prejudicados com o alargamento da cobertura assistencial para quem a obtenha judicialmente, bem como não se vislumbra restrição de direitos ou obrigações fundamentais inerente à natureza do pacto, pois apesar de ser um objeto extremamente sensível, a delimitação das prestações de assistência à saúde possibilita concretizar a boa-fé e a lealdade entre as partes.

Partindo para os temas específicos dos problemas identificados na jurisprudência brasileira, coaduna-se com o entendimento exposto pelo STJ ser ilícita a cláusula delimitadora negativa da prestação sobre o tempo de internação hospitalar, sob o fundamento da “desvantagem exagerada”, pois se mostra excessivamente onerosa e restringe obrigações fundamentais do contrato que pode ameaçar seu objeto. O risco da atividade econômica deve ser suportado pela operadora, não pode exigir que o consumidor arque com os custos após transcorrido o lapso temporal, essa situação caracteriza a transferência do risco do negócio, onerando demasiadamente o consumidor.

Com relação ao entendimento sobre a prótese em cirurgia coberta pelo contrato, em que pese balizadas posições em contrário, a ilicitude da cláusula delimitadora negativa da prestação somente ocorrerá se o fornecedor inserir cláusula permitindo a cirurgia com razão precípua a implantação de uma prótese. Ao contrário, se a cirurgia possui cobertura contratual, porém, pode ser realizada com ou sem a implantação da prótese, fato que dependerá das circunstâncias que se encontra o consumidor, não se vislumbra ilicitude que viole o Código de Defesa do Consumidor. O cerne da licitude está na indissociabilidade ou indivisibilidade da prótese ao ato cirúrgico descrita na cláusula delimitadora negativa, situação diferente, é a criação do critério que para melhor êxito ou sucesso foi prescrito pelo médico a implantação de prótese.

O entendimento envolvendo procedimento ou medicamento para doença coberta pelo contrato amplia em demasia a cobertura assistencial, ao consignar que toda e qualquer nova tecnologia deve ser garantida pela operadora, não levando em consideração a equivalência das prestações, tornando os cálculos atuariais e estatísticos instáveis para composição dos prêmios. A cláusula que determina a cobertura das doenças não pode ser interpretada isoladamente para concessão da tutela judicial, mas sim em conjunto com as demais cláusulas contratuais para a análise correta da eventual ilicitude. Nesse sentido, correto o entendimento do STJ ao considerar ilícita as cláusulas delimitadoras negativas da prestação de “doenças infectocontagiosas” ou “doenças crônicas”, pois não atendem aos pressupostos de validade procedimental, bem como o dever anexo de informação da boa-fé objetiva, haja vista que a sua redação genérica não permite a compreensão do real efeito.

A doença câncer, em qualquer circunstância, gera um sentimento íntimo ruim, ao ser levada para o ambiente do Direito provoca no julgador uma obrigação de conceder tutela, sob pena de contribuir para o agravamento da doença e da aflição do consumidor. O entendimento exposto que é ilícita a cláusula delimitadora negativa da prestação que afasta da cobertura o medicamento de quimioterapia a ser ministrado na residência do consumidor foi firmada antes da relativização desta regra pelo legislador. Atualmente, a lei determina a obrigatoriedade da cobertura em duas hipóteses: (i) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes e (ii) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar. Apesar da sensibilidade do tema, trata-se de entendimento contrário à legislação vigente, atuando o Poder Judiciário no ativismo judicial.

Assunto semelhante diz respeito ao entendimento que considera ilícita a cláusula delimitadora negativa da prestação de tratamento domiciliar, conhecido também como *home care*. Diferente dos outros entendimentos que foram tratados de forma genérica, constatou que a Corte Especial investigou para compreender o diagnóstico do consumidor e como seria, na prática, o tratamento de *home care* solicitado pelo médico assistente, fatos relevantes e essenciais para a definição do critério de concretização, estabelecendo que deve ser considerada lícita a cláusula nos casos que envolvem “assistência domiciliar” e ilícita quando se tratar de substituir a hospitalização pela “internação domiciliar”, formalizando o preenchimento da cláusula geral do artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, ao pontuar que coloca o consumidor em desvantagem exagerada por restringir direitos que teria caso estivesse internado no hospital. Complementou, ao criar o critério de concretização da equidade, posicionando que o custo da internação domiciliar, por dia, não pode superar o custo diário da internação hospitalar, para tanto, a operadora deverá provar de forma inequívoca para se abster de prestar os cuidados de saúde. Apesar dos critérios criados visarem a compatibilização dos interesses, acredita-se que houve uma inversão total da regra geral, passando os casos de internação domiciliar, que no cotidiano são exceções, serem de cumprimento obrigatório pela operadora, portanto, ilícita a cláusula delimitadora negativa de *home care*, com ressalva, se por ela provado, inequivocamente, que se trata de “assistência domiciliar” e os custos da operacionalização são elevados em

relação à internação hospitalar. O risco foi delimitado pela operadora, se a redação da cláusula estiver escrita de forma visível e compreensível, deve ser considerada como lícita, sob pena de onerar o fundo mutualista.

Foi considerada ilícita a recusa da operadora em custear os valores referentes as “cirurgias complementares de caráter reparador ou funcional”, sob o argumento que não se caracterizam como estética. Os casos que envolvem esse entendimento estão relacionados com a cirurgia principal de redução do estômago, sendo que o emagrecimento provoca o aparecimento de excesso de pele em algumas partes do corpo. O “Rol da ANS” considera somente como cirurgia reparadora ou funcional a denominada *Abdominoplastia*, conhecida como “barriga de avental”, para mamas, braços, coxas, por exemplo, não possui cobertura obrigatória, considerada pelo órgão regulador como lícita. Trata-se de um problema recorrente de conflito de entendimento entre o Estado Juiz e o Estado Regulador que será mitigado se entender que o “Rol da ANS” é taxativo. Todavia, entende-se que a ANS deve estabelecer as diretrizes técnicas e clínicas destas cirurgias para serem incorporadas na lista do Rol, pois nem todos os casos são estéticos.

O STJ firmou, também, ser ilícita a cláusula delimitadora negativa da prestação que não permite que seja ministro medicamento *off label* ou de caráter experimental, quando solicitado pelo médico assistente. Ao contrário, entendeu lícita a cláusula sobre medicamento sem o devido registro na ANVISA. Na primeira hipótese o medicamento tem registro na ANVISA, porém, não para a doença que o consumidor padece e sim obtido o registro para tratamento de outra doença. Essa ampliação beneficia somente os fabricantes de medicamentos que não precisam se esforçar para obterem registro para tratamento de outras doenças, além alijar os estudos da medicina baseada em evidências, permitindo que o consumidor se torne uma verdadeira “cobaia de laboratório”. Como alternativa, propõe-se alteração da Lei nº 9.656/98, incluindo na atual redação do inciso V, do artigo 10, de maneira expressa “e *off label*”, estabelecendo na norma imperativa o comando assertivo que impossibilite essa forma de prescrição.

O último entendimento destacado da Corte Especial diz respeito a interrupção de tratamento de terapia ou psicoterapia ao extrapolar o número de sessões anuais previstas nas cláusulas delimitadoras negativas da prestação. As referidas cláusulas estão baseadas no “Rol da ANS”, portanto, não foram elaboradas na liberdade contratual de modelação pela operadora, seguiu *in totum* o “Manual” do órgão regulador. Para alcançar a justiça contratual, a implementação da coparticipação das sessões remanescentes é uma solução

viável. Lado outro, é da competência da ANS estudar, avaliar e atualizar o “Rol da ANS”, cabendo prestar o devido esclarecimento técnico sobre o limite atual das sessões, permitindo transparência e conhecimento para todos.

Como esclarecido alhures, na investigação realizada junto aos julgamentos que fundamentaram todas essas “jurisprudência em teses” da Corte Especial constatou que o artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor foi a principal regra aplicável ao caso concreto, naqueles que citaram alguma legislação. Em complemento, almejou encontrar os critérios de concretização utilizados pelo julgador como *ratio decidendi* para considerar a cláusula delimitadora negativa da prestação como lícita ou ilícita, todavia, na maioria dos julgados não foram estabelecidos os critérios. Dos acórdãos e das decisões monocráticas analisadas afirmar-se como principais os seguintes critérios citados: (i) que se a doença está prevista no contrato deve garantir o melhor e mais adequado cuidado de saúde; (ii) que a prescrição do médico assistente deve prevalecer em qualquer circunstância; (iii) que esvazia ou frustra objeto contratual; (iv) que a saúde é um direito fundamental; (v) imprescindível para o êxito da cirurgia ou tratamento; (vi) não pode o consumidor ser impedido de receber tratamento mais moderno no momento que instalada a doença coberta e (vii) pode estabelecer a doença que terá cobertura mas não o tratamento.

A partir da literatura jurídica consultada e mediante o teor do Código de Defesa do Consumidor, compreende pela existência na cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 51, IV) de quatro distintos pressupostos de validade substanciais: i) estabelecer obrigações iníquas ou abusivas; ii) colocar o consumidor em desvantagem exagerada; iii) incompatível com a boa-fé e iv) incompatível com a equidade. O legislador auxiliou o intérprete somente com relação a “desvantagem exagerada”, estabelecendo alguns critérios objetivos para o devido preenchimento do conceito jurídico indeterminado, através das presunções relativas previstas no §1º do art. 51 do CDC, os quais devem ser descritos na fundamentação da decisão e outros que porventura representem a criação do julgador. Ao não contemplar nenhum critério para a “incompatibilidade da boa-fé”, sendo essa a expressão mais utilizada nos julgados analisados para descrever a ilicitude da cláusula, entende-se que o julgador, no controle incidental do conteúdo da cláusula delimitadora negativa da prestação de cuidados de saúde, ao fundamentar sua decisão no princípio normativo da boa-fé objetiva, deve preencher os seguintes critérios básicos de concretização: (i) caracterizar o dever de conduta da operadora como desonesto, enganoso ou desleal; (ii) evidenciar violação dos deveres anexos; (iii) verificar se há incongruência entre as prestações convencionadas, as cláusulas delimitadoras negativas e as demais

cláusulas do contrato; (iv) considerar as circunstâncias fáticas da contratação, especialmente, a legislação existente, a medicina disponível, clareza da cláusula e as normas da entidade reguladora; (v) mensurar impacto financeiro no caso concreto e para os consumidores passivos; (vi) compreender a legítima expectativa de acordo com a vivência social local e (vii) constatar desvirtuamento da finalidade contratual. A pretensão foi imputar alguns critérios que possam mitigar a “judicialização da saúde”, jamais, com a intenção de ser *numerus clausus*.

Para o devido aprimoramento do mercado de seguro de saúde de Portugal, que diametralmente difere do Brasil, ao se orientar pela liberdade contratual, importante que a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões analise a possibilidade de estabelecer as coberturas obrigatórias dos cuidados de saúde (delimitação positiva), no intuito de favorecer a transparência e evitar conflitos sobre métodos, técnicas, tratamentos que estão inseridos ou não da contratação. Repense sobre a atual modalidade de “prestações indenizatórias”, consubstanciada no “*plafond*”, eis que caracteriza a transferência do risco da atividade econômica para o consumidor, compreendida nas obrigações futuras de cuidados de saúde, sendo esse o objeto primordial do contrato de seguro de saúde, onerando o consumidor com um custo, por muitas vezes exagerado, sendo que não tem condições de avaliar se o “*plafond*” escolhido para a hospitalização ou para o ambulatório ou para parto são razoavelmente suficientes para cobrir eventuais sinistros, essas informações são demasiadamente técnicas e específicas do setor de seguros. Esse fato foi constatado pelo Estado, pois as pessoas seguras estão sendo transferidas para o SNS, gerando **ônus para todos os contribuintes, ao invés de ser suportado por quem queira empreender nesta atividade econômica**. Nesse sentido, importante que reveja a regra de elegibilidade da contratação pela idade, situação que também é geradora de ônus para o Estado, colocando o segurador numa posição de tranquilidade, ao expulsar da sua carteira de consumidores a pessoa idosa que, na maioria dos casos, contribuiu por anos seguidos e sustentou o fundo mutualista. Reveja, ainda, seu entendimento sobre a cláusula delimitadora negativa da prestação do “*cheque up*”, haja vista que os cuidados da medicina preventiva é uma garantia constitucional, não sendo plausível seu afastamento da contratação do seguro de saúde. Por fim, que a ASF exerça sua competência de forma mais acentuada no ramo seguro de saúde, por estar em acelerada expansão e por merecer mais relativizações no Regime jurídico do contrato de seguro, em virtude da sua especificidade.

O grande desafio foi escrever sobre um tema sensível, os cuidados de saúde pretendidos pelo consumidor, que intrinsecamente carrega consigo sen-

timentos múltiplos, porque a doença acometida vem acompanhada do medo, da aflição, da angústia, do desespero, da insegurança, da necessidade financeira, realidades inerentes à condição humana limitada e finita, além de escolher como fonte dos problemas os julgados dos respeitáveis Ministros que formam a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Entretanto, o tema está na ordem do dia da sociedade, clamando por definições justas que correspondam a harmonização dos interesses nesta complexa relação jurídica de consumo..



# Referências Bibliográficas

- ABRANTES, Leonardo Militão. A cura pela cidadania. A influência da democracia na efetivação da saúde pública, através da participação popular na elaboração das políticas públicas. 2009. 186 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 1999.
- , Sociedade Anônima, a sedutora (Hospitais S.A, Portugal, S.A.). Coimbra: Almedina (IDET – Instituto do Direito das Empresas, e do Trabalho), 2003.
- , “Sobre as novas empresas públicas (Notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/98)” BFD, vol. comemorativo, 2003.
- , As Novíssimas Empresas Públicas (Segundo o DL 133/2013). Boletim de Ciências Económicas, LVII / 1 (2014).
- ACIOLI, Carlos André Carvalho. Comentários acerca da atualização das diretrizes das Nações Unidas sobre a proteção dos consumidores 2015: um caminho construtivo para o futuro da proteção dos vulneráveis. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.117. ano 27. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2018.

- ADDARIO, Marilsen Andrade. Conceituação de consumidor: destinatário final ou uso não profissional?. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 75. ano. 18. São Paulo: Ed., RT, jul./set. 2010.
- AFONSO, Isabel. Cláusulas Contratuais Gerais. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 1. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999.
- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dados abertos. Rio de Janeiro: ANS, 2021. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 5 nov. 2021.
- AGUIAR DIAS, José de. Cláusula de não-indenizar. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor. In: *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- , A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 4. ano. 1. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1995.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Agências Reguladoras. Rio De Janeiro: Editora Impetus, 2003.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.
- , Os contratos de prestação de serviço médico no Direito Civil Português. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 16. ano 03. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 1995.
- , Contratos. vol. 5. Coimbra: Almedina, 2017.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de e DUARTE, Rui Pinto, “Cláusulas Contratuais Gerais Abusivas (Introdução)”, 2007.
- ALMEIDA, Teresa. Comentários aos artigos iniciais da Lei Portuguesa de Defesa do Consumidor de 1996. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 37. ano. 9. São Paulo: Ed., RT, jan./mar. 2001.
- , *Lei de Defesa do Consumidor Anotada*. 2ª ed. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2001
- ALVES, Francisco Luís. O regime do contrato de seguro de saúde no direito português. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. vol. 66. ano. 18. Coimbra: Associação Portuguesa de Direito do Consumo, 2011.
- ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. ano 2. vol. 6. São Paulo: Ed RT, abr.-jun. 1993.

- AMARAL, Diogo Freitas do. A natureza da responsabilidade civil por actos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde.” In: *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: Edições Jurídicas, 1991.
- AMARAL, Francisco. Autonomia privada. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. vol. 3. n. 9. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, set./dez. 1999.
- AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- ANICETO, Dalmo Luis Faria Pires. ANVISA e o uso off-label de medicamentos: as relações entre evidência e regulação. Dissertação (Mestrado Profissional em Farmacologia Clínica) - Faculdade de Medicina, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.
- ANTUNES, Ana Filipa Morais. Comentário à lei das cláusulas contratuais gerais: decreto-lei nº 446/85, de 25 de Outubro. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- ANTUNES, João Lobo. Medicina – Tecnologia e Inovação. In: *30 anos do Serviço Nacional de Saúde: um percurso comentado*. p. 487-500. Coord. Jorge Simões. Coimbra: Almedina, 2010.
- ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos não aprovados pela Anivsa. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 96. ano. 23. São Paulo: Ed. RT, nov./dez., 2014.
- ARAUJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Lisboa, Almedina, 2007.
- ARAÚJO, Isabelle Maria Mendes de; NASCIMENTO, Dmitri Felix do; PEREIRA, Angela Maria. Regulação em saúde no setor privado: o caso da ANS no Brasil e da ERS em Portugal. *Revista de Saúde Coletiva*. vol. 28, ano 4. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-73312018280416>. Acesso: 5 nov. 2021.
- ARRUDA NETO, José Manuel de Alvim. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. *Revista Direito do Consumidor*. vol. 20. ano. 5. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 1996.
- ARRUDA, Vivian Lacerda. O consentimento informado e a responsabilidade civil no direito farmacêutico. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 18. ano. 9. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa Fé. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, N.2. Lisboa: O.A. 2000 (abril).
- , Aceitação, Adaptação, Esperança: as coordenadas fundamentais do envelhecimento. *Estudos do Direito do Consumidor*. nº 10. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2016.

- Ata da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde Alma-Ata, URSS, 6-12 de setembro de 1978.
- ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Cláusulas abusivas no contrato de seguro. *Revista de Direito Civil*. vol. 1. ano. V. p. 115-128. Coimbra: Almedina, 2020.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (Org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EdipucRS, 1997.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1990; BULGARELLI, Waldírio. Direito empresarial moderno. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- , Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 18. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1996.
- BAPTISTA, Fátima. A proteção do consumidor de seguros. *Revista do Ministério Público*. vol. 139. ano 38. p. 103-139. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, jan./mar. 2017.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Os contratos de adesão no cerne da proteção do consumidor. *Estudo de Direito do Consumidor*. vol. 3. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2001.
- , Considerações acerca do tamanho da letra: a propósito da recente alteração ao DL n.º 446/85, de 25 de outubro. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 17. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2021.
- BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol 2. ano 1. Coimbra: Coimbra Editora, jul./dez. 2004.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O direito à saúde da pessoa idosa. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.
- BARROS, José Manuel Araújo. Cláusulas Contratuais Gerais: DL 446/85 – anotado: recolha jurisprudencial. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal – Coimbra Editora, 2010.
- BARROS, Pedro Pitta. Economia da saúde: conceitos e comportamentos. 4ª ed. – (Olhares sobre a saúde). Coimbra: Almedina, 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- , *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- , *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BASEDOW, Jürgen. Em direção a uma Lei Contratual Securitária Europeia? (trad. Thiago Villela Junqueira). *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 98. ano. 25. p. 55-76. São Paulo: Ed., RT, mar./abr., 2015.
- BEAMONTE, José Ramón de Verda y. Responsabilidad civil: obligación de médios y obligación de resultado (la experiencia jurídica española respecto a la cirugía estética). In: *Responsabilidade civil em saúde – diálogo como o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coordenação André Gonçalo Dias Pereira ... [et al.]. Coimbra: Instituto Jurídico, 2021.
- BECKER, Michael. Der unfaire Vertrag. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 1-76 apud MARQUES, Cláudia Lima. Prefácio. In: SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.
- BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo. Disposições contratuais abusivas. *Revista Direito do Consumidor*. vol. 43. ano. 10. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- , *Manual de direito do consumidor*. 8 ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*. vol. 628. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- , Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.) *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato: contributo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional – Artigos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BLIACHERIENE, Ana Carla e MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. *Direito à Vida e à Saúde: Impactos Orçamentários e Judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.
- BONATTO, Cláudio. *Código de defesa do consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

- BOQUINHAS, José Miguel. Políticas e sistemas de saúde. Coimbra: Almedina, 2012.
- BORGES, Carla Gonçalves. Exclusão e limitação de responsabilidade em contratos de adesão. *Sub Judice – Justiça e Sociedade* vol. 39. Coimbra: Almedina, abr.-jun., 2007.
- BORGES, Gustavo Silveira. A mediação da relação médico-paciente: possibilidades e desafios. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 116. ano 27. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2018.
- BOTTESINI, Maudy Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. Lei dos planos e seguros de saúde comentada: artigo por artigo. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BOURGOIGNE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 02. ano. 2. São Paulo: Ed., RT, abr./jun. 1992.
- BOURGOIGNE, Thierry (tradução: Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo). O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 06. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1993.
- , A proteção do consumidor e a proteção do paciente: complementariedade dos sistemas de proteção. Tradução: Simone Regina Backes. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.114. ano 26. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2017.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ. Salvador: Edições Juspodivm, 2011.
- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Art. 81. Parágrafo único. Inciso II. 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990.
- , Ministério da Saúde. Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 1986-
- BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. *Máfia das Órteses e Próteses no Brasil (CPIORTES)*. Relatório Final nº 3, de 15 de Julho de 2015. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node08ldiinvm6pqso05gy3ukmo4h13011672.node0?codteor=1362241&filename=Tramitacao-REL+2/2015+CPIORTES](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node08ldiinvm6pqso05gy3ukmo4h13011672.node0?codteor=1362241&filename=Tramitacao-REL+2/2015+CPIORTES). Acesso: 5 nov. 2021.
- BRESSMAN, Lisa Schultz. *The Regulatory State*. New York: Aspen Publishers, 2010.
- CABANELAS, Fernando Manuel Barroso. Responsabilidade civil nos hospitais privados. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 29. ano. 15. Coimbra: Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de

- Coimbra, jan./jul. 2018.
- CABEZA, Eliane Rocha de La Osa; CAL, Arianne Brito Rodrigues. O risco de captura das agências de regulação dos serviços públicos: uma abordagem à luz da teoria econômica. Disponível em: <http://www.workoutenergy.com.br/abar/cbr/Trab0204.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.
- CALMEIRO, Ana Serra. A pluralidade de seguros. Coimbra: Edições Almedina, 2021.
- CANARIS, CLAUS-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa: anotada. 4ª ed. rev., reimp. Coimbra: Editora, Coimbra, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. vol. 35. Porto Alegre: Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1995.
- CARLINI, Angélica. Pandemia e saúde suplementar: reflexões à luz das normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). In: VILLAS BOAS, Marco; CECHIN, José. *Judicialização da saúde*. Palmas: Editora Esmat, 2020.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. Teoria da confiança e responsabilidade civil. Coimbra, Almedina, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistemas de Derecho Civil*. Vol. I. Buenos Aires: UETHA, 1994.
- CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. SUS Sistema Único de Saúde: comentários a lei orgânica da saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90). Campinas: Ed. da Unicamp, 2006.
- CARVALHO, Jorge Morais. Os contratos de consumo: reflexão sobre a autonomia privada no direito do consumo. Coimbra: Almedina, 2012.
- , O conceito de consumidor no direito português. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 14. p. 185-219. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2018.
- , *Manual de Direito do Consumo*. 7ª ed, reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2021.
- , O Regime Português das cláusulas contratuais gerais. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 135. ano 30. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2021.
- CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa (Org.). *Psiquiatria para estudantes de medicina*. p. 116-120. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 29. ano. 8. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- , Programa de Direito do Consumidor. 5 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.
- CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. A defesa do consumidor ganha importância em âmbito internacional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-31/garantias-consumo-defesa-consumidor-ganha-importancia-ambito-internacional>. Acesso: 5 nov. 2021.
- COELHO, José Martins. Auditoria e avaliação das atividades em saúde. In: CABRAL, Nazaré da Costa; AMADOR, Olívio Mota; MARTINS, Guilherme Waldemar D'Oliveira (Orgs.). *A reforma do setor de saúde: uma realidade iminente*. (Cadernos do IDEFF). Coimbra: Almedina, 2010.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*. vol. 2. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.
- , Tratado de Direito Civil Português, I, Parte geral, Tomo I, 3ª ed. aument. e inteiramente rev., reimp. da ed. de Março de 2005. Coimbra: Almedina, 2007.
- , Tratado de Direito VI. Direito das Obrigações, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- , Da Boa Fé no Direito Civil. 7ª reimp. Coimbra: Almedina, 2017.
- CORTEZ, Margarida. Responsabilidade civil das instituições públicas de saúde. In: *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- COSTA, Judith Hofmeister Martins. O direito privado como um “sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto de Lei do Código Civil Brasileiro. Disponível: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acessado: 5 nov. 2021.
- , As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*. vol. 680. São Paulo: Ed. RT, jun. 1992.
- , A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- , Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações. Coord. de Sálvio de Figueiredo. vol. 5, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- , O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. vol. 31. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2006.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais. 2. ed. ver. e actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- , Intervenções Fulcrais da Boa Fé nos Contratos. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 2. Coimbra: Centro de Estudos do Consumo, 2000.



- , *Direito das obrigações*. 12ª ed. ver. e act. (Manuais universitários). Coimbra: Almedina, 2011.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. Cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Livraria Almedina, 1986,.
- COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica. Teoria da eleição procedimental; iatrogênica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CUÉLLAR, Leila. Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras (Coleção Luso-Brasileira de Direito Público – Vol. 2). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- CUNHA, Carolina. O doente sem horário: breve anatomia dos problemas jurídicos suscitados pelas aplicações móveis na área da saúde. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 16. p. 43-56. Coimbra: Instituto Jurídico/Centro de Estudos do Consumo, 2018.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista Saúde Pública*. vol. 22 (4). São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1988.
- , O conteúdo do direito à saúde. In: *O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. / Alexandre Bernardino Costa ... [et al.](organizadores) – Brasília: CEAD/UnB, 2009.
- DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaella. Consentimento informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde (Telemedicina, Cirurgia Robótica e Inteligência Artificial). *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 33. ano. 17. Coimbra: Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, jan./jul. 2020.
- DEL VECCHIO, Giorgio. Princípios gerais do direito. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- DIAS, Marco. O critério da boa fé no DL nº 446/85. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 6. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2004.
- DIEZ-PICAZO, Luis. Prólogo. Tradução de Jose Luis Carro. In. WIACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas, 1977.
- DOMONT-NAERT, Françoise. As tendências atuais do direito contratual no domínio da regulamentação das cláusulas abusivas. Trad. Maria Henriqueta do A. Fonseca Lobo. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 12. ano. 3. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 1994.
- DOTTI, René Ariel; BERGSTEIN, Laís. O direito de o paciente ser ouvido: a responsabilidade civil e criminal do médico. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 111. ano 26. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2017.

- DRESCH, Renato Luís e BICALHO, Fábila Madureira de Castro. Manual de direito à saúde: normatização e judicialização. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.
- DUARTE, Paulo. O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2º/1 da lei de defesa do consumidor. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 75. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1999.
- DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ENGISCH, Karl. La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales. Pamplona: Navarra, 1968.
- , Introdução ao pensamento jurídico. 10. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- ENTRALGO, Pedro Laín. Antropologia médica para clínicos. Barcelona: Salvat Editores, 1984,
- ESCOVAL, Anal; LOPES, Manuel e FERREIRA, Pedro Lopes. *CRISE & SAÚDE – UM PAÍS EM SOFRIMENTO: Relatório de Primavera 2012*. Coleção Observatório da Saúde, n.º 9. Coimbra: Mar da Palavra Edições, 2012.
- ESPANHA, João. Ramo vida em livre prestações de serviços. Velhas e novas questões fiscais. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier: Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal. Coimbra: Edições Almedina, 2013.
- ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRA, Tiago. *Direito da Saúde*. Lisboa: Universidade Católica, 2014.
- Estudos de Direito do Consumidor. vol. 16. Edição Especial (Direito e Robótica: actas do congresso). Coimbra: Instituto Jurídico/Centro de Direito do Consumo da FDUC, 2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FERNANDES, Antonio Joaquim Schellenberger. In: SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Judicialização da saúde suplementar*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2010.
- , *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manonel Gonçalves. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERREIRA, Ana Sofia. Regulação em saúde e regulação das *utilities*: que diferenças? *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*. vol. 3, n.º 1. Lisboa: INDEG/ISC-TE; Rio de Janeiro: F.G.V, jan./mar. 2004.

- FERREIRA, Cláudia Galiberne; PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (coords). *Curso de direito médico*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). *Regulação em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2009.
- FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo Gentil. *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*. Coimbra: Almedina, 2009.
- FERREIRA, Emília; VIANA, Liliana Matos; MELO, Sofia. A resolução alternativa de litígios na saúde: o sistema de mediação de conflitos da Entidade Reguladora da Saúde. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. vol. 84. ano. 19.
- FINKELSTEIN, Beny José, BORGES JUNIOR, Laerte Honorato. A capacidade de leitos hospitalares no Brasil, as internações no SUS, a migração demográfica e os custos dos procedimentos. vol. 12 (3). p. 273-280. São Paulo: Jornal Brasileiro de Economia da Saúde, 2020.
- FIUZA, César. Prefácio. BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato: contributo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 16. ano. 4. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 1995.
- FRADERA, Véra Jacob. Ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor: uma abordagem clássica. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 43. ano. 10. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2002.
- FRAGATA, Mariângela Sarrubbo. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In: *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. MARQUES, Cláudia Lima...[et.al]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- FRANÇA, Genival Veloso de. O código do consumidor e o exercício da medicina. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 13. ano. 3. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 1995.
- FROTA, Mário. Direito à saúde e os consumidores. (Comunicação apresentada no dia 26 de novembro de 1988, no Seminário promovido pelo UGT, Departamento de Consumidores, no Hotel Berna) e publicada na Tribuna da Justiça. nº 3. Lisboa: abr./maio de 1990.
- GALLET, J.L. A proteção do consumidor na jurisprudência da Corte de Cassação. Tradução LIMA, Clarissa Costa. *Revista do Direito do Consumidor*. vol. 87. ano 22. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2013.
- GARCIA, Leonardo Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo*. 13 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2016.

- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*.
- GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.). *Bioética: poder e injustiça*. Tradução Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2003.
- GOMES, Elena de Carvalho. *Entre o actus e o factum: os comportamentos contraditórios no direito privado*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.
- GOMES, Orlando. Os direitos dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 77. ano. 20. p. 19-26. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2011.
- GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8ª ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- , *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2008 (reimpressão da edição de outubro de 2005).
- , *Direito Administrativo da Regulação. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. vol. 2 (Org. Jorge Miranda). Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes. *Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade económica. Estudos de Direito Público e Regulação 9*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- GOUVEIA, Rodrigo. *Os serviços de interesse geral em Portugal. Estudos de Direito Público e Regulação 2*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- GRAU, Eros. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor – algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 5. ano 2. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 1993.
- , *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GREGORI, Maria Stella. O Código de Defesa do Consumidor e a Lei 9.656/98: antinomia ou complementariedade? *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 55. ano 14. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2005.
- , *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- , *Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde*. v. 108, ano 2016, p. 123-143. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2016.

- GRUNDMANN, Stefan. A proteção funcional do consumidor – Novos modelos de consumidor à luz de teorias recentes. Trad. Laura Schertel Mendes. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.101. ano 24. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2015.
- GUAZZELLI, Amanda Salis. A busca da justiça distributiva no judiciário por meio das relações contratuais: uma análise a partir dos planos de saúde. *In: Prêmio IESS de produção científica em saúde suplementar 2011 a 2015 Direito*. p. 121-156. São Paulo: Midiograf, 2016-
- GUÉRIOS, Ênio Eduardo; BUENO, Ronaldo da Rocha Loure; ANDRADE, Paulo Maurício Piá de; NERCOLINI, Deborah Christina e PACHECO, Álvaro Luiz Aranha. Stents. Uma visão da literatura. *In: Arquivo Brasileiro Cardiologia*. vol.71, n.1. São Paulo, 1998. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0066782X1998000700014#:~:text=Andreas%20Gr%C3%BCntzig%2C%20na%20Su%C3%AD%C3%A7a%2C%20desenvolveu,para%20a%20era%20do%20intervencionismo](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066782X1998000700014#:~:text=Andreas%20Gr%C3%BCntzig%2C%20na%20Su%C3%AD%C3%A7a%2C%20desenvolveu,para%20a%20era%20do%20intervencionismo). Acesso em: 5 nov. 2021.
- HENTZ, André Soares. Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.
- Histórico das Empresas de Seguros Estabelecidas em Portugal entre 1975 e 2020. Lisboa: Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, 2021.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Dados populacionais do Brasil. Rio de Janeiro, 2021.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. Las cláusulas abusivas em la contratación (Informe del derecho argentino). *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 44. ano. 11. São Paulo: Ed. RT, out./dez., 2002.
- Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados/coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.
- KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. Seguro no Código Civil. Santa Catarina: OAB/SC, 2005.
- LARENZ, Karl. Derecho civil: parte general. Trad. Espanhola de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. *Revista de Direito Privado*. Madrid, 1978.
- , Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LAS CUEVAS, Joaquim Cayón de. La prestación de servicios sanitarios como relación de consumo. TESIS DOCTORAL. Universidade de Cantabria, em 2016.

- LAURENTINO, Sandra. Os destinatários da legislação do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2000.
- LEITÃO, Adelaide Menezes. Normas de protecção e danos puramente patrimoniais. Coimbra: Almedina (Coleção: Teses de Doutoramento), 2009.
- , Soluções jurídicas para o sobreendividamento dos consumidores. Estudo de Direito do Consumo. vol. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2016.
- LEWANDOWSKI, E. R. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 251, 2009.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos no código do consumidor: pressupostos gerais. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 6. ano. 2. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1993.
- , A informação como direito fundamental do consumidor. *Estudo de Direito do Consumidor*. vol. 3. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2001.
- , Transformações gerais do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 4, n.º 16. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2003.
- , Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Cíveis. In: Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. São Paulo: Método, 2005.
- , Direito Civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOPES, José Reinaldo de Lima e GARCIA NETO, Paulo Macedo. Consumidores de planos de saúde (ou, doente também tem direitos). Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde. Coordenação Cláudia Lima Marques...[et.al.]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- LOPES, José Reinaldo Lima. Consumidores de Seguros e Planos de Saúde (ou, doente também tem direitos). In MARQUES, Cláudia Lima *et al.* *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LOUREIRO, João Carlos. *Aegrotationis Medicinam Ab Iure Peto?* Notas sobre a saúde, a doença e o direito. Cadernos de Bioética. Ano XI, n.º 25. Coimbra: Centro de Estudo de Bioética, abril 2001.
- , Direito à (protecção da) saúde. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

- , São Cosme e São Damião, saúde(s) e responsabilidade(s) algumas notas em registo de posfácio. In: *Responsabilidade civil em saúde – diálogo como o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*. Coordenação André Gonçalo Dias Pereira ... [et al.]. p. 603-662. Coimbra: Instituto Jurídico, 2021.
- LOVECE, Graciela. Cláusulas abusivas em el Código Civil y Comercial. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.103. ano 25. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2016.
- LUCCA, Newton de. A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 05. ano. 2. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 1993.
- LUDWIG, Marcos de Campos. Usos e costumes no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LUGARINHO, Liliana Maria Planel. Bioética na incorporação de procedimentos, um olhar exploratório na saúde suplementar. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Trad. Amada Flores. México: Anthropos, 1996.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MACEDO, Elaine Harzheim. Contratos de adesão. Controle judicial dos contratos de consumo. *Revista Direito do Consumidor*. vol. 15. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1995.
- MACHADO, João Baptista. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. In: *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991.
- MADUREIRA, Cláudio; GARCIA, Leonardo de Medeiros. O direito do consumidor frente à negativa de cobertura de planos de saúde. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 106. ano 25. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2016.
- MAIA, Maurilio Casas. O direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 84. ano. 21. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2012.
- MAJOR, Maria João; MAGALHÃES, Andreia. Reestruturação do serviço nacional de saúde em Portugal: balanço da empresarialização dos hospitais públicos portugueses. *Revista de Administração (São Paulo)*. vol. 49. ano. 3. São Paulo: Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, jul./set. 2014.
- MANSO, Luís Duarte Baptista. O Dever de Esclarecimento e o Consentimento Informado em Diagnóstico Pré-Natal e Diagnóstico Genético Pré-Implantação. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 16. ano. 8. p.135-158. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

- MARQUES, Cláudia Lima. Nova lei francesa sobre defesa do consumidor: a transformação da Diretiva Comunitária sobre cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 17. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1996.
- , Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 45. ano. 11. São Paulo: Ed., RT, jan./mar, 2003.
- , Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- , (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- , (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- , *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords.). *Diálogo das Fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito*. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- MARTINEZ, Pedro Romano. Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro. *Scientia Iuridica: revista trimestral portuguesa e brasileira*. Tomo 55. vol. 306. Braga: Universidade do Minho, abr./jun. 2006.
- MARTINEZ, Pedro Romano...[et. al.]. *Lei do contrato de seguro: anotada*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2020.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo “La prestación del asegurador en el seguro de asistencia sanitaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2011, nº 282, 2011.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. A saúde privada suplementar como sistema jurídico hipercomplexo e a proteção à confiança. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 12. ano 27. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2018.
- MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antônio Junqueiro de Azevedo. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 79. ano. 19. São Paulo: Ed., RT, jul./set. 2011.



- MARTINS, Maria Inês de Oliveira. O seguro de vida enquanto tipo contratual legal. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal (Coimbra Editora), 2010.
- , O controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais no contrato de seguro. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 10. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2016.
- MASCARENHAS, Igor de Lucena; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da. Fertilização *in vitro* e do direito ao planeamento familiar: a ilegalidade do Enunciado 20 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça e a teoria da captura aplicada à ANS. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 121. ano 28. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2019.
- MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MATOS, Francisco Mafalda. *Off-label – off law? Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 17. ano. 9. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MAZZUCATO, Paolo Zupo. As cooperativas médicas e o CADE. *Jornal das Faculdades Milton Campos*, Nova Lima, n. 134, ano XVI, mar. 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.
- MENDONÇA, Antônio Penteadó. *Temas de seguro*. São Paulo: Roncarati, 2010.
- MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 50. ano. 13. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2004.
- MESQUISTA, Maria José Rangel de. *Regulação da Actividade Seguradora: Traços Fundamentais. Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. FERRERIA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTACIO, Gonçalo. Coimbra: Almedina, 2009.
- MILANEZ, Felipe Comarela. *Interesses econômicos e as práticas comerciais desleais: uma abordagem a partir do Direito Português e do Direito Europeu*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.
- MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

- , Abuso de direito. Proteção da confiança e limites ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- , Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 72. ano. 18. São Paulo: Ed. RT, out./dez., 2009.
- , Curso de direito do consumidor. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. *As Constituições Portuguesas*. 6ª ed. Cascais: Príncípa, 2013.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I, 2ª ed., rev. act. e ampl. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal (Coimbra Editora), 2005.
- MONIZ, Ana Raquel. A responsabilidade civil extracontratual por danos resultantes da prestação de contratos de saúde em estabelecimentos públicos: o acesso à justiça administrativa. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MONTEIRO, António Pinto. *A protecção do consumidor de serviços públicos essenciais*, in “AJURIS- “Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul”, Edição especial sobre o 1º Congresso Inter-Americano de Direito do Consumidor, tomo I, Março 1998.
- , Do Direito do Consumo ao Código do Consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 1. ano.1. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999.
- , A proteção do consumidor de serviços públicos essenciais. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 2. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2000.
- , Cláusulas limitativas do conteúdo contratual. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. vol. 19 (2º semestre). Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2001.
- , Contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais. *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 3. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2001.
- , O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 62, I (Janeiro de 2002).
- , *Harmonização legislativa e proteção do consumidor* (a propósito do anteprojeto do código do consumidor português). In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo. Atlas, 2008.
- , A contratação em massa e a proteção do consumidor numa economia globalizada. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. vol. 3961. ano 139. Coimbra: Coimbra Editora, mar./abr. 2010.

- , Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. 2ª reimp. da obra publicada em 1985. Coimbra: Almedina, 2011.
- , Exclusões de responsabilidade na actividade médica. In: Responsabilidade civil em saúde – diálogo como o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro. Coordenação André Gonçalo Dias Pereira ... [et al.]. Coimbra: Instituto Jurídico, 2021.
- MONTEIRO, António Pinto; NEUER, Jörg; SARLET, Ingo (Orgs.) Direitos Fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.
- MONTEIRO, Marisa Silva. O contrato de seguro de saúde. Estudos de Direito do Consumidor nº 15. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2019.
- MONTEIRO, Sinde Jorge. *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil: curso de mestrado*. Coimbra: [s.n.], 2001.
- MONTONE, Januário. Planos de saúde: passando e futuro. Rio de Janeiro: MedBook, 2009.
- MOOR, Fernanda Stracke. Considerações sobre o regime público na prestação dos serviços delegados e a perspectiva dos direitos dos cidadãos frente aos serviços essenciais. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 55. ano.13. p. 106-121. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2005.
- MORAES, Alexandre de. Agência reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAIS, Fernando Gravato. A evolução do Direito do Consumo. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, vol. 55. ano 15. Coimbra: APDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo, 2011.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre a reforma administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997.
- , A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 5. Belo Horizonte: Editora Fórum, jan./mar. 2004.
- MOREIRA, Vital; MAÇÁS, Maria Fernanda dos Santos. Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de Lei-Quadro. *Estudos de Direito Público e Regulação* 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MOREIRA, Vital. A Nova Entidade Reguladora da Saúde em Portugal. *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 5 (jan-mar). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.
- MOTTA, Carolina E.P.M. de Senna; GONÇALVES, Oksandro. As cláusulas de riscos excluídos no contrato de seguro na visão da análise econômica do Direito. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.101. ano 22. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2015.

- NALINI, José Renato. O Judiciário e a ética na saúde. *In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.* 1. ed 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato. Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor.* vol. 3. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- , Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado / Ada Pellegrini... [et al.]. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.
- NISHITAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor.* vol. 76. ano. 19. São Paulo: Ed., RT, out./dez. 2010.
- NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.* 1. ed 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.* São Paulo: Saraiva, 1994.
- NOVAIS, Jorge Reis. Constituição e Serviço Nacional de Saúde. *In: 30 anos do Serviço Nacional de Saúde: um percurso comentado.* Coord. Jorge Simões. Coimbra: Almedina, 2010.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato. O Código de Defesa do Consumidor e os Planos de Saúde: o que importa saber. *Revista de Direito do Consumidor.* vol. 48. ano. 11. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2003
- , *Curso de direito do consumidor.* 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NUNES, Pedro Caetano. Comunicação de cláusulas contratuais gerais. *In: Estudos em homenagem do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida.* (Comis. org. José Lebre de Freitas ... [et al.]). vol. 2: Direito dos contratos e das obrigações. Coimbra: Almedina, 2011.
- NUNES, Rui. Justiça distributiva e o financiamento do sistema de saúde. *In: Novos desafios na gestão: inovação ou renovação / XII Jornadas Luso-Espanholas de Gestão Científica; [org.] Universidade da Beira Interior. Departamento de Gestão e Economia.* vol. 2: Finanças. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2002.
- , (Coord). Política de saúde. Porto: Universidade Portucalense, 2003.

- OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 101. ano 24. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2015.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. A proteção dos consumidores nas sociedades de mercado: novas reflexões sobre a impossibilidade de conhecimento de ofício, pelo juiz, de cláusulas nulas em contratos bancários. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 84. ano. 20. São Paulo: Ed. RT, out./dez., 2012.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *O juiz e o novo contrato – considerações sobre o contrato à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002*. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002: convergências e assimetrias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- , Leis de Planos de Saúde (Lei 9.656/98): dez anos depois. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 67. ano. 16. São Paulo: Ed., RT jul./set. 2008.
- OLIVEIRA, Fernando Baptista de. *O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária*. Coimbra: Almedina, 2009.
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 10. ano 5. Coimbra: Coimbra Editora, jul./dez. 2008.
- OLIVEIRA, Júlio Moraes. Curso de Direito do Consumidor Completo. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2016.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde: problemas de ilicitude e de culpa”. In: Responsabilidade civil dos médicos, Centro de Direito Biomédico [da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra]. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- , Ilícitude e culpa na responsabilidade médica. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Instituto Jurídico, 2019.
- , O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da biotética. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 15. ano. 8. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- PASSINHAS, Sandra. Propriedade e personalidade no direito civil português. Coimbra: Almedina, 2017
- PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 6. ano. 2. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1993.
- , A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Org.). *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- , O destinatário final e o “consumidor intermediário”. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 74. ano. 18. São Paulo: Ed., RT, abr./jun. 2010.

- PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). *Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.113. ano 26. p. 81-110. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2017.
- PEIXOTO, Ester Lopes. O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 45. pág. 140-171. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2003.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; NORÕES, Mariane Paiva; PINHEIRO NETO, Francisco Miranda. Análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir das características do negócio jurídico de assistência privada à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.118. ano 27. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2018.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento informado na relação médico-paciente. Centro de Direito Biomédico, vol. 9. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- , Direitos dos pacientes e responsabilidade médica. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª Edição, Fevereiro 2015.
- , Prescrição médica “off-label” e Covid-19: uma reflexão ético-jurídica. Instituto de Derecho Iberoamericano, 2020. Disponível em: <https://idibe.org/tribuna/prescricao-medica-off-label-e-covid-19-uma-reflexao-etico-juridica/>. Acesso em: 05 nov. 2021.
- PEREIRA, Gerlany de Fátima dos Santos. O ensino médico do Brasil. *Revista Brasileira de Educação Médica*. vol. 9. Rio de Janeiro: ABEM, set./dez.1985.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Revonar, 1999.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contratos de adesão: uma manifestação jurídica da moderna vida econômica. Sep. de “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, ano XX – Abril- Dezembro, nº 2-3-4. Coimbra: Livraria Atlântida, 1973.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto e PINTO, Paulo Mota. Teoria Geral do Direito Civil, 5ª ed., reimp. da 4ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Gestlegal, 2020.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores econômicos no início do século XXI”. In: Ruy Albuquerque/A. Menezes Cordeiro (coord), Regulação e Concorrência (perspectivas e limites da defesa da concorrência, Coimbra 2005.

- POPP, Carlyle; SETTI, Maria Estela Gomes. O Código de Defesa do Consumidor e a proteção contratual. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 79. ano. 19. São Paulo: Ed. RT, jul./set., 2011.
- PRATA, Ana. Contratos de adesão e cláusulas gerais: anotações ao Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 2010.
- RAMOS, Ana Rita; SILVA, Cristina. Evolução do Seguro de Saúde em Portugal. Fórum – Revista Semestral do Instituto de Seguros de Portugal, Ano XIII, nº 27. Lisboa: Instituto de Seguros de Portugal, 2009.
- RAMOS, Vasco Moura. Da compatibilidade do New Public Management com os princípios constitucionais. Coimbra, 2002.
- RANGEL, Maurício Crespo. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 71. ano 18. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2009.
- RAPOSO, Vera Lúcia. O corpo humano, a nova “galinha dos ovos de ouro”. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 15. ano. 8. Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- , Do ato médico ao problema jurídico. Coimbra: Edições Almedina, 2013.
- RAWLINS, Michael. “Quanto custa um ano de vida?: entrevista Michael Rawlins. *Revista Época*, São Paulo, ed. 591, p. 114-117, 14 set. 2009.
- REGO, Margarida Lima. *Contrato de Seguros e Terceiros: estudos de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; MAFFINI, Rafael. Nota sobre a defesa do consumidor e os serviços públicos: inovações da Lei 13.460/2017 e seu diálogo com o CDC. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 114. ano 26. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2017.
- REZENDE, Joffre Marcondes. Exame. Método. Técnica. Procedimento. Prova. Teste. Reação. *Rev. Pat. Trop.*25 (2): 335-338, jul./dez 1996. Disponível em: [file:///C:/Users/Dani/Downloads/18487-Article%20Text-75903-1-10-20120509%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Dani/Downloads/18487-Article%20Text-75903-1-10-20120509%20(1).pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.
- REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- , O Controlo do Conteúdo dos Contratos: uma nova dimensão da boa-fé. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. vol. 42. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005.

- , A boa fé como norma de validade. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.
- , O Regime dos Contratos de Adesão, 2007.
- RIPERT, Georges. A regra moral nas obrigações civis. Trad. Osório de Oliveira. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1937.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- RODRIGUES, Nuno Cunha. Breves notas sobre o estatuto do gestor público: a caminho do new public management. *Estudos em Homenagem ao Professor Sousa Franco*, vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- , *Regulação da Saúde. Regulação em Portugal: novos tempos, novo Modelo?* Coord. FERREIRA, Eduardo Paz [*at alli*]. Coimbra: Almedina, 2009.
- RODRIGUEZ, João Vaz. O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (Elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). *Centro de Direito Biomédico*, vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- ROPPO, Enzo. O contrato. Trad. portuguesa de Ana Coimbra e de Manuel Januário Costa Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- RUEFF, Maria do Céu. Dever de informar, conflitos de interesse e deontologia na relação tripartida cidadão-médico-seguradora. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 13. ano 7. Coimbra: Coimbra Editora, jan./jun. 2010.
- RUZON, Bruno Ponich. O uso off label de medicamento e o alcance da Lei nº 9.656/98. *Revista Magister de direito empresarial, concorrencial e do consumidor*. vol. 9, nº 54. Porto Alegre: Magister, dez./jan. 2013.
- SÁ, Almeno de. Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas. Coimbra: Almedina, 1999.
- , Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas. 2ª ed. rev. e aument., reimp. Coimbra: Almedina, 2005.
- SALES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva-civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SALOMÃO, Luis Felipe. Atuação judicial e a interpretação dos contratos. In: *Judicialização da saúde* / organizadores Marco Villas Boas, José Cechin. Palmas: Editora Esmat, 2020.



- SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, XVI. 2007, Belo Horizonte. *Anais ...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- , Prefácio. In: SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Judicialização da saúde suplementar*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2010. p. 10.
- SANTANA, Bianca. A reforma da saúde em Portugal, notadamente por meio da empresarialização dos hospitais públicos portugueses. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 2. ano 1. Coimbra: Coimbra Editora, jul./dez. 2004.
- SANTIN, Janaína Rigo; SANTOS, Katiane Scharlesi Gehlen dos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor no serviço público de saúde: limites e possibilidades. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 98. ano. 23. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2015.
- SANTOS, Letícia Rosa. Princípios Éticos como Norteadores no Cuidado Domiciliar. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. vol. 16, suplemento 1. Rio de Janeiro: Abrasco, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. vol. 24. Porte Alegre: Escola da Magistratura do TRF 4ª Região, 2008.
- , *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- , Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 75. ano 18. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2010.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas de restrição de transplantes em planos de saúde não são abusivas: comentários aos acórdãos do STJ que julgaram o REsp nº 378.863/SP e os respectivos embargos de divergência e agravos regimentais. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 64. p. ano. 20. p. 223-234. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2007.
- , Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor: Item 2.1: Campo de aplicação do CDC e direito à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- SCHULZE, Clenio Jair. O juiz e a pandemia: em busca da nova judicialização da saúde. In: *Judicialização da saúde / organizadores Marco Villas Boas, José Cechin*. Palmas: Editora Esmat, 2020.

- SÉGUIN, Elida. *Plano de Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 17. ano. 4. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 1996.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- , O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- SILVA, F. Nicolau Santos. *Os interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa: Quid juris? Sociedade Editora, 2002.
- SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e Estado: serviços de interesse econômico geral*. Coimbra: Almedina, 2008.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- SILVA, Paulo Fagundes da e COSTA, Nilson do Rosário. *Saúde Mental e os Planos de Saúde no Brasil*. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. vol. 16, nº 12. Rio de Janeiro: Abrasco, 2011.
- SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O Fórum Nacional do Judiciário como instrumento na efetivação do direito à saúde*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SIMÕES, Jorge Abreu. *Retrato Político da Saúde – Dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho*. Coimbra: Almedina, 2009.
- , *As parcerias público-privadas no sector da saúde em Portugal*. *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, n.º 4. Lisboa: Escola Nacional de Saúde Pública/UNL, 2004.
- SIMÕES, Jorge; DIAS, Ana. *Políticas e governação em saúde*. In: *30 anos do Serviço Nacional de Saúde: um percurso comentado*. Coord. Jorge Simões. Coimbra: Almedina, 2010.
- SIMÕES, Jorge; SILVA, Sofia Nogueira da. *O controlo de custos de saúde – uma perspectiva europeia*. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 9. ano. 5. Coimbra: Coimbra Editora, jan./jun. 2008.
- SOUSA, Miguel Teixeira. *Introdução ao direito*. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 2018.

- SOUZA, Jordana Miranda; PIRES, Danielle da Silva. *Judicialização da saúde suplementar*. Belo Horizonte: Unimed BH, 2010.
- STIGLITZ, Rubén Sául. Contratos de consumo y cláusulas abusivas. *Estudo de Direito do Consumidor*. vol. 1. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999.
- , *Estudos de Direito do Consumidor*. vol. 1. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 43. ano. 10. São Paulo: RT, jul./set. 2002.
- TELES, Inocência Galvão, “Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia Sobre as Cláusulas Abusivas”, 1995.
- TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- , Editorial. *Revista Brasileira de Direito Civil*. vol. 4. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Civil, abr.-jun. 2015.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. In: *Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. 3ª ed. vol. III, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- TIMM, Luciano. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.
- TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 13. ano. 4. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 1995.
- TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- VALE, Luís António Malheiro Meneses do. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do direito à proteção da saúde: alguns momentos fundamentais. *Jurisprudência Constitucional*. vol. 12. Coimbra: Coimbra Editora, out./dez. 2006.
- , O direito à saúde na União Europeia em perspectiva diacrónica: elementos para uma genealogia do artigo 35º da CDFUE. *Revista Nascer e crescer/Hospital de Crianças Maria Pia*. vol. 20. Porto: Hospital de Crianças Maria Pia, 2011.

- , Tese de doutoramento em Direito (Direito Público), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com o título: O problema jurídico do acesso à saúde: entre a solidariedade e a responsividade: contributo para uma teoria constitucional sobre a realização do direito público social.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Direito do Consumo. Estudos de Direito do Consumidor*, n. 1, Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999.
- , *Das obrigações em geral*. 10<sup>a</sup> ed. rev. e actualiz., 11<sup>a</sup> reimp. da ed. de 2000. Coimbra: Almedina: 2014.
- VAZ, Aline Regina Carrasco. Responsabilidade civil do cirurgião plástico: o impacto dismórfico corporal nos processos por erro médico e a (im)possibilidade de produção de prova pericial. *Revista de Direito Civil*. vol. 2. ano. V. Coimbra: Almedina, 2020.
- VILLAS BOAS, Marco; CECHIN, José. *Judicialização da saúde*. Palmas: Editora Esmat, 2020.
- WANG, Daniel, *Direito à Saúde Litígio no Brasil: O Problema e as Respostas Institucionais* (1 de outubro de 2015). *Human Rights Law Review*, Volume 15, Issue 4, December 2015.
- WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. *Revista de Direito Sanitário*. vol. 9. São Paulo: Ed. LTr, jul.-out. 2008.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado*. 2. ed. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- WILHELMSSON, Thomas. Regulação de cláusulas contratuais. Trad. Ronaldo Porto Macedo Júnior. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 18. ano. 4. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1996, 324.
- ZALAZAR, Claudia; GARZINO, M. Constanza. El paciente como consumidor hipervulnerable. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.119. ano 27. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2018..
- ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino jurídico com casos: teoria e prática (com exemplos do direito do consumidor e do direito civil)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.