



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Lucas de Castro Oliveira e Silva

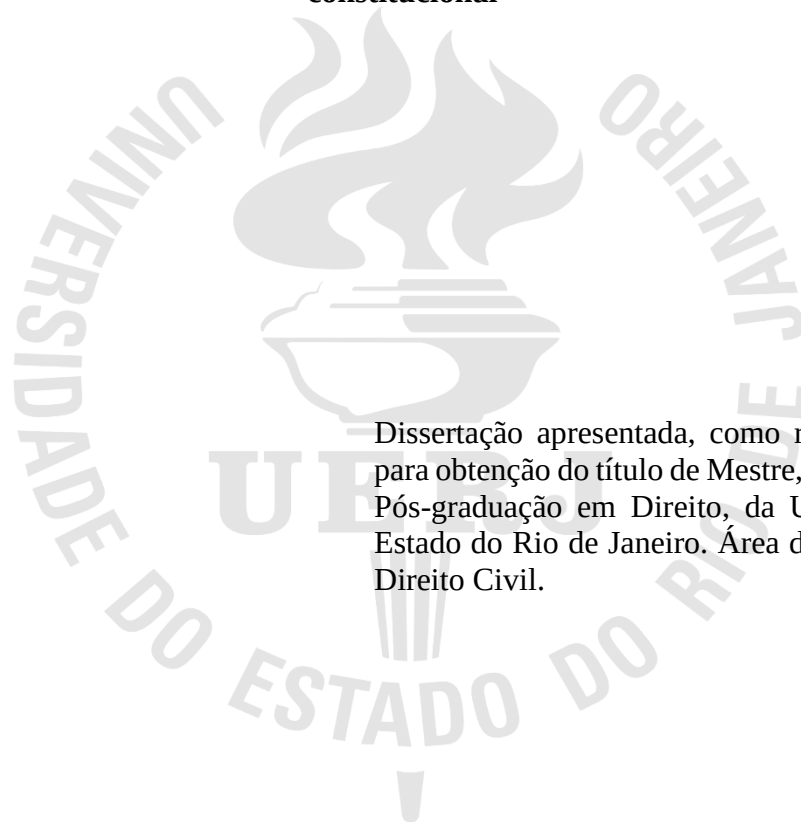
**Contratos de planos de saúde: vertentes hermenêuticas em perspectiva
civil-constitucional**

Rio de Janeiro

2022

Lucas de Castro Oliveira e Silva

**Contratos de planos de saúde: vertentes hermenêuticas em perspectiva civil
constitucional**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Nunes de Souza

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586

Silva, Lucas de Castro Oliveira e.

Contratos de planos de saúde: vertentes hermenêuticas em perspectiva civil constitucional / Lucas de Castro Oliveira e Silva. - 2022.
189 f.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Nunes de Souza.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito civil - Teses. 2. Operadoras de planos de saúde – Teses. 3. Saúde suplementar – Teses. I. Souza, Eduardo Nunes de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.51:368.942

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Lucas de Castro Oliveira e Silva

**Contratos de planos de saúde:
vertentes hermenêuticas em perspectiva civil constitucional**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em 24 de fevereiro de 2022.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Eduardo Nunes de Souza (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Fernanda Paes Leme Peyneau Rito
Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais

Rio de Janeiro

2022

AGRADECIMENTOS

A solidão que caracteriza a escrita dos trabalhos acadêmicos possivelmente nunca foi tão acentuada quanto em tempos pandêmicos. Ficar em casa e se isolar do resto do mundo tornou-se muito mais um mecanismo de defesa da saúde do que um imperativo de concentração exigido para a missão de finalizar uma dissertação. E isso me fez muito mal. Não poderia jamais negar que as aulas presenciais e as ricas discussões junto de professores e colegas sempre foram minha parte favorita do mestrado, o que deixou mal-acostumado o jovem “calouro” que não sabia que, quando se tornasse “veterano”, teria de se contentar com a feitura de tais interações apenas por meio das telas.

Essa não parecia a melhor época para se escrever uma dissertação e talvez não fosse a melhor época para escrever, em especial, uma que tratasse de tema intrinsecamente ligado à saúde das pessoas. Ou quiçá fosse essa a “melhor pior época” para desempenhar cada uma dessas duas missões, mesmo com o peso de assumir tal responsabilidade em meio à solidão tão cruel de dias tão difíceis – pela qual jamais poderia ser grato, por questão de sensibilidade e respeito para com todos aqueles que, como eu, perderam entes queridos.

De outra parte, a solidão que caracterizou a reta final do mestrado, sobretudo nos trabalhos acadêmicos, sempre contrastou com a presença (física e, por vezes, espiritual) de um sem-número de ajudantes que contribuíram imensamente para que eu pudesse chegar até o final dessa jornada (quase) ileso. Em justiça a todas essas pessoas e entidades que tanto colaboraram para minha trajetória e para a consecução do presente trabalho, não poderia jamais de deixar de redigir tais agradecimentos – pedindo, desde já, minhas mais sinceras desculpas pelos equívocos e possíveis esquecimentos que as lágrimas que já me vêm aos olhos podem causar ao longo do texto que virá adiante. Caso sirva de consolo, rogo que se confortem na certeza de que os agradecimentos serão tão falhos quanto amorosos e verdadeiros, e que as falhas e lacunas não diminuem em nada a importância que tiveram nesse trajeto. Sou muito feliz porque durante o tempo da minha vida pude construir relações com pessoas incríveis e fundamentais para que chegasse até aqui.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pela bênção e pelo privilégio de concluir essa etapa, que talvez só Ele saiba o quão importante é para mim e para os meus. Tenho fé de que Ele realmente sabe de todas as coisas e nos conhece melhor do que nós mesmos. Também acredito piamente que Ele não dá cruzes que não podemos carregar e que sempre está comigo nas horas de aflição. Por conta disso, não poderia esquecer de agradecê-lo nos momentos de júbilo.

Agradeço imensamente à minha família, verdadeiro porto seguro em que pude me refugiar incontáveis vezes ao longo dessa vida, incluindo aquelas em que precisei de refúgio no decorrer dessa caminhada.

Em especial, dedico essa conquista aos meus pais, Silvane e Lincoln e à minha avó, Dilma, os professores que mais amo e admiro. Minha mãe é definitivamente a maior referência de amor e dedicação que hei de conhecer. Já meu pai é a minha maior referência de negritude e masculinidade – e como foi bom tê-las em casa – e certamente o homem mais afetuoso e inteligente que já conheci. Minha avó, a seu turno, personifica, de uma só vez, toda doçura de que esse mundo tanto precisa e toda resiliência que anelo ter para encarar os desafios dessa vida. Aos três minha imensa gratidão por terem sido, desde minha primeira respiração, os maiores incentivadores e fiadores dos meus sonhos, à custa de muito suor e de muitas lágrimas que nenhuma palavra de graça jamais será capaz de indenizar.

Em ordem cronológica, agradeço aos membros da segunda família que me foi concedida nesse mundo: os numerosos amigos que tive a sorte de cultivar no Colégio Pedro II. A certeza de que praticamente nenhum de vocês se interessaria pelo conteúdo do trabalho caminha ao lado de outra certeza, ainda maior, do apoio incondicional que tenho na amizade de cada um. Reservo-me à indelicadeza de agradecer nominalmente a Christian Bittencourt, Douglas Gomes, Filippo Lattari e Thiago Julianelli, que caminham comigo há duas décadas, bem como às valorosas amizades de João Pedro Martins, Marina Victorio, Mayara Moreira e Gisela Biscaia, que foram gentilmente aparecendo e marcando presença durante minha feliz trajetória no melhor colégio do Brasil. De lá, agradeço também aos inúmeros profissionais e, sobretudo, aos professores que tive, todos essenciais para que florescesse em mim o desejo de, um dia, tornar-me também docente à sua semelhança. Ao Pedro II, tudo e a todos vocês, tudo em dobro.

Na sequência, agradeço àquela que hoje se tornou minha segunda casa, por questões do destino que certamente já estavam desenhadas antes do meu nascimento: a Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Só quem vive a UERJ sabe que ela não é um lugar. A UERJ é um símbolo de resistência, um estado de espírito, um êxtase ao qual o clichê de alcunhá-la como “o prédio cinza mais colorido do mundo” não faz jus. A UERJ já estava em mim muito antes de eu estar nela, literalmente me sustentando por meio de meu pai – aliás, poucas coisas me orgulham tanto quanto espalhar aos quatro ventos que meu pai é professor da UERJ desde o ano em que nasci. Não foi à toa que essa casa tão amada sempre cuidou tão bem de mim, ao longo dos anos de graduação e, mais recentemente, durante o mestrado, apesar de todos os pesares e percalços. Nesse particular, agradeço aos amigos tão queridos que me foram dados pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em especial a Artur Potsch, Bernardo Candal,

Bruno Gentil, Bruno Rouvier, Fernanda Pina, Fernando Milano, Igor Teixeira, Marcelo Pepe, Paulo César Luciano, Vítor Campos, Yann Alexandre e Luísa Malvar, amigos tão queridos formados ao longo da graduação.

Agradeço também pelo apoio sempre presente (ainda que, muitas vezes, virtual) dos amigos da turma de 2019 do Mestrado em Direito Civil do PPGD/UERJ. Fica aqui o reconhecimento de que alcançar a luz no fim do túnel seria praticamente impossível sem as palavras de consolo e as brincadeiras acerca de nossas próprias dificuldades durante esse período, na esperança de que possamos nos reencontrar muitas outras vezes para tirar o atraso que o afastamento forçado nos impôs durante a pandemia.

Aos tantos professores de excelência que tive durante minha estadia na UERJ – que, felizmente, se prolongará por mais alguns anos –, meus agradecimentos mais sinceros por serem, cada um à sua maneira, partícipes fundamentais dessa conquista e espelhos nos quais miro para seguir adiante na docência. Também aos diligentes servidores da UERJ, toda minha gratidão por terem viabilizado cada passo desse projeto. Sou incrivelmente feliz por ter entrado na UERJ e dela não pretendo mais sair.

Aos queridos colegas do escritório Terra Tavares Ferrari Elias Rosa Advogados, agradeço o companheirismo de tantos anos, imprescindível nessa difícil tarefa de conciliar a advocacia com a rotina acadêmica. Agradeço principalmente à solicitude de todos os sócios responsáveis pelo escritório e aos tantos amigos que fiz por lá, pedindo licença para dirigir minha especial gratidão a Antonia Mello, Carolline Jaroslavsky, Daniel Aguilera, Ludmilla Costa, Mateus Reis, Rafaela Dias, Vitor Paiva, Yuri Araujo e Natacha Kamarov.

À Professora Carina de Castro Quirino, agradeço pelo constante incentivo à minha carreira acadêmica e profissional, bem como pelo papel imprescindível em promover minha iniciação no tema que, anos depois, veio a ser o objeto da presente dissertação. A ela agradeço, sobretudo, pela amizade que ultrapassa o período em que tive felicidade de trabalhar ao seu lado, com a convicção de que Carina consegue ser ainda melhor como amiga do que já é como professora e profissional.

Aos Professores Carlos Nelson de Paula Konder e Fernanda Paes Leme Peyneau Rito, agradeço pela gentileza e pela disponibilidade na aceitação do convite para compor a banca de defesa da dissertação e agregar ao trabalho contribuições de alto valor. Também agradeço à Professora Milena Donato Oliva que, junto do Professor Carlos Nelson Konder, integrou a banca de qualificação do projeto de mestrado, na qual foram trazidos, de igual modo, aportes que contribuíram para aperfeiçoar o trabalho final.

Ao Professor Eduardo Nunes de Souza, deixo agradecimentos que, de antemão, já considero pífios e insuficientes frente à função fundamental que tem desempenhado desde que aceitou ser meu orientador na graduação e, depois, no mestrado. Agradeço pela orientação dedicada, pelo zelo incansável e pelo efusivo incentivo aos projetos e ideias que tenho desenvolvido desde então. Tenho plena segurança de que eu não poderia contar com auxílio melhor e mais presente, particularmente nos momentos mais difíceis e desanimadores desse percurso.

Aos queridos amigos da Banda Pre7, meu agradecimento por permitirem que encontrasse na música outro reduto para aliviar as mazelas do mestrado.

À minha terapeuta, Laura Ferreira, sou grato pelo suporte necessário nas horas de angústia e pelo carinho em me ajudar a enxergar melhor os rumos que trilhei até aqui.

À Marina Martins-Ide, agradeço o montante imensurável de amor a mim dispensado com tanta delicadeza, que espero sempre poder retribuir à altura ou chegar o mais próximo possível disso. Agradeço também pela disponibilidade em realizar a leitura e revisão do trabalho – tarefa igualmente desempenhada com afeto sem igual.

A todos vocês e aos tantos outros apoiadores que Deus tem me concedido desde o início dessa jornada – ou muito antes disso –, muitíssimo obrigado. Permito-me parafrasear uma música de Oswaldo Montenegro de que gosto muito, para atribuir a todos parte dos créditos na elaboração desse trabalho que não é só meu. Afinal, metade de mim são vocês “e outra metade também”. É mesmo impossível ser feliz sozinho, mas hoje percebo que sozinho eu nunca estive.

RESUMO

SILVA, Lucas de Castro Oliveira e. *Contratos de planos de saúde: vertentes hermenêuticas em perspectiva civil constitucional*. 2022. 189f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

A dissertação analisa a regulação dos contratos de planos de saúde (planos privados de assistência à saúde) em perspectiva estrutural e funcional e a partir dos principais instrumentos normativos sobre o tema, com intuito de examinar, especialmente, algumas das principais vertentes hermenêuticas empregadas na resolução de conflitos nessa seara, tendo como marco teórico a metodologia civil-constitucional. A partir de pesquisa bibliográfica em doutrina e de busca de precedentes jurisprudenciais, analisa-se as referidas vertentes hermenêuticas e suas principais premissas, tal como empregadas em argumentações e decisões judiciais atinentes a litígios envolvendo contratos de planos de saúde. Ao final, as vertentes examinadas são cotejadas com pressupostos da metodologia civil-constitucional, no intuito de avaliar a compatibilidade das principais premissas dessas correntes com os valores do ordenamento jurídico brasileiro e com a busca por soluções equilibradas para os conflitos de contratos de planos de saúde, que possam igualmente ser justificadas com base nesse mesmo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Civil-Constitucional. Contratos de Planos de Saúde. Planos Privados de Assistência à Saúde. Diálogo das Fontes. Consequencialismo Jurídico. Lei n. 9.656/1998.

ABSTRACT

SILVA, Lucas de Castro Oliveira e. *Health plan contracts: hermeneutical aspects in civil constitutional perspective*. 2022. 189f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

The dissertation analyzes the regulation of health plan contracts (private health care plans) from a structural and functional perspective and from the main normative instruments on the subject, in order to examine, especially, some of the main hermeneutical currents applied in the resolution of conflicts in this area, having the civil-constitutional methodology as a theoretical framework. Based on bibliographic research in doctrine and on the search for jurisprudential precedents, the aforementioned hermeneutical currents and their main premises are analyzed, as used in arguments and judicial decisions concerning disputes involving health insurance contracts. In the end, the currents examined are compared with assumptions of the civil-constitutional methodology, in order to assess the compatibility of the main premises of these currents with the values of the Brazilian legal system and with the search for balanced solutions for conflicts of health plans contracts that can also be justified on the basis of that legal system.

Keywords: Civil Law. Civil-Constitutional Law. Health Plan Contracts. Private Health Care Plans. Sources Dialogue. Legal consequentialism. Law no. 9,656/1998.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgInt	Agravo Interno
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
Apl.	Apelação
AREsp	Agravo em Recurso Especial
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONSU	Conselho Nacional de Saúde Suplementar
COVID-19	<i>Coronavirus Disease 2019</i> (Doença por Coronavírus 2019)
CPC	Código de Processo Civil
EDcl	Embargos de Declaração
FENASAÚDE	Federação Nacional de Saúde Suplementar
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IESS	Instituto de Estudos de Saúde Suplementar
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RG	Repercussão Geral
RN	Resolução Normativa
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJPB	Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
TJPE	Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	12
1	CONTRATOS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE: NOÇÕES GERAIS E PANORAMA NORMATIVO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	26
1.1	Estrutura e função dos contratos de planos de assistência privada à saúde: bilateralidade, patrimonialidade, natureza securitária, mutualismo e função social.....	
1.2	Aspectos da normativa dos contratos de planos de assistência privada à saúde no ordenamento jurídico brasileiro.....	27
1.2.1	<u>Nuances da atuação da iniciativa privada na saúde segundo a Constituição.....</u>	46
1.2.2	<u>Regulação infraconstitucional: entre o CDC e a legislação setorial específica da saúde complementar.....</u>	46
1.2.2.1	O emprego do CDC na solução de litígios de contratos de planos de saúde...	56
1.2.2.2	Os contratos de planos de saúde na legislação setorial específica da saúde suplementar: breve histórico da Lei n. 9.656/1998.....	56
1.2.2.3	Principais aspectos da Lei n. 9.656/1998 e dos atos normativos editados pela ANS.....	60
2	COTEJO DE VERTENTES HERMENÊUTICAS INVOCADAS PARA ANÁLISE DE QUESTÕES DE CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE.....	63
2.1	Invocações dos “diálogos das fontes” em temas de contratos de planos de saúde.....	75
2.1.1	<u>Amplitude de coberturas obrigatórias dos contratos de planos de saúde.....</u>	75
2.1.2	<u>Resilição unilateral e manutenção de vínculos de beneficiários em contratos coletivos.....</u>	83
2.1.3	<u>Cláusula de coparticipação em internações psiquiátricas prolongadas.....</u>	93
2.2	Consequencialismo e pragmatismo jurídicos em temas de contratos de planos de saúde: o outro extremo da corda?.....	98 102

3	CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE SOB A ÓTICA DA METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL	126
3.1	Metodologia civil-constitucional: cotejo com a doutrina dos diálogos das fontes e com o consequencialismo jurídico em matéria de contratos de planos de saúde.....	126
3.2	Revisitando temas de conflitos relacionados a contratos de planos de saúde à luz da metodologia civil-constitucional.....	146
3.2.1	<u>Amplitude de coberturas obrigatórias: a taxatividade do Rol da ANS.....</u>	146
3.2.2	<u>Resilição unilateral e manutenção de beneficiários em contratos de planos coletivos: a lógica da portabilidade de carências.....</u>	153
3.2.3	<u>Cláusula de coparticipação em internações psiquiátricas prolongadas: a orientação consagrada pelo STJ.....</u>	157
	SÍNTESE CONCLUSIVA.....	164
	REFERÊNCIAS.....	173

INTRODUÇÃO

Há muito tempo se consolidou o entendimento de que o Direito Civil não se limita a regular aspectos exclusivamente econômicos e individualistas, superando-se visões reducionistas segundo as quais as relações mantidas entre os sujeitos privados diriam respeito apenas a sua própria esfera de interesses. Hoje, mostra-se amplamente majoritário o entendimento de que também os instrumentos típicos do Direito Civil outrora essencialmente patrimonialistas – e, dentre eles, particularmente, a figura do *contrato* – devem ser cada vez mais funcionalizados à realização de interesses sociais e, principalmente, de interesses existenciais. Trata-se aqui do fenômeno denominado pela doutrina civil-constitucional como “despatrimonialização” do Direito Civil,¹ que sem abandonar o inegável viés patrimonial presente na dogmática civilista, reconhece a necessidade de “tutela qualitativamente diversa”² de situações jurídicas existenciais e patrimoniais, com prioridade às primeiras.

Nessa lógica, não se deixa de admitir que, em alguma medida, todas as situações jurídicas de Direito Civil envolvem a regulação da *autonomia privada* dos indivíduos. Mesmo porque é certo que a autonomia é fator relevante até nos filões do Direito Civil que são alvo de condicionamentos mais rígidos do legislador, como o Direito das Coisas,³ e nos que abrigam precipuamente relações existenciais, como o Direito das Famílias⁴ e os Direitos da Personalidade.⁵ De fato, não se pode mais enxergar o exercício de situações de autonomia como algo restrito a situações patrimoniais, como antes já se concebeu.⁶ Conforme lição de Francisco Amaral, a autonomia privada deve ser entendida como “poder que os particulares têm de

¹ “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33).

² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis*, cit., p. 34; SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 10, out.-dez. 2016, p. 13; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 5.

³ “De outra parte, seria possível afirmar que todas as matérias de direito civil se relacionam, de um modo ou de outro, ao exercício da liberdade nas relações particulares – são, em outros termos, questões de autonomia privada” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Notas sobre o papel da autonomia privada no exercício de situações jurídicas de natureza real. *Nomos*, vol. 35. Fortaleza, 2015, p. 143).

⁴ OLIVEIRA E SILVA, Lucas de Castro. Parentalidade socioafetiva e multiparentalidade: análise civil-constitucional a partir do RE nº 898.060/SC. *Civilistica.com*, v. 9, n. 3, 2020, p. 2; SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 28.10.2005, p. 19. Disponível em: <https://bit.ly/3uiupfz>. Acesso em 02.04.2021.

⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, set.-dez. 2014, p. 794-795).

⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 128.

regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”, sendo certo que tal autonomia deve observar “os critérios de sua validade e eficácia, estabelecidos por normas públicas”.⁷

Atualmente, é plenamente possível perceber exercícios de autonomia tanto em situações existenciais quanto nas patrimoniais. Aliás, bem se vê que mesmo as situações patrimoniais típicas podem trazer junto consigo uma série repercussões existenciais,⁸ notadamente diante de sua instrumentalidade em face daquelas situações que se encontram diretamente ligadas à dignidade e ao livre desenvolvimento das pessoas.⁹ É esse o caso de contratos que, embora envolvam prestações de cunho estritamente patrimonial, acabam por tutelar interesses subjetivos e valores intrinsecamente vinculados à dignidade pessoal em perspectiva individual e social. Cite-se, como exemplo, os contratos que comporão o objeto de estudo do presente trabalho: os *contratos de planos privados de assistência à saúde*, popularmente conhecidos como *contratos de planos de saúde* ou *seguros de saúde* – e a partir de outros sinônimos consagrados no linguajar jurídico, que serão adotados indistintamente neste estudo, em prol da finalidade estilística de evitar, tanto quanto possível, repetições desses termos.

Nada obstante as principais prestações contratuais desse tipo de negócio sejam de cunho patrimonial e possuam valor aferível em dinheiro, é certo que as avenças celebradas entre beneficiários e operadoras de planos e seguros de saúde privados servem como instrumentos de tutela de relevantíssimos aspectos da personalidade humana, como os direitos fundamentais à vida e à saúde,¹⁰ sem excluir as importantes repercussões socioeconômicas que possuem.¹¹

⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro. Renovar, 2003, p. 46 e 189.

⁸ Mais do que isso, atualmente, reconhece-se a existência de situações jurídicas dúplices, que congregam, em conjunto, nuances distintas de caráter existencial e patrimonial, conforme realizem de forma direta ou mediata (indireta) a dignidade da pessoa humana, respectivamente: “Constata-se que inúmeras hipóteses da vida concreta, a partir do diálogo fato e norma, estão em uma zona de obscuridade, de modo a dificultar a classificação em existenciais ou patrimoniais. Por isso, faz-se essência a busca da funcionalidade concreta e casuística que exerce naquele recorte fático: se realiza direta e imediatamente a dignidade humana por meio do livre desenvolvimento da personalidade, trata-se de situação existencial; se a realização da dignidade humana é mediata, visando, em primeiro plano, a efetivação da livre iniciativa, trata-se de situação patrimonial” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices*, cit., p. 24).

⁹ “De qualquer maneira que se queira ler a Constituição, não parece possível deixar de perceber que ela assenta sobre uma clara hierarquia de valores. Isto faz com que a atividade econômica, categoria do ter, deva ser instrumental à realização dos valores existenciais, a categoria do ser” (PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 522).

¹⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Planos privados de assistência à saúde e boa-fé objetiva: natureza do rol de doenças estabelecido pela Agência Nacional de Saúde para fins de cobertura contratual obrigatória. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, v. 23, jan.-mar. 2020, p. 182.

¹¹ “A atenção à saúde tem vital importância na empregabilidade de pessoal, na circulação de produtos industriais como medicamentos, equipamentos e materiais e ainda movimentar setores como o mercado publicitário e a formação de profissionais. Este cenário confere um duplo status aos planos e seguros de saúde. Na condição de um dos elementos que move o complexo industrial da saúde, eles são ao mesmo tempo mercadorias e *locus* de garantia de direitos assistenciais” (BAHIA, Lígia; SCHEFER, Mário. *Planos e seguros de saúde: o que todos devem saber sobre a assistência médica suplementar no Brasil*. São Paulo: UNESP, 2010, p. 20).

Essas circunstâncias atribuem particular importância a tais negócios. Não à toa, é justamente por conta da relevância constitucionalmente atribuída aos interesses pessoais e sociais tutelados nas relações jurídicas concernentes aos contratos de planos de saúde¹² que existe, tanto a nível legislativo, quanto a nível judicial e administrativo, enorme intervenção na elaboração e consecução dessas avenças,¹³ evidenciando-se o fenômeno do *dirigismo estatal*.¹⁴

Oportunamente, a saúde e os instrumentos jurídicos destinados à sua tutela nunca estiveram tão em voga. A máxima contida no dito popular segundo o qual deve vir a “saúde em primeiro lugar” ganhou reforço nos últimos anos, nos quais o maior desafio enfrentado em todo o planeta tem sido o combate a um vírus que fez convalescer a saúde de milhões de pessoas e ceifou a vida de outras tantas. Dentre as imensuráveis revoluções que causou no modo de viver de todos, a pandemia do vírus da SARS-CoV-2 (popularmente conhecido como “coronavírus” ou “vírus da COVID-19”) fez aumentar ainda mais a preocupação dos brasileiros com o atendimento nos serviços de saúde pública e de saúde privada (suplementar).

Nesse cenário, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) registrou que, em janeiro de 2021, atingiu-se a marca de 47.693.095 (quarenta e sete milhões, seiscentos e noventa e três mil e noventa e cinco) beneficiários vinculados a contratos de planos privados de assistência médica no Brasil. O número representou aumento de mais de 700.000 (setecentos mil) usuários em comparação com janeiro de 2020 – dois meses antes da decretação da pandemia de COVID-19 pela Organização Mundial da Saúde –, atingindo o maior contingente desde dezembro de 2016.¹⁵

A importância dos contratos de planos privados de assistência à saúde é notória: com base nos dados acima, conclui-se que cerca de um quarto dos brasileiros é cliente da saúde suplementar. Mais precisamente, comparando os números da ANS com dados populacionais

¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso e reajustes por faixa etária em planos de saúde contratados antes da sua vigência. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 68, jul.-ago. 2011.

¹³ “Resta evidenciado, portanto, que o interesse público está presente nas relações jurídicas privadas que cercam os planos e seguros privados de assistência à saúde, sendo que a intervenção ocorre na maioria das legislações, ora através de leis específicas que passam a regular este segmento, ora através de normas de direito do consumidor, que estabelecem condições gerais de contratação ou cláusulas consideradas abusivas. Evidencia-se, portanto, o dirigismo contratual que cerca os contratos firmados com as operadoras de saúde nos dias atuais, principalmente em decorrência da falência do Estado de Bem-Estar Social como observado pela maioria dos autores” (SILVA, José Luiz Toro da. *Manual de direito da saúde suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde*. São Paulo: M.A.Pontes, 2005, p. 29).

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Planos de saúde e contrato de prestação de serviços médico-hospitalares. *Revista dos Tribunais*, vol. 991, p. 337-366, mai. 2018; FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. São Paulo: Academia Brasileira de Direito; MP Ed., 2006, p. 34-35.

¹⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. *Planos de Saúde: setor registra maior número de beneficiários desde dezembro de 2016*. Brasília, 05 mar 2021.

recentes projetados pelo IBGE,¹⁶ pode-se afirmar que cerca de 22,5% dos brasileiros figuram como parte em pelo menos um contrato de assistência privada à saúde – percentual que, ademais, não inclui a parcela da população que integra a clientela dos planos ou seguros de saúde, mas, ainda assim, utiliza diretamente os serviços de estabelecimentos privados de assistência médica.

Segundo números da Federação Nacional de Saúde Suplementar – FENASAÚDE datados de dezembro de 2020,¹⁷ a esmagadora maioria desses beneficiários (67,7%) está atrelada a um plano de saúde “*coletivo empresarial*”, em que a cobertura contratual abrange grupo de pessoas com vínculo empregatício ou estatutário com uma determinada pessoa jurídica (art. 5º da RN nº 195/2009 da ANS). Logo depois vêm os tradicionais *planos individuais* ou *familiares* (19%), a que pessoas físicas podem aderir livremente, com ou sem grupo familiar, e sem a necessidade de vinculação a qualquer pessoa jurídica (art. 3º da RN nº 195/2009 da ANS). Por fim, aparecem os planos coletivos por adesão (13,3%), desenhados para contemplar usuários mantenedores de vínculo jurídico com determinadas entidades de caráter profissional, classista ou setorial (art. 9º da RN nº 195/2009 da ANS).

Em parte, essa distribuição dos usuários da saúde suplementar indica a preocupação das pessoas jurídicas empregadoras e do próprio Estado em assegurar a cobertura de assistência médica aos seus empregados, servidores e colaboradores em geral. Por certo, a garantia da saúde dos trabalhadores é mesmo de interesse dos que se beneficiam de sua força de trabalho, já que também significa, em certa medida, tutela de sua produtividade. Em contrapartida, interessa ainda mais ao trabalhador contar com planos de saúde a preços mais atrativos, máxime quando subvencionados ou custeados por seus empregadores, já que isso diminui para si o custo que eventualmente precisaria despende de forma individual com atendimentos médicos.¹⁸

Indo além, no entanto, pode-se afirmar que a predominância dos planos coletivos em detrimento daqueles individuais ou familiares tem outra explicação, estritamente ligada às distinções na regulação normativa de cada uma dessas modalidades. Por serem alvo de regulação mais intensa e restritiva das prerrogativas das operadoras de saúde¹⁹ – mormente em

¹⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Projeção da população*. Brasília, 10 jul 2021.

¹⁷ FEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – FENASAÚDE. *Estatísticas: beneficiários*. Rio de Janeiro, 10 set 2021.

¹⁸ Não à toa, segundo pesquisa encomendada pelo IESS e realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE) em 2017, na hora de escolher um emprego, 79% dos brasileiros consideram o oferecimento de plano de saúde um fator “muito importante” e 16% dos brasileiros consideram essa circunstância como “importante” (INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR – IESS. *Plano de saúde é decisivo na escolha do emprego*. São Paulo, 01 jun 2017).

¹⁹ BAHIA, Lígia; SCHEFER, Mário. *Planos e seguros de saúde*, cit., p. 20.

aspectos ligados à possibilidade de suspensão ou resilição unilateral, recontagem de carências e reajuste de mensalidades –, os planos individuais e familiares vêm tendo sua oferta reduzida pelas operadoras. Boa parte delas não comercializa mais serviços sob essa modalidade,²⁰ preservando principal ou exclusivamente contratos antigos celebrados antes desse fenômeno regulatório inaugurado a partir das garantias positivadas na Lei n. 9.656/1998.

Por sinal, as idas e vindas na regulação dos contratos de planos de saúde e as oscilações na interpretação conferida a essa normativa pelos estudiosos e julgadores são aspectos que tornam particularmente interessante o estudo do tema, inclusive com olhar voltado ao período anterior à vigência da Lei n. 9.656/1998 e dos atos normativos da ANS que hoje especificam as nuances do desenho pensado na Constituição para a saúde suplementar.

Com efeito, apesar da disseminação dos contratos de planos de saúde ser um fenômeno consolidado há décadas no Brasil,²¹ era parca a regulação da saúde suplementar antes da entrada em vigor da Constituição da República de 1988 e da Lei n. 9.656/1998. De acordo com Bottesini e Machado, desde o “Decreto Legislativo 46.782/1923, o governo brasileiro tem se empenhado em disciplinar a atividade previdenciária e de assistência médica, sempre tratando o assunto como política governamental”. Todavia, os mesmos autores ressaltam que apenas em 1966 surgiu norma instituindo expressamente a figura do “seguro-saúde” no país, através do Decreto-Lei 73/1966, cuja garantia consistia “no pagamento em dinheiro, efetuado pela Sociedade Seguradora, à pessoa física ou jurídica prestante da assistência médico-hospitalar ao segurado” (artigo 130), um dos “precursores” dos atuais planos de saúde, junto com as cooperativas médicas.²² Contudo, era baixa a densidade normativa do decreto-lei mencionado que, não à toa,

²⁰ VILELA, Danilo Vieira. A empresa como consumidora no contrato de plano de saúde coletivo. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*. Belo Horizonte, ano 13, n. 1, jan.-abr. 2016.

²¹ “A origem do setor de assistência supletiva à saúde no Brasil remonta aos anos 40 e 50, quando instituições e empresas do setor público e privado implantaram esquemas de assistência médico-hospitalar para seus servidores. Em 1944, foi criada a Caixa de Assistência dos Funcionários — CASSI —, do Banco do Brasil, e, em 1945, a assistência patronal aos funcionários do antigo Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários — IAPI, que mais tarde daria origem à GEAP — Fundação de Seguridade Social” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito. *Relatório Final da Comissão parlamentar de inquérito com a finalidade de investigar denúncias de irregularidades na prestação de serviços por empresas e instituições privadas de planos de saúde*. Disponível em: <https://bit.ly/CPIPlanosDeSaude>. Acesso em 18.04.2021, p. 19). Segundo Marco Antonio Barbosa de Freitas, o marco inaugural e incipiente da regulação da saúde suplementar no Brasil teria sido ainda mais cedo, na década de 1920, com o sistema de Previdência Social instituído pelo Decreto 4.683 de 1923, conhecido como “Lei Eloy Chaves”, que dentre outras prestações, contemplava o custeio de despesas médicas aos segurados das caixas de aposentadoria e pensões destinadas à assistência dos empregados das estradas de ferro do país (FREITAS, Marco Antonio Barbosa de. *Tutelas provisórias individuais nos contratos de plano de saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 26).

²² BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41 e 44-45.

previa por si só a necessidade de posterior regulamentação de seu texto no prazo de 120 dias (art. 149) – jamais concretizada.²³

Inovando no tema, a Constituição Federal de 1988 trouxe autorização expressa para a atuação da iniciativa privada na assistência à saúde, reconhecendo a relevância pública dos serviços de saúde, mesmo quando prestados por particulares (artigos 197 e 199). Todavia, em nível infraconstitucional, persistia a escassez de legislação específica para os contratos de saúde privada e, de modo geral, para o mercado de saúde suplementar, que seguia em franca expansão nos anos 80 e 90.²⁴ Nessa época, contribuíram para a multiplicação de litígios ligados à assistência médica privada a garantia constitucional da saúde como um direito de todos e dever do Estado (artigos 6º e 196 da CR/1988) e, paralelamente, a edição de normas que consolidaram mecanismos de tutela individual e coletiva de direitos dos beneficiários frente às operadoras, com especial destaque para o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990).

Entretanto, a ausência de normas específicas que ultrapassassem a generalidade ínsita ao Código Consumerista inspirava insegurança jurídica não só para as companhias que atuavam ou pretendiam operar na saúde privada, mas, de igual modo, para os segurados e os mais diversos profissionais que atuavam no setor, todos igualmente carentes de regulamentação detalhada sobre o tema.²⁵ Nesse cenário, a despeito dos desejos parcialmente conflitantes entre todos esses atores, “houve, na prática uma coalização de interesses em torno da necessidade de regulamentação do segmento de planos de saúde”.²⁶

Mesmo depois da edição de uma série de normas específicas, as controvérsias jurídicas que permeiam os planos privados de saúde ainda parecem longe de pacificação, apresentando,

²³ PASQUALOTTO, Adalberto. Regulamentação dos planos e seguros. In: MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Org.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 40.

²⁴ “Outros fatores históricos contribuíram para a formação do campo da saúde suplementar: a industrialização do país, a partir dos anos 1950, no governo de Juscelino Kubitschek, quando corporações estrangeiras que compunham o parque produtivo contrataram assistência privada para seus empregados; decretos do governo militar de 1964, que viabilizaram a contratação, pelo Estado, de empresas médicas e serviços privados de saúde; a recessão econômica dos anos 1980, a partir da crise do petróleo de 1978, que provocou a retração nos convênios mantidos entre o Estado e as empresas médicas, fazendo crescer a oferta direta de planos de saúde a indivíduos ou empresas; a própria Constituição Federal de 1988, que prevê a livre atuação da iniciativa privada na saúde, e, por fim, a reforma do aparelho administrativo do Estado, implementada nos anos 1990, que culminou na criação das agências reguladoras setoriais” (BAHIA, Lígia; SCHEFER, Mário. *Planos e seguros de saúde*, cit., p. 27-28).

²⁵ A falta de regulação minuciosa dos contratos de saúde privada era tida como tão crítica que o Estado de São Paulo chegou a editar a Lei Estadual nº 9.495 de 1997, para disciplinar a amplitude da cobertura prestada pelas operadoras e seguradoras. A norma “obriga[va] as empresas privadas que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação de serviços médico-hospitalares a garantirem atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde”. Tudo isso em que pese a flagrante inconstitucionalidade da lei por vício de competência – já que a disciplina dos contratos de assistência médica privada é matéria de direito civil e seguro, restrita à regulação privativa pela União, na forma do artigo 22, incisos I e VII da Constituição da República.

²⁶ BAHIA, Lígia; SCHEFER, Mário. *Planos e seguros de saúde*, cit., p. 30.

ao contrário, crescimento no número de litígio nos últimos anos.²⁷ Nas últimas décadas, tem-se observado considerável incremento no número de demandas envolvendo direta ou indiretamente contratos de planos de saúde, nas quais são postas em xeque não só a validade de cláusulas desses negócios jurídicos, mas, muitas vezes, também as próprias normas setoriais em que a elaboração de tais cláusulas é baseada. Há muito se tem notado a tendência do Judiciário brasileiro em prestigiar a tutela dos usuários individualmente considerados, com a já consolidada incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre a relação jurídica estabelecida entre estes e as seguradoras de saúde. Em boa parte das ocasiões, a nitidez da relação de hipossuficiência é lembrada para justificar não só a aplicação do estatuto consumerista, como para afastar a incidência de normas pensadas especificamente para os contratos de saúde privada e cláusulas expressas desses mesmos contratos, por vezes elaboradas a partir de determinações do ente regulador do setor.²⁸

Sobretudo nos últimos anos, as discussões sobre contratos de plano de saúde têm ganhado ainda mais notoriedade, principalmente nos tribunais superiores. Isso porque o fenômeno tem se verificado em processos nos quais se formam precedentes de observância obrigatória para as demais cortes. Destacam-se aqui os recursos especiais repetitivos, julgados pelo Superior Tribunal de Justiça segundo a sistemática dos artigos 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil.²⁹ Ao lado destes figuram os temas com repercussão geral reconhecida pelo

²⁷ Conforme dados coletados pelo INSPER e publicados em relatório do CNJ datado de 2019, o número de demandas judiciais versando sobre saúde privada tem aumentado de forma mais intensa do que o número de ações ligadas à saúde pública: “Nota-se, na Figura 59, a evolução da distribuição de processos judiciais para as modalidades de sistema público e saúde suplementar em primeira instância. Duas conclusões saltam aos olhos. Primeiro, a judicialização da saúde é crescente nos dois sistemas. Ainda que tenham experimentado uma leve queda no final dos anos 2000, observa-se uma elevação relevante e consistente ao longo da presente década. O segundo ponto a ser destacado é a maior relevância do setor privado, relevância esta também crescente ao longo do tempo. Há evidências, portanto, para contestar a visão predominante na literatura de forte dominância de demandas judiciais relativas ao sistema público” (AZEVEDO, Paulo Furquim et al. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. São Paulo: INSPER – Centro de Regulação e Democracia, Relatório de Pesquisa, Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 126). Com constatações semelhantes: TRETTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira; SCHEFFER, Mario César. Judicialização em planos de saúde coletivos: os efeitos da opção regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar nos conflitos entre consumidores e operadoras. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 19, n. 1, p. 166-187, mar.-jun. 2018.

²⁸ MARINHO, Maria Proença. Planos privados de assistência à saúde e a função social do contrato: um estudo de casos recentes. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. São Paulo: Foco, 2019, p. 232.

²⁹ Cite-se, exemplificativamente, os seguintes temas afetados ao rito dos recursos especiais repetitivos pelo STJ, apenas entre 2018 e 2021: 1) Tema Repetitivo 989, ProAfR no REsp 1680318/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 27/02/2018; 2) Tema Repetitivo 990, ProAfR no REsp 1712163/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 13/03/2018; 3) Tema Repetitivo 1016, ProAfR no REsp 1715798/RS, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 04/06/2019; 4) Tema Repetitivo 1032, ProAfR no REsp 1755866/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 15/10/2019; 5) Tema Repetitivo 1034, ProAfR no REsp 1829862/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 29/10/2019; 6) Tema Repetitivo 1045, ProAfR no REsp 1839703/SP, Rel. Ministro

Supremo Tribunal Federal, bem como as ações constitucionais naquela Corte Suprema, com formação de teses igualmente relevantes para guiar a atividade dos magistrados de todo o país em questões de ordem constitucional atreladas a conflitos sobre contratos de planos de saúde.³⁰ Além das demandas em voga nos tribunais superiores, a solução de casos multitudinários atinentes a contratos de planos de saúde é realidade difundida nas instâncias ordinárias, registrando-se incidentes de resolução de demandas repetitivas e incidentes de assunção de competência admitidos para tratar de aspectos dessas avenças.³¹ Em alguns desses casos, a profundidade dos debates tem proporcionado o aporte não só de argumentos tradicionalmente acolhidos pelos juízes singulares e tribunais em prol de maior tutela dos beneficiários face às operadoras, mas também de abordagens que dão ênfase à necessidade de sustentabilidade econômica do setor de saúde suplementar, tutelando os interesses das operadoras de saúde e de outros atores imbricados na lógica daquele nicho de mercado.

De fato, a interpretação de todo arcabouço de normas específicas e gerais que incidem sobre contratos de planos de saúde tem sido objeto de grandes embates, principalmente em processos judiciais que colocam em lados opostos os beneficiários dos planos e as operadoras ou seguradoras de saúde – sem falar, ainda, nos litígios envolvendo terceiros, como

Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 18/02/2020; 7) Tema Repetitivo 1047, ProAfR no REsp 1856311/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 17/03/2020; 8) Tema Repetitivo 1067, ProAfR no REsp 1822420/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 29/09/2020; 9) Tema Repetitivo 1069, ProAfR no REsp 1872321/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 06/10/2020; e 10) Tema Repetitivo 1082, ProAfR no REsp 1846123/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 02/03/2021. Os dez recursos repetitivos afetados no intervalo temporal acima descrito foram resultado de mais de uma dezena de “controvérsias” instauradas entre 2017 e 2021 na forma do Regimento Interno do STJ (arts. 256 e 256-E), por meio da admissão de “recursos especiais representativos” para possível afetação dos temas acima e de tantos outros ligados a planos de saúde ao rito dos recursos especiais repetitivos (Controvérsias nºs 01, 80, 88, 127, 132, 144, 157, 169, 177, 182, 186, 189, 201, 211, 213, 227 e 228). Os dados sobre afetação de recursos repetitivos e indicação de recursos como representativos de controvérsias podem ser acessados no sítio eletrônico do STJ: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/. Acesso em 09.07.2021.

³⁰ Vide, por exemplo, os seguintes temas com repercussão geral admitida pelo STF, julgados ou pendentes de julgamento, discutindo aspectos ligados aos contratos de plano de saúde: 1) Tema 123, RE 948634, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2020; 2) Tema 345, RE 597064, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018; 3) Tema 381, RE 630852-RG, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 07/04/2011; 4) Tema 1033, RE 666094-RG, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2019; 5) ADI 5965, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/12/2019; 6) ADI 5756-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, distribuída em 14/08/2017.

³¹ À guisa de exemplo, mencione-se: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, instaurado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que fixou tese com parâmetros de validade para o reajuste por mudança de faixa etária aos 59 anos em contratos coletivos de plano de saúde empresarial ou por adesão (TJSP, IRDR 0043940-25-2017.8.26.0000, Rel. Des. Grava Brazil, Turma Especial de Direito Privado 1, julgado em 08/11/2018); além do Incidente de Assunção de Competência instaurado no Tribunal de Justiça de Pernambuco e o IRDR instaurado no Tribunal de Justiça da Paraíba que discutem, em linhas gerais, a obrigatoriedade de cobertura, pelas operadoras de planos de saúde, de tratamentos multidisciplinares para beneficiários portadores de Transtorno do Espectro Autista (V., a propósito, os acórdãos de admissão dos incidentes: TJPE, IAC 0018952-81.2019.8.17.9000, Rel. Des. José Fernandes de Lemos, Seção Cível, julgamento em 28/11/2019; e TJPB, IRDR 0000856-43.2018.8.15.0000, Rel. Des. Maria de Fátima Cavalcanti, Pleno, julgamento em 23/10/2019).

empregadores e outras pessoas jurídicas que figuram como estipulantes dos contratos de planos coletivos, instituições e órgãos de tutela coletiva, o Estado e a agência reguladora do setor.

Entretanto, por trás dessa aparente dualidade que confronta sobretudo os interesses de beneficiários e operadoras de planos de saúde, esconde-se um sem-número de complexidades que decorrem de particularidades dos contratos de saúde privada. Mais do que isso: a lente maniqueísta que não raro se vê posta sobre os dilemas da saúde suplementar acaba ignorando toda lógica de inserção desses contratos no desenho constitucionalmente pensado para o conjunto das ações de saúde levadas a cabo pelo Estado e pela iniciativa privada, em lógica de complementaridade.³²

Diante disso, a situação-problema que se pretende enfrentar neste estudo consiste na necessidade de apresentar uma alternativa à aparentemente excessiva simplificação das abordagens empregadas na solução de conflitos que enlaçam os mais diversos atores dos contratos de planos de saúde, enquanto integrantes de relações que se sobrepõem de forma complexa.³³

O problema reside, portanto, na dificuldade em escolher métodos capazes de conciliar os avanços e a pluralidade de fontes normativas que asseguram a difusão e a manutenção de contratos de saúde privada e de operadoras de saúde que hoje permitem o acesso a tratamentos de saúde para milhões de brasileiros, sem que, de outra parte, sejam lançados fora os relevantíssimos aprimoramentos que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a jurisprudência e a doutrina brasileiras proporcionaram à tutela dos usuários dos planos com o passar dos anos.³⁴

³² “Em que pese o fato de os princípios que orientam a produção normativa do direito de saúde suplementar cuidarem de interesses antagônicos e, não raro, diametralmente opostos, estes refletem os anseios e expectativas de segmentos sociais que compõem um ambiente de trocas comerciais – o mercado de assistência privada à saúde – no qual é impossível conceber a sobrevivência de um de seus elementos subjetivos sem o outro” (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*, cit. p. 41).

³³ “Destarte, conclui-se alinhar que essas relações jurídicas de assistência médica e saúde suplementar enquanto sistema, processo e instituição são hipercomplexas, considerando os elementos polifacéticos que mantêm estruturalmente. Podem ser indicados como elementos: os sujeitos da relação; os tipos de serviços colocados nesse mercado; o caráter de larga duração dos contratos; o grupo de contratos conexos para a consecução dos serviços; o acervo jurídico que rege a matéria; as instituições que regulam, deliberam, julgam e decidem acerca dos destinos do sistema” (MARTINS, Fernando Rodrigues. *A saúde privada suplementar como sistema jurídico hipercomplexo e a proteção à confiança*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, nov-dez. 2018).

³⁴ “É de se observar que esse cenário de incidência de diplomas legais estruturalmente diferentes para contratos com objetos idênticos termina por favorecer uma instabilidade, repercutindo em diversos princípios e direitos do sistema jurídico, a exemplo da isonomia, equilíbrio, boa-fé, harmonização de interesses e promoção do desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a exigir uma hermenêutica que corrija ou mitigue tais distorções. Para tanto, impõe-se a análise de cada um desses princípios e das características dos dois diplomas legais mencionados, Código de Defesa do Consumidor e Lei dos Planos de Saúde, tarefa que se passa a empreender, inicialmente pela compreensão dos relevantes princípios envolvidos na relação negocial estabelecida entre usuários e operadoras de planos de saúde” (MELO, Cristiana Fontes; MOUTINHO, Luiz Mário; GOUVEIA, Lúcio Grassi. *A integração judicial das regras gerais do Código de Defesa do Consumidor pela Lei dos Planos de*

Esta situação evidencia a necessidade de acomodar pontos de vistas e interesses antagônicos e aparentemente inconciliáveis que se veem veiculados nas demandas sobre contratos de assistência privada à saúde.³⁵ Justifica-se, deste modo, a busca por método de interpretação da normativa dos contratos de planos de saúde nos casos concretos, de maneira a promover o equilíbrio e a harmonização de interesses almejados pela regulação especial do setor, pelas normas consumeristas e, em suma, por toda ordem constitucional. Tal método, por sua vez, deve pugnar pela consideração de todos os valores e princípios do ordenamento que precisam ser levados em conta para a formação das normas específicas dos casos concretos, em perspectiva capaz de ter em mente o “*big picture*” da questão e o possível impacto social de cada uma das soluções individuais e coletivas sobre o tema.

Como registra a máxima aristotélica, “a virtude deve ter o atributo de visar ao meio-termo”.³⁶ E a ordem constitucional brasileira de 1988, como é notório, pautou-se justamente por esse espírito compromissório. Contudo, os litígios de contratos de planos de saúde, como tantas outras matérias envolvendo consumidores e outros contratantes vulneráveis, parecem carentes de soluções capazes de atingir um “meio-termo” que possa levar ao equilíbrio dos relevantes interesses envolvidos, com base em parâmetros que não desbordem dos definidos pelo ordenamento.

Para fazer uso da metáfora ecológica de Norberto Bobbio a respeito da complexidade das fontes normativas, o problema que se pretende investigar não se restringe à consideração de algumas normas jurídicas específicas (*árvores*) invocadas com frequência em casos que versam sobre seguros de saúde. Ao contrário, intenta-se visão ampla que considere as principais normas atinentes ao tema, inseridas em um complexo e unitário ordenamento (*floresta*).³⁷

Nesse cenário, o presente estudo tenciona examinar algumas das principais linhas de abordagem invocadas para apresentar soluções de casos concretos no que tange às controvérsias em torno da normativa aplicável aos contratos de planos privados de assistência à saúde.

Saúde: uma análise à luz dos fundamentos e princípios constitucionais e da Política Nacional das Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 122, p. 307-341, mar-abr. 2019).

³⁵ “No caso dos planos de saúde, o custo dos serviços precisa ser distribuído entre os beneficiários, haja vista a natureza empresarial das operadoras. O grande desafio do setor, por conseguinte, é encontrar um ponto de equilíbrio entre custo e qualidade dos serviços, assegurando os direitos dos usuários e simultaneamente mantendo a higidez econômico-financeira indispensável à realização da sua finalidade social” (PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; DAHINTEN, Bernardo Franke. *Ob.cit.*, p. 3).

³⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. In: *Os Pensadores*, vol. II. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, Livro II, n. 6.

³⁷ “Repetimos que a norma jurídica era a única perspectiva através da qual o Direito era estudado, e que o ordenamento jurídico era no máximo o conjunto de normas, mas não um objeto autônomo de estudo, com seus problemas particulares e diversos. Para nos exprimirmos com uma metáfora, considerava-se a árvore, mas não a floresta” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1995, p. 20).

A dissertação buscará investigar vertentes hermenêuticas empregadas – ou, ao menos, *invocadas* – para solução de casos envolvendo contratos de planos de assistência privada à saúde, em face dos instrumentos normativos do ordenamento brasileiro. A ideia é contextualizar essas vertentes no cenário atual, sem prejuízo de digressões acerca do modo como a conformação dos referidos contratos foi se consolidando ao longo do tempo por meio do desenvolvimento da regulação setorial,³⁸ da prática jurisprudencial e de análise doutrinária, bem como diante dos princípios que orientam o direito civil contemporâneo.

De início, serão abordados aspectos e elementos desses contratos em seus perfis estrutural e funcional, reciprocamente considerados a partir de algumas das principais normas que sobre eles possuem incidência direta, com destaque para a já mencionada regulação do tema pela Constituição da República, pela Lei dos Planos Privados de Assistência à Saúde e por atos normativos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, bem como pelo Código de Defesa do Consumidor.

Após isso, serão sucintamente apresentadas duas vertentes hermenêuticas frequentemente invocadas nas soluções casuísticas de litígios envolvendo os contratos de saúde privada, em sede jurisprudencial e doutrinária, que aparentemente ilustram algumas das nuances do maniqueísmo no tratamento do tema, sem prejuízo das relevantes contribuições que também agregam ao debate. Cuida-se aqui da(s) chamada(s) teoria(s) ou doutrina(s) do *diálogo das fontes* e de concepções ligadas ao *consequencialismo* ou *pragmatismo* jurídicos, aportadas pela doutrina nacional – as quais, a toda evidência, também vem encontrando, cada uma à sua maneira, eco na jurisprudência pátria.

Sem jamais ter o intuito de aportar análises exaustivas sobre os pressupostos teóricos dessas correntes de pensamento, pretende-se, sucintamente, expor o modo como cada uma delas tem sido invocada para responder questões jurídicas relacionadas aos contratos de planos de saúde. De um lado, a chamada teoria do diálogo das fontes, pregando a prevalência dos ditames do Código de Proteção e Defesa do Consumidor sobre outras leis e demais atos normativos

³⁸ Bem de ver que o termo “regulação” é munido de uma série de sentidos, que não se pretende discutir de forma aprofundada no presente trabalho. Em geral, a referência a esse vocábulo será utilizada tanto para referir a uma noção geral de regulação como *intervenção estatal* de forma ampla, quanto à própria *legislação* de uma matéria ou setor. A propósito, confira-se a lição de Marcos Juruena Villela Souto: “Desde logo, quanto à amplitude do conceito, aparecem-nos três concepções de regulação: (a) em sentido amplo, é toda a forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo)” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências reguladoras*. *Revista De Direito Administrativo*, v. 216, abr.-1999. p. 128).

específicos da saúde suplementar, com vistas a promover interpretação mais favorável aos (consumidores) clientes dos planos de saúde nos casos concretos. De outro lado, o consequencialismo, por vezes corporificado em asserções sobre a relação entre Direito e Economia, que não raro é invocado para subsidiar interpretações mais benéficas às operadoras de saúde privada.

A essas linhas de pensamento que, consciente ou inconscientemente, têm sido contrapostas na doutrina e, sobretudo, nos litígios judiciais sobre planos de saúde, o estudo pretende apresentar, como alternativa, a abordagem da metodologia *civil-constitucional*. Novamente, sem a busca de releitura exaustiva das premissas metodológicas basilares dessa escola, tenciona-se trazer demonstrativo de como estas poderiam ser ou não compatibilizadas com as principais premissas das vertentes hermenêuticas acima mencionadas, no que tange à busca por respostas calcadas em análises de merecimento de tutela³⁹ equilibradas e integralmente respaldadas pelo ordenamento para demandas ligadas a contratos de planos de saúde. Tudo isso, repita-se, sem desabonar os influxos positivos que cada uma das outras abordagens previamente mencionadas é capaz de oferecer para as soluções no tema.

Com essas finalidades, a pesquisa realizada tem natureza eminentemente bibliográfica, principalmente nas doutrinas de direito civil, direito do consumidor, direito regulatório e análise econômica do direito nacionais e estrangeiras. Além disso, uma vez que se deseja que o trabalho final mantenha estreita aproximação com a prática da resolução de *casos* nos principais temas ligados aos planos privados de saúde, tornam-se igualmente relevantes o estudo de casos concretos e a análise de jurisprudência, notadamente no que tange às manifestações mais atuais dos tribunais superiores brasileiros sobre matérias correlatas ao objeto da investigação.

³⁹ Foge do escopo desta investigação uma digressão minuciosa sobre o conteúdo preciso da expressão “merecimento de tutela”, que vem sendo consagrada pela doutrina civilista brasileira. No que tange às análises realizadas em conflitos envolvendo os contratos de planos de saúde, e no presente estudo, a expressão remete tanto à análise de merecimento de tutela *em sentido amplo*, referente a qualquer tipo de controle valorativo de atos de autonomia privada com base no ordenamento, quanto ao merecimento de tutela *em sentido estrito*, identificado na ponderação realizada quando se verifica a colisão de interesses ou princípios que encontram guarida no ordenamento e que não é passível de solução por meio de avaliação que se limite aos planos de controle da ilicitude em sentido estrito ou do abuso de direito. Como será exposto, parece-nos que a definição das normas dos casos concretos nos embates que envolvem contratos de plano de saúde efetivamente transborda de uma análise de qualificação contratual ou tipificação em normas predefinidas. Ao revés, mais parece que o problema consiste, principalmente, na difícil missão de avaliar abstrata e concretamente atos de autonomia privada ligados a esses contratos – que, no mais das vezes, terão amparo sob o viés da licitude em uma ou mais normas do ordenamento, amplificando a dificuldade em encontrar soluções exatas e tornando ainda mais relevantes as metodologias empregadas na justificação das decisões sobre o tema. Para uma análise mais aprofundada acerca do conceito de merecimento de tutela, confira-se: SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.) *Direito civil*, vol. 2. Coleção Direito UERJ 80 Anos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 73-106.

Em suma, pretende-se investigar enfoques distintos sobre a atividade de interpretação-aplicação do direito às lides acerca de contratos de planos de saúde. Nessa investigação, sem prejuízo da consideração dos influxos de outras vertentes, será adotada como marco teórico a própria metodologia civil-constitucional – que, embora não seja desconhecida dos estudiosos e operadores do direito civil, pode ser trazida como possível alternativa para equacionar problemas específicos das relações jurídicas dos contratos de saúde privada, por meio de consideração ampla e coesa da integralidade de normas incidentes sobre essas mesmas relações na atualidade.

Partindo desses pressupostos, para os fins do presente trabalho, pretende-se investigar e apresentar primordialmente os seguintes tópicos:

I) As principais noções, elementos e princípios específicos dos contratos de planos de saúde em perspectiva estrutural e funcional, incluindo sua caracterização enquanto espécie *sui generis* de contrato de seguro na forma da legislação;

II) A influência do desenho e do regramento constitucionais para atuação da iniciativa privada na assistência à saúde sobre a consecução dos contratos de planos de saúde e sobre a configuração das relações complexas mantidas entre os atores da saúde suplementar no Brasil, bem como os mais destacados princípios e regras previstos na Constituição especificamente nessa seara;

III) A influência histórica do CDC enquanto mecanismo normativo de solução de litígios envolvendo os contratos de assistência privada à saúde e a identificação dos principais dispositivos do diploma consumerista empregados na resolução desses mesmos litígios;

IV) Os principais aspectos da conformação específica dos contratos de planos de saúde com base na Lei n. 9.656/1998 (Lei dos Planos de Assistência Privada à Saúde) e na atuação normativa dos órgãos de regulação (Agência Nacional de Saúde Suplementar e Conselho Nacional de Saúde Suplementar), com enfoque nos principais mecanismos, limites, cláusulas e regras estabelecidos enquanto parâmetros de controle valorativo nas relações jurídicas inerentes a esses ajustes;

V) A invocação da doutrina do diálogo das fontes – e de suas premissas –, enquanto vertente hermenêutica empregada pelos estudiosos e aplicadores do direito na análise de contendas envolvendo contratos de planos de saúde no Brasil, com ênfase para investigação do acolhimento de tal vertente pela jurisprudência em decisões sobre o tema;

VI) A invocação do consequencialismo jurídico – e de suas premissas –, enquanto vertente hermenêutica empregada pelos estudiosos e aplicadores do direito na análise de

contendas envolvendo contratos de planos de saúde no Brasil, com ênfase para investigação do acolhimento de tal vertente pela jurisprudência em decisões sobre o tema;

VII) As premissas hermenêuticas básicas da metodologia civil-constitucional, bem como sua eventual (in)compatibilidade com as premissas das demais correntes analisadas, enquanto vertentes hermenêuticas para melhor resolução de conflitos acerca de contratos de planos de saúde;

A partir desses pontos de partida e ao final da investigação proposta, espera-se oferecer contribuição útil para o aprimoramento da aplicação do complexo arcabouço normativo incidente sobre os contratos de planos privados de assistência à saúde, bem como para compreensão dos perfis estrutural e funcional de tais contratos e, principalmente, para a melhoria das soluções dos litígios cada vez mais frequentes nessa seara.

1. CONTRATOS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE: NOÇÕES GERAIS E PANORAMA NORMATIVO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Como visto, a atuação da iniciativa privada no setor de saúde não é uma novidade no Brasil. Há décadas, diversas companhias exploram esse ramo de atuação, que tem se mostrado atraente para um número considerável de usuários. No entanto, por muito tempo controverteu-se acerca da natureza jurídica (ou, mais tecnicamente, da *qualificação*) dos contratos de planos de assistência privada à saúde, sobretudo antes da vinda da Lei n. 9.656/1998 que trouxe o conceito legal desse tipo contratual – e mesmo após o advento dessa norma, antes da alteração legislativa que promoveu o fim da distinção legal entre planos e seguros de saúde.

A definição da natureza desses negócios ou de seu enquadramento em tipos contratuais novos ou preexistentes parece importar menos do que a análise em concreto das soluções normativas aplicáveis a cada uma de suas nuances. Apesar disso, a digressão sobre os elementos caracterizadores dos contratos de planos de saúde – ainda que possua maior relevância teórica – é útil para lançar luz sobre aspectos que auxiliarão na compreensão de sua qualificação e na identificação de premissas desses contratos que precisam ser consideradas pelos juristas na hora de definir as normas dos casos concretos nos diversos embates sobre a matéria.⁴⁰

Partindo dessa convicção, passa-se a analisar algumas noções atreladas aos contratos de planos de saúde em perspectiva estrutural e funcional, contemplando aspectos gerais desse tipo contratual e conceitos que se mostram fundamentais para sua compreensão sistemática dentro da estrutura do setor de saúde suplementar. Notadamente, nos próximos itens, serão analisadas as noções de *bilateralidade*, *patrimonialidade* de tais contratos, bem como sua *natureza securitária* e a importância das noções de *mutualismo*, *solidariedade* e *função social* para sua consecução.

Após a análise desses caracteres que permeiam os contratos de planos de saúde, serão apresentados aspectos dos principais estatutos normativos cuja incidência é invocada sobre tais contratos segundo o ordenamento jurídico brasileiro – imprescindíveis para a correta compreensão das noções acima destacadas. Nesse particular, serão levadas em conta, sobretudo, a regulação da Constituição da República acerca da atuação da iniciativa privada na assistência

⁴⁰ “O segundo aspecto que a qualificação contratual evoca no âmbito do direito civil é não mais decidir se o contrato produzirá ou não efeitos, mas quais efeitos ele irá produzir. Passa-se da avaliação binária entre ser ou não o contrato merecedor de tutela para a avaliação de qual a tutela de que ele será merecedor, isto é, entre as diversas normas oferecidas pelo ordenamento, quais normas lhe serão aplicáveis. Aqui o intérprete se depara com uma característica da forma de enunciação normativa do direito contratual: os ‘tipos’” (KONDER, Carlos Nelson de Paula. Qualificação e coligação contratual. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 4 (2018), nº 1, p. 364).

à saúde, a conformação dessas convenções com base na Lei 9.656/1998 e, ainda, a relevante incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor sobre esses ajustes negociais.

1.1. Estrutura e função dos contratos de planos de assistência privada à saúde: bilateralidade, patrimonialidade, natureza securitária, mutualismo e função social

Consoante definição legal (art. 1º, inciso I, da Lei n. 9.656/1998), o contrato de plano privado de assistência à saúde tem por objeto típico a prestação continuada de serviços de gestão de acesso a assistência médica, hospitalar ou odontológica por meio de profissionais ou estabelecimentos próprios, credenciados, contratados ou referenciados pela operadora do plano, que os remunera integral ou parcialmente por conta e ordem do beneficiário contratante, em modalidade conhecida como *plano de saúde* – em sentido estrito. Do mesmo modo, pode caracterizar-se pela prestação de cobertura de custos assistenciais igualmente ligados a serviços de assistência médica, hospitalar ou odontológica, em que a cobertura contratual será operacionalizada via reembolso do usuário pelas despesas de saúde, em modalidade popularmente conhecida como *seguro saúde* ou *seguro de saúde*.⁴¹ Em ambos os casos, a lei caracteriza o negócio como contrato por prazo indeterminado, vedando o estabelecimento de limite financeiro prévio para a cobertura, pouco importando para tanto se o valor da contraprestação será previa ou posteriormente estabelecido. Na esteira da definição legal, a referida convenção é assim conceituada em sede doutrinária:

Podemos conceituar o contrato de plano privado de assistência à saúde como o pacto celebrado entre a entidade e o beneficiário, no qual este se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária e periódica, ao passo que aquele se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus financeiro, tão-somente, nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente cobertas.⁴²

⁴¹ Sobre as distinções entre as duas modalidades contempladas pelo tipo contratual *plano de assistência privada à saúde* (“plano de saúde” e “seguro saúde”), confira-se sucinta explicação constante de acórdão recente do Superior Tribunal de Justiça: “Ao contrário do contrato de plano de saúde, em que há a disponibilização de uma rede de atendimento médico, contando com laboratórios, clínicas, profissionais, dentre outros, no seguro saúde, o segurado fica livre para escolher o profissional ou a instituição médica que desejar, devendo, posteriormente, solicitar o reembolso das despesas médicas realizadas. Assim, embora os dois contratos tenham o mesmo objetivo, isto é, o de fornecer assistência médico-hospitalar, é da natureza do contrato de seguro saúde que o segurado arque com os custos relativos aos serviços médicos prestados, para ser reembolsado em outro momento pela seguradora, inexistindo qualquer abusividade nesse procedimento, diferente do que ocorre com o plano de saúde, em que não se exige o desembolso de valores pelo segurado no momento do atendimento” (STJ, REsp 1895009/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 01/12/2020).

⁴² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Ob. cit., p. 183.

Digna de nota a posição de Maria Stella Gregori, que insere como elemento integrante do próprio conceito de contrato de plano ou seguro privado saúde a sua caracterização como *contrato de consumo*.⁴³ Essa classificação apriorística parece contrariar entendimento que vem se consolidando na jurisprudência, quanto à existência de contratos de planos de saúde que não se submetem aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, precisamente porque não consubstanciariam relações (contratuais) de consumo na forma do próprio Código. Ilustrativa do entendimento é a Súmula n. 608, editada pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça:⁴⁴⁻⁴⁵ “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, *salvo os administrados por entidades de autogestão*”.⁴⁶

⁴³ “Como já se teve a oportunidade de abordar, a relação contratual de consumo do segmento de assistência à saúde se forma quando se encontrar, em um dos polos, uma pessoa jurídica que oferece prestação de serviços de assistência à saúde e, no outro, se encontrar um ou mais consumidores, e o objeto dessa relação for a prestação de um serviço de assistência à saúde. A prestação de assistência à saúde firmada entre fornecedor e consumidor se dá por meio de um contrato, denominado contrato de plano ou seguro-saúde” (GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, cit., p. 144). Por transparência, sublinhe-se que a obra em que é manifestado tal posicionamento foi editada antes da Súmula n. 608 do STJ, conquanto àquela época já fosse constatada a relevância da discussão e a existência de orientações em ambos os sentidos. Em texto mais recente, a mesma autora parece ter anuído com a exceção feita pelo STJ, ainda que afirme que a orientação da Corte “reforça a jurisprudência brasileira e corrobora nossa opinião de que os contratos de planos de saúde estão submetidos à égide do Código de Defesa do Consumidor, com exceção apenas para os oferecidos pelas operadoras na modalidade de autogestão” (Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 108, n. 1004, p. 123-143, jun. 2019).

⁴⁴ STJ, Súmula 608, 2ª Seção, julgamento em 11/04/2018.

⁴⁵ “O entendimento atual prevalente no âmbito do STJ parece mais adequado a atender as particularidades próprias das entidades de autogestão, as quais se caracterizam por agentes econômicos com perfil completamente distinto dos demais operadores de plano de saúde, especialmente porque não visam o lucro e oferecem planos de saúde a rol restrito de associados. Sob tal perspectiva, importante ressaltar que referidas entidades – oriundas, em regra, de órgãos de classe e de outros setores da sociedade civil organizada – desempenham, frequentemente, papel exemplar na gestão dos recursos que lhe são confiados e no atendimento dos interesses de seus associados, emergindo como importante alternativa à crescente mercantilização do setor” (LACERDA, Maurício Andere von Bruck. Ob. cit., p. 1571-1572). O autor registra, ainda, que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é igualmente excepcionada pelos tribunais brasileiros quando o que se discute em juízo é o conteúdo do contrato celebrado entre a operadora do plano de saúde e a pessoa jurídica que figura como estipulante do plano contratado em benefício de seus colaboradores (p. 1573). Nesse limiar, adotando orientação semelhante no que tange à relação entre operadora e estipulante do plano, com reconhecimento da incidência excepcional do CDC para contratos coletivos com menos de trinta beneficiários, v. STJ, REsp 1830065/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/11/2020; e STJ, AgRg no REsp 1541849/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/10/2015.

⁴⁶ Em obra anterior à edição da Súmula n. 608 do STJ, Aurisvaldo Melo Sampaio se opunha frontalmente ao afastamento da incidência do CDC às relações contratuais inerentes aos planos de saúde na modalidade de autogestão. Na visão do autor, não seriam suficientes para descaracterizar a relação de consumo argumentos como a ausência de profissionalidade ou de prática de “atividade-fim” ou “atividade típica” de operadora, a delimitação do público contemplado, a falta de oferecimento de serviços ao mercado como um todo, nem mesmo o caráter não lucrativo das entidades de autogestão e a eventual possibilidade de participação dos beneficiários nos processos decisórios e órgãos deliberativos das instituições. Cf., no ponto: SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 255-260.

Sem lhes impor a pecha de serem sempre e necessariamente “contratos de consumo”, Leonardo Vizeu Figueiredo aponta como “características” dos contratos de planos de assistência privada à saúde as seguintes notas: *bilateralidade, trato sucessivo, prazo indeterminado, onerosidade, comutatividade, adesão e aleatoriedade*.⁴⁷ Todavia, considera-se, inicialmente, contraditória a menção concomitante da comutatividade e da aleatoriedade como traços caracterizadores desses ajustes, ainda que se possa relevar e mitigar a referência à *álea* contratual como concepção que, atualmente, não se contrapõe, de modo algum, ao caráter sinalagmático da contratação⁴⁸ – como, aliás, se verá adiante.

Sem perder de vista as considerações acima, acredita-se que merecem particular destaque no estudo sobre contratos de planos de saúde ora empreendido as noções de *bilateralidade, patrimonialidade, mutualismo* e, ainda, as noções de *natureza securitária* e de *função social do contrato*, as quais serão abordadas adiante, de forma interligada.

A começar pelo traço da *bilateralidade*, é preciso lembrar uma aparente obviedade: apesar da intensa regulação de suas particularidades pela legislação, o contrato de plano de saúde é, antes de tudo, um *contrato* celebrado por sujeitos de direitos.⁴⁹ Com a afirmação quer-se frisar que a avença se insere na categoria dos *negócios jurídicos* e, mais precisamente, dos *contratos*, segundo a ordem jurídica e a doutrina civilista.⁵⁰ Sem a pretensão de adentrar nas distinções acerca dos variados tipos de *atos jurídicos*, a assertiva quer significar que, por meio dos contratos de plano de saúde, as partes contratantes realizam ajustes, em confluência de vontades, com intuito de produzir efeitos jurídicos diversos. Enquanto negócios jurídicos, esses

⁴⁷ Ob. cit., p. 184.

⁴⁸ Sobre a compreensão do sinalagma como um nexo funcional entre as contraprestações do contrato, qualitativamente mais específico do que a mera reciprocidade entre elas, cf., em perspectiva civil-constitucional, a fundamental lição de BODIN DE MORAES, Maria Celina. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 309, jan-mar. 1990, p. 40; e, na doutrina mais recente, também o estudo sobre a bilateralidade contratual empreendido por SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 78, jun-2017, item 3. Sobre o caráter sinalagmático dos contratos de seguro em geral, cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 505.

⁴⁹ “Isso porque a relação jurídica entre a operadora de mercado e o consumidor nasce exatamente com a celebração de um contrato de direito privado específico: o contrato de plano ou seguro-saúde. No direito contratual de saúde suplementar, não há espaço para ampla autonomia de vontades, sendo esta mitigada pelos requisitos legais mínimos estipulados em lei, que cuidam de garantir que o plano ou seguro de saúde cumpram sua função social” (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Ob. cit., p. 49).

⁵⁰ “Por negócio jurídico deve-se entender a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes. [...] No contrato, por exemplo, espécie mais importante no gênero negócio jurídico, os efeitos são os que as partes lhe conferem, no exercício de sua autonomia, desde que conforme à lei, à ordem pública e aos bons costumes” (AMARAL, Francisco. *Introdução*, cit., §XI, n. 1).

ajustes tencionam resultar em fenômenos de criação, modificação ou extinção de *situações jurídicas*⁵¹ correlatas às previsões contratuais.⁵²

Como todo contrato, no que tange à sua formação, os contratos de plano de saúde possuem natureza de *negócio jurídico bilateral*, eis que, como dito, dependem da convergência de pelo menos duas manifestações de vontade (de partes distintas) para sua celebração.⁵³ Também no que toca aos seus efeitos, tais contratos podem igualmente ser enquadrados como contratos *bilaterais* ou *sinalagmáticos*. A classificação congrega aqueles contratos em que se verifica a existência do chamado *sinalagma*, termo que remete tradicionalmente à ideia de que existe correlação direta e reciprocidade entre as obrigações e prestações que cabem a cada um dos contratantes. Opõem-se a tal noção os contratos tradicionalmente rotulados como *unilaterais*, em que tal correlação (sinalagma) não se faz presente.⁵⁴

⁵¹ “Os efeitos por excelência dos fatos jurídicos na ordem civil consistem nas situações jurídicas subjetivas. Em outras palavras, de todo fato jurídico concreto, situado no mundo do *ser*, resulta um efeito jurídico, conceito abstrato que integra o universo do *dever ser*. Tais efeitos, enquadráveis em categorias distintas estrutural e funcionalmente, podem ser reunidos sob a designação genérica de *situações jurídicas subjetivas*. Pouco importa se o conteúdo dessas situações foi previsto pelos próprios agentes que participaram do ato (no exercício de sua autonomia negocial) ou se resulta, em vez disso, da lei (como ocorre nos atos jurídicos *stricto sensu*, nos atos-fatos jurídicos e nos atos ilícitos): a situação subjetiva será sempre a repercussão jurídica do fato concreto, em consonância com o que enunciava o adágio romano – *ex facto oritur ius*” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, v. 4, n. 1, 8 ago. 2015, p. 1).

⁵² “Aqui é que se situa a noção estrita de *contrato*. É um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o *consentimento*; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o *contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos*. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico (nº 82, *supra*, vol. I), podemos definir contrato como o ‘acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos’” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 7).

⁵³ “O contrato é a expressão maior dos negócios jurídicos bilaterais. Todo contrato é negócio bilateral, mas a recíproca não é válida. No contrato há sempre duas ou mais declarações de vontade, com conteúdos diversos, que se harmonizam ou se conciliam mutuamente, ajustando-se uma à outra, como as diversas partes de um mesmo objeto, pois se dirigem à produção de um resultado jurídico unitário, embora tendo para cada um dos declarantes, ou grupo de declarantes, significações distintas e, até de certo modo, antagônicas. Destarte, sob o ângulo da formação, é um despautério se cogitar de contratos unilaterais” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 235).

⁵⁴ Acerca do tópico, confira-se a lição de TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson e BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 145-146: “Tradicionalmente, é comum recorrer à definição simplista, que por isso mesmo deve ser evitada, no sentido de que os contratos unilaterais gerariam obrigações para apenas uma das partes, enquanto os contratos bilaterais gerariam obrigações para ambas as partes. A tal distinção pode-se objetar que, em qualquer contrato, haverá deveres para ambas as partes, em razão da complexidade das situações jurídicas subjetivas e de recíprocos deveres imputados às partes em todo e qualquer negócio, oriundos, por exemplo, da boa-fé objetiva. [...] Por tal circunstância, mostra-se mais consentâneo com o sistema considerar como bilaterais os contratos em que há nexo de reciprocidade entre as obrigações de ambas as partes, criando vínculo funcional entre as prestações correspectivas. A esse nexo denomina-se sinalagma, e por isso os contratos bilaterais são referidos como *sinalagmáticos*, com significativas repercussões jurídicas, como a possibilidade de o credor vítima de inadimplemento reter sua própria prestação (exceção de contrato não cumprido) e resolver o contrato (cláusula resolutiva tácita)”.

Nos contratos de planos de saúde individuais, a característica de ajuste contratual bilateral quanto à formação e aos efeitos dos contratos é intuitivamente verificável. De um lado, coloca-se o *centro de interesses*⁵⁵ de que é titular a operadora do plano de saúde, com as obrigações e direitos que lhe cabem, ao passo que, no outro polo, coloca-se o centro de interesses da pessoa física beneficiária da cobertura assistencial, igualmente atrelado às obrigações e direitos inerentes à situação jurídica de que é titular em razão do contrato.

Perspectiva semelhante pode ser extraída dos contratos de planos de saúde em modalidade de contratação via grupo familiar. Também aqui se opõem, essencialmente, dois *centros de interesses*: o da operadora do plano e o do grupo familiar contratante da cobertura contratual. Afinal, ainda que estruturalmente um dos centros de interesses da relação esteja referenciado a mais de um indivíduo, funcionalmente e na prática, o conteúdo da situação jurídica revela que a condensação de todos os sujeitos cotitulares da situação e do centro de interesses como se fossem uma única parte se mostra potencialmente mais adequada ao atingimento dos fins por eles perseguidos naquela relação contratual específica.⁵⁶

Nesse particular, chamam atenção os contratos coletivos (*lato sensu*) de planos de saúde, que incluem os já mencionados contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos *por adesão* e coletivos *empresariais*, tipificados em norma infralegal editada pela ANS (artigos 5º e 9º da Resolução Normativa nº 195/2009), com base em autorizativo constante também da Lei 9.656/1998 (artigos 16, inciso VII, alíneas “b” e “c”). Usualmente, nesses arranjos ocorre a celebração de um contrato entre uma pessoa jurídica, chamada de *estipulante*, e uma operadora de planos de saúde, para que a última ofereça cobertura assistencial a indivíduos que mantêm alguma espécie de vínculo direto ou indireto com a entidade estipulante, notadamente, de natureza empregatícia, estatutária ou classista.⁵⁷ O contrato “coletivo”⁵⁸ que efetivamente é celebrado entre a estipulante e a operadora do plano servirá como um contrato “guarda-chuva”

⁵⁵ “Esclarecido que o sujeito não é parte imanente da situação subjetiva e que esta última constitui um interesse – ou um centro de interesses mais ou menos complexo –, deve ser ainda especificado em que sentido um sujeito é titular desta situação. A titularidade é a ligação entre situação e sujeito” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 108).

⁵⁶ *Ibid.*, p. 112.

⁵⁷ GOMES, Josiane Araújo. *Lei dos planos de saúde*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 224-225.

⁵⁸ Explica-se o uso de aspas ao falar-se em contrato “coletivo” para referência ao ajuste celebrado diretamente entre a operadora do plano e a pessoa jurídica que tenciona contratá-la para garantir assistência à população vinculada a si: a bem da verdade, há apenas duas partes nesse contrato, que nada – ou quase nada – tem de “coletivo”, ao menos no que tange à sua formação, tipicamente bilateral, ainda que seus efeitos, ao contrário, possam e pretendam se espalhar no seio de outros tantos contratos posteriormente celebrados em decorrência daquele ajuste bilateral. Não se pretende, contudo, abandonar o uso da expressão – que será grafada vez ou outra –, já que se encontra consagrada pela normativa setorial e pela praxe e, no mais, bem serve para explicitar as finalidades coletivas precípuas da rede contratual que se estabelece a partir daquela contratação singular.

que abrangerá uma multiplicidade de outros contratos, celebrados por cada uma das pessoas físicas que pretendam obter a cobertura assistencial propiciada em razão do ajuste feito entre estipulante e operadora.

Cuida-se aqui de arranjo estrutural que, segundo autorizada doutrina, pode ser qualificado como verdadeira *estipulação em favor de terceiro*.⁵⁹ Nele, a pessoa jurídica estipulante cria, a partir de tal contrato, obrigações para a operadora contratada e que beneficiarão terceiros que integrem o respectivo público vinculado consigo e contemplado pela estipulação. A estipulação em favor de terceiro é exceção expressamente prevista pelo próprio Código Civil ao clássico princípio da relatividade dos contratos, que prima pela restrição dos efeitos das previsões contratuais às partes que efetivamente celebraram o negócio.⁶⁰

Em que pese a estrutura complexa criada em tais arranjos, não se desfaz a característica da bilateralidade, seja quanto à formação (negócio bilateral), seja quanto à correspectividade de efeitos (sinalagma) dos ajustes contratuais que deles decorrem. Na prática, os beneficiários do plano coletivo são efetivamente *terceiros*, que não são partes do contrato firmado exclusivamente entre a entidade estipulante, em nome próprio, e a operadora do plano. Sem prejuízo disso, são materialmente beneficiados pelo instrumento contratual, podendo exigir a seu favor o cumprimento de uma série de obrigações⁶¹ em face da operadora ou mesmo da estipulante – *v.g.*, sua inclusão ou de seus dependentes no plano coletivo oferecido. Sob outra perspectiva, os beneficiários do plano coletivo celebrarão contratos separados, em que estes e a operadora do respectivo plano serão as partes, não figurando como tal a estipulante da avença coletiva – situada como mera intermediária em tal relação contratual. Assim se dá ainda que, com o perdão da repetição, a própria celebração desses contratos entre segurados e operadora tenha base fundamental no pacto feito entre a última e a estipulante – o qual poderá, igualmente, vir a surtir efeitos sob os pactos particularmente celebrados por cada um dos beneficiários.

Seguindo adiante, ao lado da bilateralidade, a *patrimonialidade* ou *economicidade* é outra característica tradicionalmente apontada pela doutrina civilista como traço dos contratos

⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson e BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3, cit., p. 204.

⁶⁰ Atualmente, contudo, além das exceções expressamente contempladas em lei à relatividade contratual, pensadas principalmente para o benefício de terceiros especificamente ligados a contratos de que não participaram, tal princípio vem sendo relativizado por conta dos influxos de interesses sociais e externos sobre a dinâmica da celebração dos contratos. O fenômeno ocorre precipuamente por conta de exigências coerentes com a tábua axiológica constitucional, como a dignidade humana, a boa-fé objetiva, o solidarismo e o desempenho de função social por todo e qualquer contrato. Sobre o tema, *v.* KONDER, Nelson de Paula Konder. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, mar. 2019, p. 92; e, ainda, NEVES, José Roberto de Castro. *Contratos I*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 24-25.

⁶¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 146-147.

em geral.⁶² Significa dizer que, sob essa perspectiva, os objetos dos contratos consistem em prestações com valor economicamente aferível ou, ao menos, implicitamente admitido, nos casos em que a estimativa exata de seu valor pecuniário se mostre tortuosa ou impossível de ser aferida *prima facie*.⁶³

Por assim ser, poderia parecer desnecessário reafirmar que, também para os contratos de planos de saúde, a nota da patrimonialidade se faz presente e inafastável. Afinal, parte-se do pressuposto de que a classificação dessas avenças como *contratos* não é alvo de contestações relevantes e que, por sua vez, atribui-se intrinsecamente à figura do contrato a ideia de realização jurídica de operações econômicas.⁶⁴

Todavia, especificamente em relação aos contratos de plano de saúde, a patrimonialidade de suas prestações é traço que se precisa ressaltar, a fim de confrontar concepções no sentido de que o *direito à vida* ou o *direito à saúde* titularizados por seus beneficiários – e, literalmente, por “*todos*”, na esteira dos artigos 5º e 196 da Constituição – comporiam o *objeto* das prestações dos contratos de assistência privada, ou ainda, de que integram tal objeto as próprias noções (científicas ou metafísicas) de “saúde” ou “vida”. Afinal, ainda que tais interesses existenciais estejam em mira quando da celebração dos contratos pelos segurados, é certo que jamais poderiam compor o objeto patrimonial dessas avenças.⁶⁵⁻⁶⁶

⁶² RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 2. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 21.

⁶⁴ É essa a clássica lição de ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7-8: “As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, direta ou imediatamente – para a ideia de operação econômica”. Semelhantemente, associando a celebração de contratos diretamente ao funcionamento do mercado: SACCO, Rodolfo; NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Tomo I. Torino: UTET Giuridica, 2005, p. 19-20.

⁶⁵ “A definição legal é reveladora da natureza jurídica dos negócios firmados com as operadoras de planos privados de assistência à saúde: trata-se de contrato de prestação de serviço. É contrato porque sua prestação é dotada de patrimonialidade, ou seja, é destinada a conferir ao credor utilidade estimável economicamente na vida de relação, a fim de satisfazer interesse apreciável ou não pecuniariamente. Significa dizer que, embora o particular, ao celebrar o contrato com a operadora, tenha em mira a proteção à sua saúde – interesse eminentemente existencial –, o objeto da relação não se desnatura, e conserva a sua patrimonialidade. Com efeito, o fato de se cuidar de relação contratual, a atrair a disciplina própria dessa espécie de negócio, não afasta, evidentemente, eventual impacto que o peculiar interesse envolvido possa causar no concreto regulamento” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Planos privados de assistência à saúde e boa-fé objetiva, cit., p. 181-182). Na sequência, a autora consigna não se pode admitir a afirmação de que seria “objeto do contrato a saúde humana” (Ibid., p. 183). Na mesma linha: “A esse respeito, relembre-se a lição de Tepedino referida acima, no sentido de que o objeto do contrato de plano privado de assistência à saúde não é a saúde do consumidor – como muitas vezes afirmam os tribunais –, mas sim a gestão de custos que possibilitará o atendimento médico, sendo impositiva a observância dos termos e limites contratados, salvo em hipótese de real abusividade” (MARINHO, Maria Proença. Planos privados de assistência à saúde e a função social do contrato, cit., p. 242).

⁶⁶ Aparentemente em sentido contrário: “De outra parte, o contrato que estabelece o vínculo entre as empresas assistenciais e os beneficiários é do tipo existencial, o que significa que o seu objeto não é uma mera prestação de serviços material monetarizada, mas lida diretamente com o bem mais preciso da existência humana, que é a saúde” (PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; DAHINTEN, Bernardo Franke. Reflexões sobre os impactos

Acerca disso, vislumbrando a saúde e a integridade psicofísica enquanto direitos (fundamentais) da personalidade ou atributos intrinsecamente ligados à dignidade humana,⁶⁷ concebê-las, noutra visão, como bens passíveis de negociação ou “prestação” em contrato – instituto tipicamente patrimonial – parece contrastar com a natureza existencial de tais interesses e com as notas de indisponibilidade frequentemente atribuídas a essas noções.⁶⁸

Em direção parecida caminha o artigo 13 do Código Civil, que contempla a regra geral de vedação a atos de disposição do próprio corpo. Ainda que tal norma seja objeto de críticas e deva ser interpretada *cum grano salis* – tal como a vedação à limitação voluntária do exercício dos direitos da personalidade prevista no artigo 11 do Código Civil –, parece mesmo difícil compatibilizar a proteção à saúde pelo ordenamento com sua caracterização como objeto (prestação) contratual.

De fato, não se desconhece a insuficiência da disciplina do Código Civil e de sua técnica legislativa eminentemente regulamentar nessa matéria, que mais parece ensaiar uma lista taxativa de direitos da personalidade ligados à dignidade humana, sob a equivocada premissa de que isso bastaria à proteção jurídica desses interesses. Como adverte Maria Celina Bodin de Moraes, a disciplina do Código se vale da tradicional estrutura dos direitos subjetivos, concebida tradicionalmente para a lógica dos interesses patrimoniais, com a adição de algumas notas excepcionais, incapazes de contemplar as particularidades dos direitos da personalidade.⁶⁹

jurídicos da pandemia da COVID-19 sobre os planos de saúde no Brasil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJJB*, ano 7, nº 4, 2021, p. 2).

⁶⁷ Como explica Anderson Schreiber, as diferentes terminologias utilizadas para referência aos direitos da personalidade têm pouca relevância no que tange ao reconhecimento da proteção dada pelo ordenamento a tais figuras: “A ampla variedade de termos não deve gerar confusões. Todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão *direitos humanos* é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. *Direitos fundamentais*, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar ‘direitos positivados numa constituição de um determinado Estado’. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão *direitos da personalidade* é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional” (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13).

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar 2001, n. 2.

⁶⁹ “Como já foi salientado em doutrina, a tutela da personalidade, para ser eficaz, não pode ser fracionada em diversas *fattispecie* fechadas, como se fossem hipóteses autônomas não comunicáveis entre si. Tal tutela deve ser concebida de forma unitária, dado o seu fundamento que é a unidade do valor da dignidade da pessoa. É facilmente constatável que a personalidade humana não se realiza através de um esquema fixo de situação jurídica subjetiva – o direito subjetivo –, mas sim por meio de uma complexidade de situações subjetivas, que podem se apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo ou como autoridade parental, interesse legítimo, faculdade, estado – enfim, qualquer acontecimento ou circunstância (*rectius*, situação) juridicamente relevante. O direito subjetivo, concebido para titularizar as relações patrimoniais, não se adapta perfeitamente à categoria do ‘ser’, âmbito das relações extrapatrimoniais, onde não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam

Da mesma forma, não se desconsidera que, ao longo do tempo, algumas divisões clássicas do direito civil foram sendo relativizadas, modificadas ou até mesmo suprimidas e que segue sendo alvo de constantes questionamentos a divisão estanque entre as situações jurídicas ou interesses patrimoniais e existenciais, sem prejuízo do reconhecimento da necessidade de prioridade dos primeiros em relação aos últimos.⁷⁰ Mesmo no âmbito do direito dos contratos, em que é mais frequente a realização direta de interesses patrimoniais, há quem fale em “contratos existenciais”, destacando-se, no tema, a célebre posição de Antônio Junqueira de Azevedo.⁷¹

Atualmente, adota-se como premissa a possibilidade de que algumas situações apresentem perfis funcionais com contornos exclusivamente patrimoniais, exclusivamente existenciais ou, ainda, *dúplices*, conforme sua aptidão a tutelar concretamente os interesses de uma ordem e (ou) outra. Nessa direção, confira-se a explicação de Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder:

A separação entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais é de todo relevante, por ser definidora do regime jurídico aplicável. Tal classificação – que não chega a ser dicotômica, mas complementar, sob a análise sistêmica do ordenamento jurídico – faz-se sob o aspecto funcional, por ser esta a perspectiva que, metodologicamente, melhor atende aos ditames propostos pelo Direito Civil-Constitucional, embora as situações possam ser qualificadas a partir de perfis diversos, o que provoca o risco de, nem sempre, conduzir ao mesmo resultado. [...] Constata-se que inúmeras hipóteses da vida concreta, a partir do diálogo fato e norma, estão em uma zona de obscuridade, de modo a dificultar a classificação em existenciais ou patrimoniais. Por isso, faz-se essencial a busca da funcionalidade concreta e casuística que exerce naquele recorte fático: se realiza direta e imediatamente a dignidade humana por meio do livre desenvolvimento da personalidade, trata-se de situação existencial; se a realização da dignidade humana é mediata, visando, em primeiro plano, a efetivação da livre iniciativa, trata-se de situação patrimonial.⁷²

a pessoa humana. Esta problemática transposição vem ocorrendo mediante a atribuição de uma série de características excepcionais aos direitos subjetivos comuns – necessariedade, vitaliciedade, extrapatrimonialidade, inalienabilidade, indisponibilidade, inexpropriabilidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade –, mas que, mesmo assim, não estão aptas a garantir uma valoração apropriada do merecimento de tutela dos interesses em jogo, especialmente por continuarem a revestir, no âmbito civilista, uma ótica de proteção essencialmente repressivo-ressarcitória” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010).

⁷⁰ CASTRO, Julia Ribeiro de; SOUSA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, n. 2.

⁷¹ “Justamente, estou propugnando por uma nova dicotomia contratual – contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do séc. XXI – porque essas duas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. [...] Ora, as pessoas naturais não são ‘descartáveis’ e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas” (Entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 34. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun. 2008, p. 304).

⁷² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: continuando o debate sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: Ana Carolina Brochado

De igual modo, tal como não aparenta ser correto afirmar que o objeto dos contratos de planos de saúde é efetivamente a *saúde* humana, tampouco parece adequado ligar umbilicalmente o objeto de tais avenças a *doenças*. Bem-vistas as coisas, não só em termos linguísticos, mas também em análise lógica e prática, parece despida de sentido a concepção de que os contratos de planos de saúde oferecem a cobertura de “doenças”. Aliás, sequer parecem acertadas as afirmações corriqueiras no sentido de que, na elaboração desses contratos, as operadoras de saúde privada não poderiam limitar os tratamentos cobertos, mas apenas poderiam “escolher” ou “estabelecer” as doenças que serão cobertas – para as quais haveriam de ser disponibilizados quaisquer tratamentos prescritos aos beneficiários.⁷³ Isso porque, segundo a regulação de tais contratos, em todos eles há cobertura obrigatória de tratamentos para todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde (artigo 10 da Lei n. 9.656/1998), sendo praticamente impossível restringir as “doenças cobertas”, já que essa classificação internacional aspira abranger todas as doenças efetivamente reconhecidas pela comunidade científica. Em suma, não parece possível atrelar o objeto dos contratos de planos de saúde à saúde ou à(s) doença(s) humanas.⁷⁴ Mesmo porque, partindo desse pressuposto, restaria extremamente difícil admitir qualquer tipo de condicionamento e margem de escolha nos contornos do objeto contratual, caso este fosse ligado a qualquer desses dois conceitos contemplados em perspectiva biomédica.

Nessa linha, conquanto se admita a vocação dos contratos de planos de saúde para realização (mediata) de interesses existenciais dos beneficiários, ligados à preservação de sua

Teixeira; Renata de Lima Rodrigues (Org.). *Contratos, famílias e sucessões: diálogos interdisciplinares*. 1ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 158-159.

⁷³ Confronte-se, nesse mister, orientação consolidada do Superior Tribunal de Justiça: “A operadora de plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não podem limitar o tipo de tratamento a ser utilizado pelo paciente. Dessa forma, sendo fato incontroverso a cobertura securitária para a enfermidade em questão, inviável a insurgência da recorrente pretendendo limitar o tipo de tratamento a que deve se submeter o paciente” (STJ, AgInt no REsp 1826536/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 31/05/2021).

⁷⁴ Em sentido contrário: “Vale sublinhar, nesse sentido, 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, contrate abrangência igualmente menor de cobertura do plano, o que deve ser respeitado. Não quer isso dizer, e esse é o ponto fundamental, que às partes seja lícito estipular as cláusulas limitativas que bem entenderem. Essas cláusulas não podem chegar ao ponto de esvaziar o próprio objeto da avença, comprometendo a utilidade do ajuste. Por isso que, uma vez coberta a doença, não se admitem limitações no seu tratamento, sob pena de, em última análise, não ser a doença o verdadeiro objeto do contrato, mas apenas serviços limitados, tais como alguns dias de internação, algumas sessões de quimioterapia, intervenções cirúrgicas específicas e restritas etc.” (OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 101, set-out. 2015).

integridade psicofísica, é inviável fechar os olhos para o fato de que se trata aqui de contratos que têm prestações de cunho eminentemente patrimonial, cujo valor é aferível em pecúnia. Como já se disse, de um lado, tem-se o pagamento do prêmio (mensalidade) pelo beneficiário, ao passo que cabe à operadora o custeio ou a gestão de custos de serviços de assistência à saúde, enquanto administradora de fundo comum.⁷⁵ Tais prestações ostentam nítido perfil patrimonial, em que pese a relevância do contrato para a tutela mediata – e certamente não desimportante – de interesses existenciais ligados à dignidade humana, como a vida e a saúde (integridade psicofísica) do segurado.

Ademais, a própria definição legal do tipo contratual de “plano privado de assistência à saúde” indica que as operadoras são verdadeiras gestoras de recursos que, ao fim e ao cabo, não lhes pertencem integralmente, tendo em vista que prestam seus serviços por meio de “reembolso ou pagamento direto ao prestador, *por conta e ordem do consumidor*”⁷⁶

Por fim, o caráter patrimonial dos contratos de plano de saúde é reforçado pela ótica mercadológica inerente ao funcionamento do sistema de saúde suplementar. Nessa linha, Leonardo Vizeu Figueiredo elenca dentre os “princípios de direito de saúde suplementar” o que denomina de “princípio da defesa do mercado”, ao lado de outros dois princípios setoriais (“princípio da defesa do consumidor” e “efetiva tutela da saúde”). Em obra especializada sobre o tema, o autor define da seguinte forma o mencionado princípio:

As normas de direito de saúde suplementar devem primar pela manutenção da higidez econômico-financeira do mercado, bem como pela preservação dos agentes econômicos que nele operam. [...] Por óbvio, se as normas de direito de saúde suplementar diminuïrem de forma não razoável a margem de lucro dos operadores do mercado, tornando a atividade pouco atrativa, as empresas tendem a fechar, seja por quebra ou por livre iniciativa, para investirem em setores econômicos mais rentáveis, fato que gerará gritantes prejuïzos ao consumidor, que, forçosamente, terá de se socorrer na rede pública de saúde.⁷⁷

⁷⁵ ROCHA, Luiz Carlos da. *O direito à saúde e o sistema suplementar*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 56.

⁷⁶ Tal circunstância, inclusive, gera impacto sobre a tributação da própria atividade econômica desempenhada pelas operadoras. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que as operações das companhias de saúde privada em geral se dividem em “duas etapas”, a saber: “a contratação e recebimento pela empresa dos valores contratados pelo beneficiário do plano de saúde”; e “a efetivação da prestação de serviços propriamente ditos na ocorrência de sinistro, valores recebidos pelos profissionais da saúde, hospitais e laboratórios”. Por conta disso, a Corte Constitucional concluiu ser “ilegítima a incidência do ISSQN sobre o total das mensalidades pagas pelo titular do plano de saúde à empresa gestora, pois, em relação aos serviços prestados pelos profissionais credenciados, há a incidência do tributo”. Calcada nessas premissas, firmou-se tese com repercussão geral no sentido de que “as operadoras de planos de saúde e de seguro-saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88”, com a ressalva de que deve ser “a base de cálculo do ISSQN incidente tão somente sobre a comissão, vale dizer: a receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que é repassado para os terceiros prestadores dos serviços” (STF, RE 651703/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Pleno, julgado em 29/09/2016). V., ainda, STF, EDcl no RE 651703/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Pleno, julgado em 28/02/2019.

⁷⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*, cit., p. 38.

Aliás, a lógica mercadológica reconhecida no setor de saúde suplementar muito diz com a estruturação das operadoras e seguradoras de saúde,⁷⁸ que precisam ostentar pujantes garantias financeiras e preencher uma série de requisitos econômico-atuariais e de profissionalização para que possam atuar nesse ramo. Assim o é, a bem de se ver, em todo o e qualquer segmento securitário.

Nesse prisma, é de se reconhecer que, a par da tipificação legal específica, o perfil estrutural dos contratos de planos de saúde os assemelha aos contratos de seguro tradicionais. Por certo, parece possível identificar nos contratos de saúde privada a presença dos elementos previstos pelo artigo 757 do Código Civil para caracterização da contratação securitária,⁷⁹ a saber: a garantia de “interesse legítimo” (cobertura ou custeio de serviços de saúde) do segurado (beneficiário do plano) a que se obriga o segurador (operadora do plano), mediante o pagamento de “prêmio” (mensalidade), e que poderá ser invocada “contra riscos predeterminados”.⁸⁰ Sob essa perspectiva, parece prevalecer na doutrina especializada a orientação de que a relação contratual mantida entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários é mesmo de *natureza securitária*.⁸¹

Em sede jurisprudencial são encontrados precedentes que afirmam a natureza *sui generis* dos contratos de planos de saúde, como modalidade especial de contrato de seguro.⁸² O entendimento serviu como um dos fundamentos à tese firmada pelo STJ no âmbito do Tema Repetitivo n. 610, segundo a qual “na vigência dos contratos de plano ou de seguro de

⁷⁸ TERRA, Sergio Machado; REIS, Mateus de Moraes. A ponderação judicial nos litígios coletivos sobre saúde suplementar: exame da cobertura dos procedimentos de internação domiciliar (*home care*). *Revista do Advogado*, v. 146, 2020, p. 164.

⁷⁹ RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Notas sobre o contrato de seguro no Código Civil de 2002. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 274.

⁸⁰ “Nesse passo, o contrato de assistência privada à saúde consiste em negócio jurídico de prestação de serviços, por prazo indeterminado, de nítida natureza securitária – haja vista que somente são exigidos, pelos beneficiários, caso venham a necessitar de algum exame/tratamento médico, ou seja, dependem de evento aleatório –, por meio do qual, em face do pagamento de prestação mensal pelo cliente/beneficiário, a operadora se obriga a garantir o tratamento da saúde daquele, sempre que necessário” (GOMES, Josiane Araújo. Plano de saúde: cobertura de tratamento experimental e fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados à luz da jurisprudência do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 28, n. 124, jul.-ago. 2019).

⁸¹ SILVA, José Luiz Toro da. *Manual de direito da saúde suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde*. São Paulo: M.A.Pontes, 2005, p. 83; PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; DAHINTEN, Bernardo Franke. Ob. cit., p. 8.

⁸² Exemplificativamente.: “A Segunda Seção deste Tribunal Superior, quando do julgamento do REsp nº 1.360.969/RS e do REsp nº 1.361.182/RS, submetidos ao rito dos recursos repetitivos, consagrou o entendimento de que não incide a prescrição anual, própria das relações securitárias (arts. 178, §6º, II, do CC/1916 e 206, § 1º, II, do CC/2002), nas ações que discutem direitos oriundos de planos de saúde ou de seguros saúde, dada a natureza *sui generis* desses contratos” (STJ, AgInt no AREsp 986.708/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/4/2017). Replicando o entendimento: AgInt no AREsp 1029462/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 12/03/2019.

assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, §3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002”.

Registrando-se que o fundamento principal do *decisum* supracitado foi o – correto – reconhecimento do perfil restitutório da pretensão sob comento,⁸³ extrai-se do voto do relator Min. Marco Buzzi, argumento que fora acolhido pelo voto condutor do acórdão, de redação do Min. Marco Aurélio Bellizze, para afastar a incidência do prazo prescricional anual incidente sobre a pretensão do segurado contra o segurador, nos termos do art. 206, §1º, inciso II do Código Civil:

Doutrina abalizada considera que os planos privados de assistência à saúde apresentam natureza jurídica *sui generis* (diferenciada), à luz de sua marcante dimensão social, sobressaindo, como objeto contratual, a execução de uma obrigação de fazer consistente na prestação de serviços voltados a garantir a preservação da saúde do usuário/segurado (cuja vulnerabilidade é nítida) e não o mero pagamento de indenização securitária pelo implemento do risco contratado [...]. Assim, ainda que se trate de contrato de seguro saúde (o que não é o caso dos autos), afigura-se impositivo o afastamento da regra prescricional anual (artigos 206, § 1º, inciso II, do Código Civil de 2002 e 178, § 6º, inciso II, do Código Civil de 1916) e a observância da prescrição ordinária (artigos 205 do Código Civil de 2002 e 177 do Código Civil de 1916), máxime quando o autor pretende seja declarada abusiva a cláusula de reajuste do contrato de plano de saúde, com o consequente reembolso dos valores indevidamente pagos, e não o pagamento da indenização securitária contratada⁸⁴

Nessa direção, não faltam posicionamentos nos mais diversos tribunais alinhando os contratos firmados no âmbito da saúde suplementar às relações securitárias, inclusive no âmbito do STF.⁸⁵

Em particular, a *predeterminação dos riscos* traduz fator típico das relações securitárias que se revela extremamente relevante nos contratos de planos de saúde⁸⁶ e, por isso, não escapa

⁸³ Para brevíssima digressão sobre essa e outras controvérsias submetidas ao crivo do STJ em matéria de prescrição de pretensões ligadas a contratos de planos de saúde, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia; OLIVEIRA E SILVA, Lucas de Castro. Prazo para cobrança de reembolso de plano de saúde deve ser de três anos. *Revista Consultor Jurídico*, 19 novembro 2019. Em adição, acerca dos regimes e perfis das obrigações no ordenamento civil brasileiro, confira-se, SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, n. 1.2.2 e SILVA, Rodrigo da Guia. Prazo prescricional da pretensão de repetição de indébito: um diálogo necessário entre pagamento indevido e enriquecimento sem causa. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019.

⁸⁴ STJ, REsp 1360969/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/08/2016.

⁸⁵ Dentre outros, v. STF, ADI 4701/PE, Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2014; E STF, ADI 3207/PE, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2018; STF, ADI 4818/ES, Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 14/02/2020.

⁸⁶ “O objeto principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes a futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso, no caso de seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros de pré-pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam

à detalhada regulação legal e infralegal do setor. Ante à proibição legal de fixação de “limite financeiro” aos custos de saúde do segurado, que consta da conceituação do tipo contratual prevista no art. 1º, inciso I da Lei n. 9.656/1998,⁸⁷ a determinação prévia dos riscos garantidos em razão do contrato se dá por meio da delimitação dos tratamentos, eventos e doenças contemplados pela cobertura contratual – por força de lei e, enfim, do próprio contrato.

Por sinal, ressalte-se que a previsibilidade legal e contratual da extensão das coberturas é fator cuja importância vai além da previsão da correlação de riscos na relação entre a operadora e o cliente contratante do plano. Nesse pormenor, vale destacar que para que possa operar o instituto do *ressarcimento ao SUS* pelos planos de saúde, previsto no artigo 32 da Lei n. 9.656/1998, exige-se que quaisquer procedimentos realizados pelo SUS em favor de beneficiário da operadora cobrada estejam “previstos nos respectivos contratos”,⁸⁸ caso contrário, não será cabível o ressarcimento do erário pelo atendimento prestado.

Nestes termos, a predeterminação dos riscos garantidos é estabelecida principalmente por meio da chamada “cobertura assistencial”, nos termos empregados pelo art. 10 da Lei n. 9.656/1998. Em combinação com o art. 12 da mesma lei – que trata das variadas segmentações dos contratos de planos de saúde – o dispositivo institui o chamado “plano-referência de assistência à saúde”, que, consoante seu §2º, deve ser oferecido “obrigatoriamente” pelas pessoas jurídicas que “comercializam” planos privados de assistência à saúde – sem prejuízo da oferta de coberturas adicionais. Tal plano-referência prevê, como “exigências mínimas”, a cobertura de tratamentos para as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, elaborada pela Organização Mundial da Saúde. Por sua vez, os incisos do art. 10 preveem exceções a essas exigências mínimas, que, frequentemente, figuram como hipóteses excluídas da cobertura assistencial dos contratos de

os consumidores que contratam com estas empresas” (MARQUES, Cláudia Lima. Conflitos de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde. In: *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 124-125).

⁸⁷ Com esteio nessa regra, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “é abusiva a cláusula contratual de seguro de saúde que estabelece limitação de valor para o custeio de despesas com tratamento clínico, cirúrgico e de internação hospitalar” (STJ, REsp 735.750/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 14/02/2012).

⁸⁸ “Logo, o serviço que não está ‘previsto no contrato’ não pode ser objeto de ressarcimento. A correta aplicação do mecanismo pressupõe a definição de quais os casos estão sujeitos ao ressarcimento. O próprio voto do Ministro Marco Aurélio na ADI 1931 (ocorrido em 7 de fevereiro de 2018) mencionou que a responsabilidade das operadoras de planos de saúde não é absoluta, mas vinculada aos termos contratuais firmados com os seus segurados, ou seja, nos limites de cobertura contratados” (RENAULT, Felipe Kertesz; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Ressarcimento ao SUS e saúde suplementar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 120).

planos de saúde. Semelhantemente, o §3º do art. 10 exclui da obrigatoriedade de oferecimento do plano-referência as operadoras de planos exclusivamente odontológicos e de autogestão.⁸⁹

Realmente, a definição do espectro de cobertura é verdadeiramente essencial para os contratos de plano de saúde e, em linhas gerais, para todo contrato securitário. Nesses contratos, verifica-se a constituição de um *fundo mutual* pela soma das contribuições dos segurados ou usuários. E os recursos desse fundo, que será gerido pela seguradora ou operadora, suportarão financeiramente os custos das coberturas dos serviços, indenizações, reembolsos etc. Além disso, tais recursos serão empregados para sustentar demais gastos operacionais da atividade empresarial e os resultados positivos (lucros) almejados pelos acionistas das companhias de saúde privada. Não à toa, a precificação das mensalidades e prêmios é composta por complexos cálculos atuariais e estatísticos, visando a traçar previsões sustentáveis das somas necessárias para que o fundo mutual possa fazer frente aos *riscos* cobertos e a todas essas finalidades.⁹⁰

Realmente, a noção de *mutualismo* ou *mutualidade* se faz essencial para o arranjo das redes de contratos de planos de saúde.⁹¹ Como explica Silvio Rodrigues, a mutualidade é imanente à lógica dos seguros. Por meio dela, é operacionalizada a socialização e pulverização dos prejuízos com os riscos cobertos entre todos os segurados, diminuindo custos e atenuando os impactos suportados por cada um deles.⁹² Nas palavras de Pedro Alvim,

⁸⁹ Consoante lecionam Lígia Bahia e Mário Scheffer, as entidades de autogestão não possuem fins lucrativos e se caracterizam pela gestão de plano de saúde voltado à assistência de indivíduos com algum vínculo (empregatício, estatutário, associativo etc.) consigo ou com outra entidade conexas. Tais entidades administram planos de saúde voltados a esse público ou contratam planos junto a operadoras de saúde – quase sempre subsidiando parcial ou totalmente as mensalidades dos segurados. São também chamadas “empresas com planos próprios” ou “entidades paralelas (caixas de assistência, entidades de previdência fechada, sindicatos e associações)” (BAHIA, Lígia; SCHEFFER, Mário. *Planos e seguros de saúde*, cit., p. 82-83).

⁹⁰ Como explica Sérgio Cavalieri Filho, por meio da operação típica do mutualismo “um grupo de pessoas expostas aos mesmos riscos forma um fundo capaz de cobrir os prejuízos que possam vir a sofrer. A toda evidência, a contribuição de cada um para esse fundo será proporcional à gravidade do risco a que está exposto. É possível prever, através de dados estatísticos e cálculos atuariais, o número de sinistros que poderão ocorrer dentro de um determinado período, os gastos que terão que ser feitos e a contribuição de cada um” (CAVALIERI FILHO. *Programa de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 264). Na mesma linha: ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 60.

⁹¹ “Configuram-se redes de contratos quando cada contrato tem sucessivamente por objeto a mesma coisa, o mesmo serviço, o mesmo objeto da prestação. Claudia Lima Marques destaca que é essa a estrutura contratual mais usada pelos fornecedores ao organizar a suas cadeias de prestação ao consumidor com fornecedores diretos e indiretos, como no caso do seguro-saúde, também usada nas colaborações entre fornecedores para a produção (e terceirizações) e distribuição no mercado. As redes contratuais pressupõem dois ou mais contratos interligados por um articulado e estável nexos econômico, funcional e sistemático que se destina à oferta de produtos e serviços ao mercado para consumo” (BERGSTEIN, Laís. *Conexidade contratual, redes de contratos e contratos coligados*. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 109, jan-fev. 2017). Para estudo mais profundo das redes e coligações contratuais, veja-se: KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁹² RODRIGUES, Silvio. Ob. cit., p. 333.

O mutualismo constitui, portanto, a base do seguro. Sem a cooperação de uma coletividade seria impossível, ou melhor, não se distinguiria do jogo. Não alcançaria, também, seu objetivo social, pois, ao invés do patrimônio do segurado seria sacrificado o patrimônio do segurador. A insegurança permaneceria para um e para outro. Importa socialmente evitar o sacrifício de alguém pelo risco e eliminar a insegurança que ameaça a todos. Isto só é possível através do processo do mutualismo que reparte os prejuízos para muitos em pequenas parcelas que não afetam sua estabilidade econômica. O patrimônio de todos é resguardado. Já foi dito que o seguro é a técnica da solidariedade.⁹³

Ao lado da mutualidade, por relação lógica, situa-se a essencial noção de *função social do contrato* de plano de saúde, que muito diz com a natureza securitária desse tipo de ajuste. A esse propósito, confira-se a lição de Fernanda Paes Leme Peyneau Rito, tratando da função social dos contratos de seguro em geral, assaz pertinente para os contratos de planos de saúde:⁹⁴

[...] se é verdade que, hodiernamente, um interesse para ser tutelado tem que, além de atender os interesses do seu titular, observar também os da coletividade, mais rígida ainda torna-se esta obrigação quando se trata de um contrato que, por natureza, é comunitário e fundado em bases solidárias.

A funcionalização do contrato de seguro é peculiarmente caracterizada pela necessidade de compatibilização de três centros de interesses: (i) do segurado e do segurador, em uma perspectiva individual; (ii) do conjunto de segurados e do fundo por eles constituído, em uma perspectiva coletiva interna e (iii) dos centros de interesses acima descritos com o da coletividade externa.

Em outros termos, sendo o seguro um contrato comunitário, a relação estabelecida entre seguradora e segurado deve atender não apenas os objetivos perquiridos pelas partes em suas relações isoladas, mas sim o fim almejado pelo conjunto de relações que compõem a base mutuária do sistema, permitindo a sua própria existência e, além desses, os objetivos socialmente relevantes, à medida que, além da sua função econômica própria, o contrato de seguro deve atender a função social dos contratos.

O conceito de função social do contrato é frequentemente empregado em decisões judiciais acerca de contratos de assistência privada à saúde. Conforme pesquisa empreendida por Maria Proença Marinho,⁹⁵ num universo de 654 decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entre 2014 e 2016 que utilizaram o termo “função social do contrato”, 112 decisões diziam respeito a casos concernentes a planos de saúde em que fora utilizada “a função social do contrato como fundamento – na maior parte das vezes de forma meramente retórica –

⁹³ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*, cit., p. 59-60.

⁹⁴ RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Notas sobre o contrato de seguro no Código Civil de 2002. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 284-285.

⁹⁵ MARINHO, Maria Proença. Planos privados de assistência à saúde e a função social do contrato, cit., p. 238. Semelhantemente, o “princípio da função social do contrato” foi apontado como primeiro colocado em reincidência numérica na tipologia de princípios invocados em julgados proferidos pelo TJSP entre 2016 e 2017, em estudo sobre a intervenção judicial em contratos de planos de saúde que também demonstrou tendência jurisprudencial amplamente favorável às pretensões dos beneficiários, promovido por LAVECCHIA, Amanda Leopoldo. A intervenção judicial nos contratos de plano de saúde: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revista de Direito Sanitário*, v. 19, n. 3, p. 277-291, nov.-fev. 2018.

para autorizar a cobertura de tratamentos que haviam sido inicialmente negados pela operadora”,⁹⁶ sem que tenha sido encontrada nesse idêntico universo de julgados colhidos “sequer uma decisão que tenha utilizado a função social do contrato como fundamento para rejeitar pedido de extensão de cobertura não prevista em lei ou contrato, considerando os interesses da coletividade”.

Historicamente, a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm encontrado certa dificuldade para chegar a um consenso acerca do conteúdo (e, ademais, da natureza) da “função social do contrato”, conceito positivado expressamente pelo artigo 421 do Código Civil, mas que também guarda raízes na Constituição (art. 5º, inciso XXIII e art. 170, inciso III). Nessa celeuma, seu tratamento como *princípio* é frequentemente verificado para proteger os próprios contratantes, no âmbito da relação interna que mantêm entre si, bem como para impulsionar a tutela externa de seus direitos em face de terceiros,⁹⁷ em flexibilização ou ponderação do tradicional paradigma da relatividade dos contratos.⁹⁸

De outra parte, há quem entenda que a função social de todo e qualquer contrato é, em último grau, a circulação de direitos e riquezas, essencial à sociedade.⁹⁹ A concepção soa mais próxima do que se tem denominado de *função econômico-individual* – ou, por vezes, *causa* – do contrato, com maior afinidade para referir aos interesses (em geral, econômicos) abstrata ou concretamente perseguidos pelas partes, o que não significa total distanciamento da noção de análise funcional do contrato.¹⁰⁰ Acerca do ponto, parece possível associar a função econômico-negocial – ou melhor, a *causa*, ou *função econômico-individual* – dos contratos de planos de saúde à síntese dos efeitos diretamente almejados pelas partes em sua celebração. Sem prejuízo de análise concreta de cada contrato, em abstrato, a noção parece notadamente voltada ao interesse imediato do contratante-beneficiário em ter acesso aos serviços de assistência à saúde

⁹⁶ Na mesma linha, com base em precedentes dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, São Paulo e do Distrito Federal e Territórios, Carlos Nelson de Paula Konder noticia a reincidência da invocação da função social do contrato “para interpretar ampliativamente a cobertura do contrato de seguro-saúde de modo a assegurar o direito à saúde” (KONDER, Carlos Nelson de Paula. Para além da “principalização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 13, jul.-set. 2017, p. 57).

⁹⁷ Acerca do ponto, confira-se: KONDER, Carlos Nelson de Paula. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos, cit.

⁹⁸ NEVES, José Roberto de Castro. *Contratos*, cit., p. 24-25; KONDER, Carlos Nelson de Paula. Para além da “principalização” da função social do contrato, cit., p. 50.

⁹⁹ “Os contratos são instrumentos para a circulação de bens e serviços na sociedade. Esta é a sua função social” (TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, vol. 876, out. 2008).

¹⁰⁰ Para digressões mais aprofundadas acerca do tema, v. SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, v. 54, p. 66-98, 2013; e SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, v. 8, n. 2, p. 1-53, 17 set. 2019.

geridos pela operadora e ao interesse desta de obter a contrapartida financeira – com lucro – para realização da referida prestação de serviços. Contudo, tal noção abstrata não esgota todos os aspectos da análise funcional dos contratos de planos de saúde, ainda que se mostre fornecedora de alguma contribuição para qualificação (e, ademais, para tipificação) da avença e objetivação dos efeitos essenciais perseguidos pelas partes contratantes.

Ademais, ainda que se possa distingui-los semanticamente, não parece possível desfazer a ligação intrínseca entre as noções de *função*, *análise funcional*, *funcionalização* e *função social*. Nesse mister, sem pretensão de exaurir as discussões sobre esses conceitos, tem-se que a referência à *função* de um determinado instituto ou estrutura (situação jurídica) costuma ser compreendida como remissão aos interesses e valores que se veem tutelados ou cuja tutela ou consecução se almeja obter através dele. A partir da identificação da função (ou das funções) e com base na conformidade com esta, realiza-se a *análise funcional* de juridicidade da estrutura, sendo igualmente possível cogitar de postura mais ativa de *funcionalização* do instituto com direção a determinadas funções,¹⁰¹ dentre as quais sobressai a *função social*.¹⁰²

Bem-vistas as coisas, mais parece que a função social do contrato deve se traduzir como “postulado hermenêutico-metodológico, que condiciona internamente a legitimidade do exercício da liberdade contratual ao atendimento de interesses coletivos extracontratuais positivados constitucionalmente”, na esteira da lição de Carlos Nelson de Paula Konder.¹⁰³ Quer-se dizer que, ao menos prioritariamente, esse postulado não se vocaciona *internamente* à proteção dos próprios contratantes, mas sim à tutela de interesses *externos*, eleitos como relevantes pelo ordenamento, inclusive quando contrapostos aos dos contratantes – interesses que, ademais, nem sempre terão individualizados de forma clara seus titulares ou destinatários passivos.

Isso não implica na concepção da função social como um aspecto externo à própria situação jurídica avaliada em perspectiva funcional. Ao revés, tem se consolidado a orientação de que se trata de elemento que compõe a própria situação jurídica, nada obstante sirva de

¹⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 405.

¹⁰² “Mais uma vez, a polissemia do termo ‘função’ contribuiu para que se associasse à ideia de funcionalização um novo elemento: não apenas se deve realizar uma análise *funcional* (mais que estrutural) dos institutos, e não apenas tal análise deve verificar-se *em função* dos valores constitucionais, como, dentre esses valores, é possível afirmar que a *função social* tornou-se o de maior destaque” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Função negocial e função social do contrato*, cit., p. 71).

¹⁰³ KONDER, Carlos Nelson de Paula. Para além da “principalização” da função social do contrato, cit., p. 59.

parâmetro para avaliação de sua juridicidade reciprocamente considerada (juízo de abusividade)¹⁰⁴ ou em relação a outras situações jurídicas (juízo de merecimento de tutela).¹⁰⁵

As conclusões acima em tudo se aplicam à análise da função social dos contratos de plano de saúde. Como já se disse, o caráter solidário desse tipo de ajuste, inerente à sua natureza securitária, reforça a necessidade de que o controle valorativo dos atos ligados à consecução do contrato vá além dos interesses e das vontades declaradas das partes daquela avença específica. É preciso ter em conta que cada contrato se insere em ao menos uma rede de contratos assemelhados, seja por conta de sua natureza “coletiva” em razão do fundamento em outro ajuste comum, como no caso dos planos coletivos, seja, enfim, pela inafastável comunhão dos recursos aportados aos fundos econômicos geridos por cada operadora, os quais, segundo a lógica de mutualidade, responderão pelo custeio das prestações desempenhadas pela prestadora a cada usuário que a ela se vincula.¹⁰⁶

Nessa esteira, mais do que os interesses privados dos contratantes, é preciso levar em consideração os valores e interesses que o ordenamento – e, principalmente, a Constituição – impõem para a assistência privada à saúde. Tampouco se pode perder de vista que os contratos de planos de saúde se inserem no complexo arranjo institucional entre os sistemas privado e público de saúde e que, nesse cenário, sua principal função social parece ser mesmo garantir a estruturação de um mercado capaz de proporcionar maior e melhor acesso aos serviços de saúde com valores acessíveis, estruturalmente viabilizados justamente por conta da pulverização de custos entre os integrantes do fundo mutual.¹⁰⁷

Examinados tais elementos relevantes para compreensão estrutural e funcional dos contratos de planos de saúde, passa-se à digressão acerca de como o ordenamento jurídico brasileiro tem normatizado tais negócios, com considerações que colocam em perspectiva alguns dos principais influxos do regramento constitucional e infraconstitucional na matéria.

¹⁰⁴ Parece possível afirmar que o conceito de *abuso* remete a um juízo de valor negativo que repele certas formas de *exercício* de um determinado direito que não se coadunam com a *função* intrínseca que o ordenamento lhe atribui. Acerca da matéria, v. SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral De Direito Civil*, v. 50, p. 35-91, 2012.

¹⁰⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., p. 102-103.

¹⁰⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Consumidores de seguros e planos de saúde, cit., p. 31.

¹⁰⁷ “Embora nem sempre seja bem compreendida, a finalidade do serviço prestado pelas operadoras de planos de saúde consiste, a rigor, na redução dos custos dos serviços médicos, de modo que o consumidor não tenha que pagar diretamente pela consulta ou venha a ser dela reembolsado. O objeto da avença cinge-se à gestão de custos. A prestação de serviços assim descrita se distingue, a toda evidência, da prestação de serviços médicos em si considerada, tendo em vista que a atividade das operadoras se consubstancia simplesmente na administração dos custos, com o objetivo de constituir rede (credenciada, referenciada ou contratada) à qual possa o consumidor recorrer no momento em que necessite” (TEPEDINO, Gustavo. Sociedades operadoras de plano de saúde e responsabilidade civil. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 1, p. 377).

1.2. Aspectos da normativa dos contratos de planos de assistência privada à saúde no ordenamento jurídico brasileiro

1.2.1. Nuances da atuação da iniciativa privada na saúde segundo a Constituição

Adiantou-se que, durante muitos anos, a atuação de particulares em serviços de saúde no Brasil se deu sem a existência de regulação clara sobre o assunto, fosse em nível constitucional, legal ou infralegal. A partir da década de 1960, começaram a surgir as principais normas específicas sobre o assunto¹⁰⁸ que, contudo, careciam de profundidade e relegavam as relações entre operadoras de planos, seguradoras, prestadores e usuários de serviços majoritariamente à autonomia privada¹⁰⁹ e a uma série de incertezas. Apenas a ordem constitucional de 1988 estabeleceria diretrizes gerais mais claras nessa seara.

Assim se deu, ficando evidente a preocupação do constituinte em acomodar interesses e estado de coisas preexistentes no que diz com a presença já consolidada da iniciativa privada no ramo de assistência à saúde, sem, todavia, deixar de fixar objetivos pugnados pela própria Constituição para o sistema de saúde brasileiro.

Sem pretender um incursu psicológico nas razões que levaram a Assembleia Constituinte a positivar com estatura constitucional a atuação da iniciativa privada nessa seara, vale destacar brevemente algumas circunstâncias apontadas pela doutrina especializada como motores de tal positivação. Inicialmente, cumpre notar que, ainda hoje, persistem uma série de dificuldades que atravancam o perfeito funcionamento do Sistema Único de Saúde por variados motivos – sem jamais menosprezar o imprescindível papel do SUS para toda população, que vai infinitamente além da prestação de serviços de assistência médica. Se assim o é na atualidade, certamente ao tempo da promulgação da Constituição, consistia em utopia ainda mais distante a possibilidade de realização de toda e qualquer ação ou serviço de saúde por parte do Estado, com a qualidade e a universalidade que a própria Carta Constitucional almeja. Diante dessa circunstância, era essencial reconhecer a necessidade de *suplementação* da

¹⁰⁸ RIBEIRO, Rafael Pacheco Lanes. *Judicialização da saúde suplementar: um estudo de caso*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019, p. 27-29; BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. Ob. cit., p. 44-47.

¹⁰⁹ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35-36.

atuação do Poder Público na assistência à saúde por atores da iniciativa privada¹¹⁰ – que, a propósito, já performavam nesse mercado havia muito tempo.

Por sinal, a reduzida oferta de serviços públicos de saúde e os problemas de qualidade nesse campo são circunstâncias que podem ser apontadas tanto como motivos da preocupação constitucional em facultar e legitimar o incurso da iniciativa privada na área da saúde, quanto como fatores decisivos para a assinalada expansão dos planos e seguros de saúde nas décadas anteriores à promulgação da Constituição – e, de modo similar, nos anos subsequentes.¹¹¹

Importa lembrar que foi somente a Constituição de 1988 que verdadeiramente instituiu sistema unificado para atenção à saúde pública no Brasil. A criação do SUS serviu para muito mais do que simplesmente unificar políticas e estruturas de saúde pública no país. Na prática, a atual Constituição foi a primeira que seriamente implementou diretrizes de efetivação da saúde como direito titularizado por todos, haja vista que as constituições anteriores, inclusive as elaboradas em regimes democráticos, davam pouca ou nenhuma atenção à matéria.¹¹²

Em termos de realidade social, somente a partir da Constituição de 1988 foi cristalizado um direito fundamental à saúde a nível constitucional, a ser concretizado, sobretudo, por meio das diretrizes traçadas na própria Constituição para o SUS e, paralelamente, para a iniciativa privada. Especificamente, dos artigos 196 a 200 da atual Constituição é possível extrair desenho institucional que, de um lado, esclarece que a atuação da iniciativa privada na assistência à saúde é *livre* e que as ações e os serviços de saúde são de *relevância pública*, mesmo quando prestados por particulares (artigos 197 e 199). De outro lado, esse mesmo quadro constitucional atribui ao Estado – por meio do SUS – o *dever* de promover *acesso universal e igualitário* a serviços de saúde, por meio de políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças, bem como a promoção, proteção e recuperação da saúde, garantindo-a como *direito de todos*. Ainda nessa linha, a Constituição também sinalizou que a principal função atribuída à iniciativa privada na assistência sanitária seria *complementar* ao SUS (artigos 196 e 199, §1º).

¹¹⁰ FREITAS, Marco Antonio Barbosa de. *Tutelas provisórias individuais nos contratos de plano de saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 14-15.

¹¹¹ BAHIA, Lígia; SCHEFFER, Mário. Ob. cit., p. 26.

¹¹² Eis o histórico constitucional: a Constituição Imperial de 1824 mencionava a saúde uma única vez, estabelecendo que nenhum gênero de trabalho, cultura, indústria ou comércio poderia ser proibido, salvo se contrariasse os “costumes públicos, a segurança e saúde dos cidadãos” (art. 179, inciso XXIV). Na primeira Constituição da República de 1891, não havia nenhuma menção à saúde. Na Constituição da República de 1934, o termo aparecia uma só vez, em artigo que estabelecia competência concorrente da União e dos Estados para “cuidar da saúde e assistências públicas” (art. 10, inciso II). As constituições de 1937 (art. 17, inciso XXVII e art. 18, alínea “c”) e 1946 (art. 5º, inciso XV, alínea “b”) se limitavam a enunciados definidores da competência legislativa sobre o tema. Além de estabelecer a competência legislativa da União sobre o tema, a Constituição de 1967 editada durante o período ditatorial impunha também à União o dever de “estabelecer planos nacionais de educação e de saúde”.

Ao atribuir relevância pública às ações e serviços de saúde levadas a cabo por particulares, a Constituição não transformou tais atividades em serviços públicos, muito menos impôs às instituições privadas os deveres de universalização que recaem sobre o Poder Público.¹¹³ Ao contrário: o texto constitucional deixa bastante clara a existência de um regime jurídico da saúde enquanto *serviço público*, prestado pelo Estado e sujeito majoritariamente a regras de direito administrativo. Em paralelo, consagra-se o regime jurídico de assistência à saúde conduzida pela (livre) iniciativa privada, enquanto atividade negocial (contratual) típica de autonomia privada, sujeita a regras de direito civil, sem embargo das exigências regulatórias decorrentes do poder de polícia do Estado sobre aquela atividade econômica.

A bem da verdade, à iniciativa privada são facultados ao menos dois regimes de atuação. O primeiro, com fundamento no *caput* do artigo 199 da Constituição, é o modelo mais conhecido, que deu origem ao mercado de *saúde suplementar*, diretamente regulado pela ANS. Trata-se de exercício de livre iniciativa – e não de serviço público¹¹⁴ – por parte das instituições privadas que se dispõem a oferecer ao contingente de consumidores a prestação de serviços de assistência à saúde. Dentro dessa lógica estão inseridos os contratos de planos de saúde, tal como a prestação direta de serviços por estabelecimentos hospitalares privados, clínicas particulares e profissionais da saúde por meio de contratos de direito privado – práticas que, aliás, são mais antigas do que a própria implantação dos planos privados de saúde.

O segundo regime decorre do permissivo do art. 199, §1º da Constituição, que faculta às entidades privadas a participação no Sistema Único de Saúde, no âmbito da chamada *saúde complementar*. Nessa modalidade, os particulares celebram convênios ou contratos de direito público com entidades do próprio SUS, por meio dos quais passam a integrar a rede de prestadores do sistema único público. As ações e serviços de saúde desempenhadas pelos particulares em exercício desse múnus terão natureza de *serviços públicos* de saúde, dada sua inserção no SUS. No lugar de relações contratuais de direito privado, tais relações jurídicas estarão sujeitas ao regime administrativo-constitucional dos serviços públicos, com seus princípios e valores norteadores.¹¹⁵

¹¹³ “A saúde suplementar não é uma atividade estatal concedida para exploração privada. Não é serviço público. É uma atividade econômica. É uma atividade privada que, embora de interesse público, dada a sua relevância ressaltada na própria Constituição, é executada e desfrutada por entes privados, mas fiscalizada, regulada e controlada por entes públicos” (ROCHA, Luiz Carlos da. *O direito à saúde e o sistema suplementar*, cit., p. 78).

¹¹⁴ Em sentido contrário: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 3567.

¹¹⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Ob. cit., p. 119.

Em ambos os regimes, contudo, há que se reconhecer a eficácia direta e horizontal dos valores e das normas constitucionais, tanto no âmbito das relações de direito público quanto na esfera das relações privadas, como já tem se consolidado em doutrina.¹¹⁶

Nesse sentido, não resta dúvida acerca do espírito compromissório da Constituição da República Federativa do Brasil com a promoção da *dignidade da pessoa humana* em todas essas esferas, enquanto valor alçado a fundamento da República na esteira do art. 1º, inciso III da Carta Magna, incluído no Título I da Constituição, denominado de “Dos Princípios Fundamentais”. Com efeito, e sem menoscar os demais valores listados como fundamentos da República, é certo que a ordem constitucional brasileira tem como valor prioritário justamente a tutela da pessoa humana.¹¹⁷ E, por consequência, a prioridade a ela atribuída vale para todo o ordenamento jurídico, que se baseia na Constituição, enquanto diploma normativo situado no degrau de hierarquia mais alto.¹¹⁸

No título seguinte (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), a Constituição elenca garantias essenciais à proteção dos fundamentos e ao alcance dos objetivos da República, dentre as quais se destaca, para os fins do presente trabalho, a *saúde*, contemplada como *direito social e direito fundamental*, nos termos do art. 6º, *caput* da CRFB/1988.¹¹⁹ Efetivamente, a relevância constitucional atribuída ao tema é verificada pelo fato de que o termo “saúde” se repete ao menos 67 (sessenta e sete) vezes ao longo dos artigos da Constituição¹²⁰ e do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Noutra vertente, o texto constitucional deixa clara a escolha política de compatibilizar ideais típicos das concepções de Estado Social, ou Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*)

¹¹⁶ Vide, por todos: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; e CARLINI, Angélica; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e contratos de saúde privada no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26, n. 110, p. 139-159, mar.-abr. 2017.

¹¹⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Por um ensino humanista do direito civil. *Civilistica.com*, v. 1, n. 2, nov. 2012, p. 4.

¹¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis*, cit., p. 4.

¹¹⁹ “Mesmo que situado como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/1988, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, §2º, da CF/1988, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental – valores básicos – de todo o ordenamento jurídico” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 696).

¹²⁰ Dentre outras menções à “saúde” na Constituição da República, destacam-se: a previsão no sentido de que o salário-mínimo nacional fixado em lei deva ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família com saúde (art. 7º, inciso IV); o estabelecimento de competência comum de todos os entes federativos para cuidar da saúde das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, inciso II); a competência concorrente de todos os entes federativos para legislar sobre “defesa da saúde” (art. 24, inciso XII); a competência dos Municípios para “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população” (art. 30, inciso VII); a vinculação de percentual mínimo de receitas orçamentárias e emendas de projeto de lei a ações e serviços públicos de saúde (arts. 34, inciso VII, “e”; 35, inciso III; art. 166, §§ 9º e 10º; 198, §2º); e a integração dos “direitos relativos à saúde” no conjunto de ações da seguridade social, ao lado da previdência e assistência social (art. 194, *caput*).

com valores que norteiam a lógica capitalista e o ideário (neo)liberal. Basta ver, para tanto, que dentre os fundamentos republicanos são listados, lado a lado, os *valores sociais do trabalho* e a *livre iniciativa* (art. 1º, inciso IV da Constituição).¹²¹ Entretanto, o conhecido espírito conciliatório da Constituição¹²² não dá margem à concepção de seu texto como normativa meramente programática, despida de efetividade ou de aplicação prática e direta na solução de litígios concretos – que, ao contrário, deve ser sempre almejada pelo operador do direito.¹²³

Decerto, não faltam vozes que atribuam à Constituição limitações de eficácia e a pecha de ser meramente “programática”, inclusive – e principalmente – no que tange à tutela da saúde e ao desenho dos papéis reservados ao Poder Público e à iniciativa privada nessa seara.¹²⁴ Malgrado tais concepções, não há como negar a força normativa e a eficácia horizontal e direta

¹²¹ “Ademais disso, tanto o perfil dos princípios fundamentais (art. 3º) veiculando os objetivos estatais (como a erradicação da pobreza e redução das desigualdades, por exemplo, quanto à previsão de extenso e minucioso catálogo de direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, mas também os princípios e regras da ordem econômica e social, demonstra que o projeto social e econômico gestado pelo constituinte buscou conciliar, de maneira tendencialmente simétrica, elementos sociais e liberais, portanto, capital e trabalho, o que, no plano da proteção e promoção da saúde, encontra reflexo justamente na previsão constitucional expressa de uma saúde suplementar à disposição (regulada!) da iniciativa privada” (CARLINI, Angélica; SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 141).

¹²² Em tom pejorativo, há quem identifique “dubiedade” nos compromissos assumidos pela Constituição, que se justificaria pela tentativa da Assembleia Constituinte em acomodar interesses diametralmente opostos dos vários grupos envolvidos na confecção da Carta Magna: “A dubiedade constitucional foi um meio de apagar as arestas entre os diferentes grupos políticos. E isso vai se repetir várias vezes. Ao ser ‘garantido o direito de propriedade’, logo em seguida está que ‘a propriedade atenderá a sua função social’ (art. 5.º, XXII e XXIII). Sempre uma no cravo e outra na ferradura” (VILLA, Marco Antonio. *A história das Constituições brasileiras*. São Paulo: Leya, 2011, p. 68).

¹²³ “Esta tarefa exige boa dogmática constitucional e razoável dosagem de positivismo. Para fugir do discurso vazio, é necessário ir à norma. interpretá-la, dissecá-la e aplicá-la. Em matéria de Direito Constitucional, é fundamental que se diga, ser *positivista* não significa reduzir o direito à norma, mas sim elevá-lo à condição de norma, pois ele tem sido menos que isto. Não é próprio das normas jurídicas – e, *ipso facto*, das normas constitucionais – sugerir, aconselhar, alvitrar. São elas comandos imperativos. O resgate da imperatividade do texto constitucional, por óbvio que possa parecer, é uma instigante novidade neste País habituado a maltratar suas instituições” (BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 197. Rio de Janeiro, jul-set. 1994, p. 31).

¹²⁴ “A Carta Magna de 1988 pode ser considerada, no que tange à saúde, uma constituição social, programática”. (FRAGATA, Mariângela Sarrubbo. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 177). Ao comentar a regulação constitucional da assistência privada à saúde, a mesma autora afirma que, “do ponto de vista formal, a edição da Lei 9.656/98 pode ser considerada um marco na questão da saúde no Brasil, já que veio conferir aplicabilidade plena aos dispositivos constitucionais (de eficácia limitada), que dependiam da atividade legislativa para a produção de seus efeitos” (Ibid., p. 180). Na mesma linha: BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1341. Semelhantemente, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no seguinte sentido: “O caráter programático da regra inscrita no CF 196 – que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (STF, AgRE n. 273.834, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 31/10/2010).

do texto constitucional.¹²⁵ Nessa esteira, impende destacar a advertência de Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, quanto à impertinência de posições antiquadas que ainda relutam em reconhecer a normatividade e a eficácia direta das disposições constitucionais, inclusive no âmbito de relações privadas:

Não obstante o relativo consenso obtido quanto à eficácia normativa do Texto Constitucional, percebe-se ainda forte resistência quanto à sua aplicação direta nas relações intersubjetivas. Tal oposição pretende encontrar justificativa em duas ordens de argumentação. A primeira delas no sentido de que, com a redução do papel do Estado Social, arrefeceria o intervencionismo pretendido pelo constituinte, tornando desnecessária e até indesejada a aplicação direta do texto constitucional nos espaços de atuação da autonomia privada. O argumento não colhe. Ao propósito, basta sublinhar a absoluta atualidade da discussão acerca da força normativa dos princípios constitucionais e de sua aplicação nas relações jurídicas de direito privado, a despeito das tendências neoliberais. Na Europa continental, a discussão adquiriu renovado fôlego com o debate em torno da unificação da Europa, sendo o jurista conclamado a ponderar e harmonizar as diretivas transnacionais na ordem constitucional interna de cada Estado-membro. Ao mesmo tempo, o arrefecimento do papel assistencialista do Estado, aqui e alhures, em nada reduz o debate quanto à constitucionalização do direito civil, sendo tal metodologia decorrência imperativa não do tamanho que se pretenda atribuir ao Estado, mas da concepção unitária e hierarquicamente centralizada do ordenamento jurídico.¹²⁶

Com o raciocínio exposto não se pretende dizer que os dispositivos da Constituição esgotam completamente toda normativa necessária à segura regulação das ações e serviços de saúde realizados no país. Tanto assim que o próprio texto constitucional indicou, em seu artigo 197, que caberia ao Estado a edição de lei(s) voltadas a regulamentação, fiscalização e controle dessas atividades. Todavia, compreende-se amplamente que a Constituição traçou uma divisão clara entre os papéis institucionais que cabem ao Poder Público, por meio do Sistema Único de Saúde por ela previsto e os papéis facultados aos entes da iniciativa privada que desejarem atuar nesse segmento.¹²⁷

Não é exagerado afirmar, a esse propósito, que o constituinte considerou as aptidões ou *capacidades institucionais* dos entes públicos e privados por ocasião da repartição de papéis e deveres acima descrita. Não se desconhece que a noção de capacidades institucionais foi pensada prioritariamente para análise da tomada de decisões pelo Judiciário¹²⁸ em questões

¹²⁵ “Porém, crescente e significativa é a moderna ideia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária” (MEDINA, José Miguel Garcia. Ob. cit., p. 697)

¹²⁶ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 21.

¹²⁷ ROCHA, Luiz Carlos da. Ob. cit., p. 26-27.

¹²⁸ Sobre o tema, v. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 885-951, fev. 2003.

sensíveis, como políticas públicas e áreas que demandam expertise técnica. Porém, a construção também é útil para analisar, em um plano mais amplo, a compatibilidade de soluções jurídicas em geral com a realidade social e suas instituições,¹²⁹ sejam elas provenientes do Judiciário ou, como na hipótese analisada, de soluções legislativas – que, em última análise, exsurtem da hermenêutica do desenho constitucional e, ao mesmo tempo, influenciam esse mesmo processo interpretativo.

A política legislativa abraçada pela Constituição na estruturação da atuação do Poder Público e da iniciativa privada na assistência à saúde não deve ser desconsiderada pelo intérprete no momento de solucionar questões relacionadas aos contratos de planos de saúde. Com base na aplicação unitária do ordenamento a cada litígio, tal postura significaria promoção de interpretação incompleta e restritiva da própria força normativa do texto constitucional¹³⁰ – que valorou e reforçou tal divisão de competências e capacidades tendo em vista justamente os principais objetivos da própria ordem jurídica.

Nessa linha de cognição, as distinções de ofícios atribuídos pelo constituinte ao Poder Público e aos particulares em matéria de saúde podem ser esclarecidas recorrendo-se ao elenco de diretrizes expressamente fixadas pelos artigos 196, 198 e 200 da Constituição para o Estado e o Sistema Único de Saúde. Como visto, o artigo 196 da Carta Magna fixou que “a saúde é direito de todos e *dever do Estado*”, a quem cabe a realização de políticas para “redução do risco de doença e de outros agravos” e, notadamente “*o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*” – sem excluir, por óbvio, o “dever geral

¹²⁹ “Comparar vantagens e desvantagens de diferentes instituições capazes de oferecer respostas distintas para problemas de mesma natureza - sem violar expressamente regras e funções do desenho constitucional – é uma forma legítima e útil de orientar a composição de tensões interinstitucionais. A análise comparativa orientada pela definição das capacidades institucionais parte dessa premissa e tenta fornecer um esquema argumentativo específico para fundamentar a seleção de posturas e métodos de decisão mais apropriados para cada instituição em razão dos seus méritos e restrições funcionais e materiais”. (ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan.-jun. 2010, p. 43-44)

¹³⁰ “At a minimum, we urge that an appreciation of institutional capacities and dynamic effects is a necessary part of any theory of legal interpretation. A theory that neglects those issues is seriously incomplete. [...] Those who emphasize philosophical arguments, or the idea of holistic or intratextual interpretations, seem to us to have given too little attention to institutional questions. Here, as elsewhere, our minimal submission is that a claim about appropriate interpretation is incomplete if it does not pay attention to considerations of administrability, judicial capacities, and systemic effects in addition to the usual imposing claims about legitimacy and constitutional authority”. Em tradução livre: “No mínimo, insistimos que uma avaliação das capacidades institucionais e dos efeitos dinâmicos é uma parte necessária de qualquer teoria da interpretação jurídica. Uma teoria que negligencia essas questões está seriamente incompleta. [...] Aqueles que enfatizam os argumentos filosóficos, ou a ideia de interpretações holísticas ou intratextuais, parecem-nos ter dado muito pouca atenção às questões institucionais. Aqui, como em outros lugares, nossa postulação mínima é que uma reivindicação sobre a interpretação apropriada é incompleta se não prestar atenção a considerações de administrabilidade, capacidades judiciais e efeitos sistêmicos, além das usuais reivindicações impostas sobre legitimidade e autoridade constitucional” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Ob. cit., p. 888 e 950).

de respeito”¹³¹ à saúde alheia (e própria) imposto a toda coletividade. Desse enunciado, extraem-se como princípios para a atuação estatal na assistência à saúde – via SUS – ao menos dois comandos: *universalidade* e *equidade*. Ao Estado se impõe, portanto, o ônus de garantir o acesso a ações e serviços de saúde a todos os cidadãos, não importa onde estejam, não podendo haver discriminações negativas, nem restrições calcadas em renda. Do mesmo modo, é imposto ao Poder Público o dever de reduzir e eliminar desigualdades no acesso à assistência à saúde, em imperativo de igualdade formal e material que autoriza discriminações positivas capazes de promover tais objetivos.¹³² A esses princípios e deveres, somam-se as diretrizes de organização e funcionamento do SUS e das ações e serviços públicos de saúde em geral, previstas no artigo 198 da Constituição: “*descentralização*, com direção única em cada esfera de governo” (inciso I); “*atendimento integral*, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (inciso II); e *participação da comunidade*.¹³³ Por fim, de modo ainda mais analítico, o artigo 200 da Constituição trouxe elenco extenso – e não taxativo – das atribuições do Sistema Único de Saúde, disciplinadas em nível infraconstitucional pela Lei n. 8.080/1990.

Nesse particular, tudo indica que não foi despropositada a escolha constituinte quanto à topografia dos dispositivos que previram os princípios da atuação estatal e de organização do SUS, bem como as competências que lhe cabem. Tais elementos foram inseridos nos enunciados dos artigos 196 e 198, que, com as respectivas menções, ao “dever do *Estado*” às “ações e serviços *públicos* de saúde” dirigem-se inequivocamente ao Poder Público, e não à atuação da iniciativa privada no âmbito da assistência à saúde. Esta última, como visto, é abordada diretamente apenas no artigo 199 da Constituição. Em outras palavras, ao menos com base nos limites do próprio texto constitucional, as ordenações de acesso universal, igualitário e integral no que tange aos serviços e ações de saúde não são oponíveis às instituições e aos agentes privados que atuem nesse nicho. Aliás, mesmo quando a referência é ao Poder Público,

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*, cit., p. 3549.

¹³² CORBO, Wallace. O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta: uma proposta metodológica. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 34, dez. 2018, p. 209.

¹³³ “Na Constituição Federal de 1988 foi incorporado o direito à saúde como direito de todos e sua garantia como dever do Estado, através de políticas econômicas e sociais direcionadas à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. [...] Nesse contexto, o SUS, regulamentado em 1990 através das leis n. 8.080 e n. 8.142, é fundamentado nos princípios da integralidade, universalidade e participação social e tem como objetivo assegurar uma atenção universal e abrangente, curativa e preventiva, através da prestação e gestão descentralizadas de serviços de saúde, favorecendo a participação da comunidade em todos os níveis de governo” (OLIVEIRA, Denize Cristina de. et al. A universalização e o acesso à saúde: consensos e dissensos entre profissionais e usuários. *Cadernos de Saúde Coletiva*, v. 25 (4), 2017, Rio de Janeiro, p. 484).

não é inteiramente correto dizer que as previsões de garantia de acesso universal e integral se mostram absolutas ou imunes às exceções e contingências da realidade e do próprio ordenamento. A propósito, confira-se a lição da doutrina especializada, em comentários aos dispositivos constitucionais ora estudados:

Portanto, ao contrário do que defende parcela da doutrina, a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ideais. [...] Quanto à integralidade do atendimento, e ademais das questões ora tratadas, importa lembrar a existência de limites de ordem técnica e científica ao deferimento de certas prestações materiais, calcados em critérios de segurança e eficiência do tratamento pleiteado que, em sentido mais amplo, reportam-se às noções de economicidade e aos deveres de proteção da saúde, em suas perspectivas pública e individual. A vedação a tratamentos experimentais ou carentes de prova científica robusta e contundente no que diz com a segurança do medicamento e sua eficácia, que também alcança os tratamentos aprovados para uso diverso daquele pretendido (o chamado uso *off label*), insere-se nesse contexto, não se podendo elastecer de modo desproporcional os riscos impostos ao Estado e à sociedade sem qualquer limitação, mormente em homenagem aos princípios da prevenção e da precaução.¹³⁴

Indo além, é salutar ressaltar que a afirmação de que a Constituição estabeleceu como dever do Estado a universalização, a eliminação de desigualdades e a integralidade como objetivos no acesso a ações e serviços de saúde públicos não significa, automaticamente, que esse seja o cenário existente na realidade fática. Eventual análise que parta dessa constatação não deve pôr em dúvida a força normativa dos preceitos constitucionais que estabelecem as premissas dos sistemas público e privado de saúde, tão-somente podendo avaliar a *efetividade* e a concretização dos comandos constitucionais na prática. E nessa análise de efetividade, jamais poderia ser negada a complexidade das variáveis dos processos de interação entre os sistemas público e privado que têm ocorrido desde a promulgação da Constituição.¹³⁵

É dizer: a constatação do caráter cogente da função assistencialista e expansionista reservada à atuação do Poder Público pelo texto constitucional não deve ser confundida com uma (falaciosa) constatação de que tal função é satisfatoriamente cumprida. Tampouco pode ser tomada como uma concepção que nega a influência de fatores externos, decisões e

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Ob. cit., p. 3555-3556.

¹³⁵ “De fato, o reconhecimento de contradições e, sobretudo, das relações e intermediações entre ambos os subsistemas é pouco atraente, tanto para os setores progressistas que se vêem permanentemente instados a blindar o SUS das ferozes críticas a seus limites, quanto para segmentos empresariais, que se comprazem com o crescimento de seus investimentos. Mas é exatamente o deciframento do complexo processo de complementaridade público-privada que possibilita a elaboração de análises mais realistas das mudanças nas bases de produção e representação de interesses do sistema de saúde” (BAHIA, Lígia. O sistema de saúde brasileiro entre normas e fatos: universalização mitigada e estratificação subsidiada. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14(3), 2009, p. 756).

conjunturas políticas, sociais e econômicas no contínuo – e, infelizmente, longo – processo de universalização dos serviços de saúde pugnado pela Constituição.

Nesse particular, o estabelecimento das funções *complementar* e *suplementar* da atuação da iniciativa privada na saúde pela Constituição afasta a posituação de concepções extremadas que pugnem, de um lado, pela total estatização dos serviços de saúde ou, de outro, pela privatização de tais serviços e impedimento da atuação estatal nessa seara. A par disso, dentro das margens do texto constitucional, a realização dessas funções comporta um sem-número de formas pelas quais as interações entre Poder Público e iniciativa privada podem ocorrer, no que diz respeito à assistência à saúde – interações que, repita-se, precisam respeitar as diretrizes institucionais fixadas pela Constituição nessa seara.

Nada impede, por exemplo, que em dado momento, a própria universalização do acesso à saúde seja promovida pelo Poder Público com a facilitação do ingresso de consumidores mais pobres em planos privados de saúde, por meio de atos normativos e políticas de incentivo fiscal e redução de preços de tais serviços.¹³⁶ Tudo isso sem mencionar o oferecimento de planos ou seguros de saúde a servidores, empregados públicos e seus dependentes por meio de contratações coletivas com mensalidades subsidiadas pelo Estado, na qualidade de empregador.

No entanto, em outra face da moeda, é possível visualizar que, mesmo de forma mediata, possa ocorrer repasse indevido, pelo Estado, de deveres que cabem a si no que toca à universalização dos serviços de saúde e ao oferecimento de toda e qualquer prestação que vise a tal fim.¹³⁷

¹³⁶ Segundo relatos da doutrina especializada, a adoção de iniciativas com tal orientação tem sido frequente nas últimas décadas, muito por conta de opções governamentais e da influência político-econômica dos atores do mercado de saúde suplementar. A propósito, em tom crítico às opções político-legislativas que privilegiaram o incremento do sistema privado, confira-se: TESSER, Charles Dalcanale; SERAPIONI, Mauro. Obstáculos à universalização do SUS: gastos tributários, demandas sindicais e subsídio estatal de planos privados. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 26(6), p. 2323-2333, 2021; e BAHIA, Lígia. O sistema de saúde brasileiro entre normas e fatos, cit., p. 755.

Em sentido contrário, defendendo o uso dos planos e do sistema de saúde suplementar como mecanismo de efetivação do acesso à saúde e criticando a vedação à subvenção direta pelo Estado: “A atual legislação brasileira, seja constitucional ou ordinária, não legitima a base social do financiamento público da assistência médica suplementar, tornando-o defeso (art. 199, §2º, da CF); tampouco reconhece o mosaico público-privado que estrutura o setor da saúde a exemplo do modelo europeu. Assim, o sistema brasileiro de saúde suplementar, em que pese adotar a heterorregulação do Poder Público para o mercado, encontra-se mais voltado para um sistema econômico-empresarial elitista do que para um modelo que prime pela utilização dos planos como instrumento garantidor de acesso à saúde” (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Ob. cit., p. 143-144).

¹³⁷ “Em outro giro verbal, significa dizer que o Estado, desde a promulgação da Carta de 1988, ao se dar conta de que não bem conseguiria se desvencilhar desse *poder-dever*, garantindo diretamente o direito à saúde a todos, paulatinamente passou, de forma sutil, a transferir à iniciativa privada essa responsabilidade, paradoxalmente exigindo dela a amplitude de serviços que, não raro, nem mesmo ele tem prestado” (FREITAS, Marco Antonio Barbosa de. Ob. cit., p. 17).

À guisa de conclusão do tópico que bem ilustra as dualidades na estrutura e nos conflitos inerentes ao sistema de saúde brasileiro – sem pôr ponto final aos debates –, pode-se dizer que a efetividade dos comandos constitucionais de proteção à saúde dependerá da implementação de políticas pelos gestores governamentais, tanto para garantir o bom funcionamento do setor público¹³⁸ quanto para assegurar a viabilidade do mercado de saúde suplementar,¹³⁹ sendo em tudo necessária a busca pelo *equilíbrio* inerente ao espírito compromissório da Constituição da República e às demais leis acerca da matéria – com especial destaque para a Lei n. 9.656/1998 e o Código de Defesa do Consumidor.

1.2.2. Regulação infraconstitucional: entre o CDC e a legislação setorial específica da saúde suplementar

1.2.2.1. O emprego do CDC na solução de litígios de contratos de planos de saúde

Conforme já se adiantou, antes do advento da Lei n. 9.656/1998 e da legislação específica do setor de saúde suplementar a nível infraconstitucional e infralegal, o Código de Defesa do Consumidor se apresentava como principal fonte empregada como fundamento das reclamações dos beneficiários da saúde particular.¹⁴⁰ Do mesmo modo, o Código Consumerista

¹³⁸ “Os sistemas público e privado de assistência à saúde no Brasil, portanto, interagem, e o seu relacionamento tem fundamental importância para o bom funcionamento da política de saúde no País. É importante ressaltar que, para que haja um sistema de saúde eficaz, cabe ao Estado definir políticas adequadas, principalmente no tocante ao direcionamento do orçamento estatal para a área respectiva, pois se deve fortalecer o sistema público, e também permitir que a regulação do setor privado permita corrigir as falhas de mercado, garantindo a qualidade na prestação dos serviços à sociedade” (GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, cit., p. 41).

¹³⁹ “Referido cenário se mostra ainda mais atual, quando se constata que o próprio Estado reconhece a ineficiência do sistema de saúde, procurando transferir aos agentes econômicos privados – atualmente por meio da aprovação dos chamados planos de saúde populares – as atribuições que lhe são próprias, sem atacar as verdadeiras causas dos problemas que afetam o setor” (LACERDA, Maurício Andere von Bruck. *Ob.c it.*, p. 1568-1569). Para uma análise econômica dessa conjuntura e das propostas de implementação de planos de saúde populares, confira-se: MARINHO, Alexandre. A crise do mercado de planos de saúde: devemos apostar nos planos populares ou no SUS? *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 49, p. 55-84. Brasília/DF, jul.-dez. 2017.

¹⁴⁰ “Ainda na década de 90, observa-se a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, pela criação e consolidação dos Serviços de Proteção ao Consumidor e pela atuação do Ministério Público na área de defesa das relações de consumo. Com isso, o setor de assistência supletiva à saúde passa a figurar como um dos principais alvos de reclamações por parte de consumidores, avoluma-se a quantidade de ações contra as empresas do setor e cresce a demanda social por uma regulamentação que propugnasse pelo lado mais fraco nessa relação” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito. Relatório Final da Comissão parlamentar de inquérito com a finalidade de investigar denúncias de irregularidades na prestação de serviços por empresas e instituições privadas de planos de saúde, cit., p. 21). Na mesma linha: “Não se pode desconsiderar ainda que, até o advento da legislação setorial regedora da saúde suplementar, o principal diploma que regia esses contratos era o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), genérico para todas as relações de consumo. Com a edição da lei setorial específica, a incidência do CDC sobre os contratos de planos de saúde passa a ser subsidiária. Essa assertiva, que já decorreria naturalmente da relação da lei geral anterior com lei especial posterior, foi também

era a lei a que recorriam com frequência as decisões judiciais na solução dos litígios ligados a contratos de planos de saúde, construindo-se, a partir dele, tendência favorável à proteção dos beneficiários (consumidores) que se verifica ainda na atualidade.¹⁴¹

Dentre os principais dispositivos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, destacam-se, com particular incidência na resolução de litígios envolvendo os contratos de assistência privada à saúde, os enunciados que tratam: “Da Política Nacional das Relações de Consumo” (arts. 4º e 5º); “Dos Direitos Básicos do Consumidor” (arts. 6º e 7º); “Da Responsabilidade por Fato” ou “Da Responsabilidade por Vício” dos produtos e serviços (arts. 12 a 25); “Das Práticas Abusivas” (arts. 39 a 41); “Da Proteção Contratual” do consumidor (arts. 46 a 54); e “Da Defesa do Consumidor em Juízo” (arts. 81 a 101).

Nesse cenário, a concepção do CDC enquanto norma geral e principiológica aplicável a toda e qualquer relação de consumo¹⁴² levou à multiplicação de decisões que, aplicando os princípios, valores e regras do diploma consumerista, consolidaram jurisprudência protetiva dos clientes dos planos de saúde. A tendência é verificada, principalmente, em decisões que cuidavam de exclusões de cobertura contratual previstas em cláusulas dos contratos de planos e seguros de saúde,¹⁴³ reputadas abusivas com base no Código de Defesa do Consumidor.

De comum ocorrência nos contratos de planos de saúde mais antigos, eram reputadas inválidas com base no CDC cláusulas que excluía da cobertura assistencial o tratamento de doenças específicas, como a *AIDS* – o que hoje esbarra expressamente no artigo 10 da Lei n. 9.656/1998, que impõe cobertura de tratamentos para todas as mazelas listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde da OMS. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios considerou nula cláusula que impunha exclusão de cobertura de tratamentos para a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, por considerar que a disposição contratual afrontava o inciso IV do artigo 51 do CDC, combinado com o inciso II do §1º do mesmo artigo. Na decisão, consignou-se que a cláusula

expressamente declarada pelo art. 35-G da Lei nº 9.656/98” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso e reajustes por faixa etária em planos de saúde contratados antes da sua vigência, *cit.*); V. ainda: ALVES, Danielle Conte; BAHIA, Lígia; BARROSO, André Feijó. O papel da Justiça nos planos e seguros de saúde no Brasil. *Cad. Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 25(2), fev. 2009, p. 280.

¹⁴¹ LAVECCHIA, Amanda Leopoldo. A intervenção judicial nos contratos de plano de saúde, *cit.*; TRETTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira; SCHEFFER, Mario César. Judicialização em planos de saúde coletivos, *cit.*

¹⁴² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 548.

¹⁴³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Saúde e responsabilidade* (1999), *cit.*, p. 27 e p. 169-170. A título de exemplo, v. STJ, REsp 229.078-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgado em 09/11/1999; e STJ, REsp 158.728-RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, julgado em 16/03/1999.

restringia “direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, a ponto de tornar impraticável a realização de seu objeto”.¹⁴⁴

Semelhantemente, eram frequentemente ancoradas no CDC e, inclusive, na mesma disposição de seu artigo 51, inciso IV, decisões judiciais assinalando a invalidade de cláusulas de contratos de planos de saúde que estipulavam limitação temporal do período de internação dos segurados.¹⁴⁵ Nesse particular, destaque para precedentes do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁴⁶ e do Superior Tribunal de Justiça,¹⁴⁷ que culminaram na edição das Súmulas n. 92 do TJSP e 302 do STJ acerca do tema, ambas com idêntico teor: “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação do segurado ou usuário”.

Aliás, a consolidação do CDC como diploma legislativo empregado para vedar a exclusão de coberturas assistenciais – ou ampliar o escopo de coberturas – dos contratos de planos de saúde é tamanha a nível de se constatar que a hipótese continua ocorrendo com surpreendente frequência nos dias de hoje,¹⁴⁸ mesmo após a edição de previsões legais específicas chancelando algumas dessas exclusões de cobertura.

Tome-se como exemplo a autorização prevista no art. 10, inciso V da Lei 9.656/98 – e reforçada pela RN n. 428/2017 da ANS – para que as operadoras e seguradoras de saúde excluam da cobertura assistencial dos contratos o “fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados”, que consistem em medicamentos importados que não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Apesar da previsão legal expressa, a multiplicidade de processos judiciais questionando a possibilidade de afastamento de cobertura levou o STJ a afetar o tema para fixação de tese sob o rito dos recursos especiais repetitivos (art. 1.036 do

¹⁴⁴ TJDF, Apelação Cível 47.172/97, Rel. Des. Campos Amaral, Rev. Des. Nívio Gonçalves, 3ª Turma Cível, julgado em 02/03/1998. Na mesma linha e adotando fundamentos semelhantes: TJRJ, Apelação 0001715-49.1998.8.19.0000, Rel. Des(a). Wilson Marques, Quarta Câmara Cível, julgamento em 16/11/1999; TJRJ, Apelação 0002949-03.1997.8.19.0000, Rel. Des(a). Jorge De Miranda Magalhaes, Nona Câmara Cível, julgamento em 17/08/1999.

¹⁴⁵ Sobre o tema, seja consentido remeter a OLIVEIRA E SILVA, Lucas de Castro. Cláusula de contrato de plano de saúde que estabelece coparticipação no custeio de internações psiquiátricas: análise a partir do Tema Repetitivo n. 1032 e da jurisprudência do STJ. *Civilistica.com*, v. 10, n. 3, p. 1-31, dez. 2021.

¹⁴⁶ Exemplificativamente, v. TJSP, Apelação 9095343-41.1998.8.26.0000, Rel. Des. Silveira Paulilo, 11ª Câmara (Extinto 1º TAC), julgamento em 08/02/1999.

¹⁴⁷ V.g.: STJ, REsp 158.728/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 16/03/1999; e STJ, REsp 251.024/SP, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Segunda Seção, julgado em 27/09/2000.

¹⁴⁸ TRETTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira; SCHEFFER, Mario César. Judicialização em planos de saúde coletivos, cit., p. 173.

CPC/2015), firmada no sentido de que “as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA”.¹⁴⁹

A celeuma acima – e a discussão acerca da amplitude das coberturas assistenciais obrigatórias – é apenas um dos temas que ilustram os embates envolvendo contratos de planos de saúde cujo fundamento, em alguma medida, repousa na delicada compatibilização entre a jurisprudência protetiva construída a partir da interpretação e aplicação do CDC com a Lei n. 9.656/1998 e os demais atos normativos sobre o tema – sem mencionar, por óbvio, o deveras complexo equilíbrio dos interesses contrapostos entre os atores envolvidos nos contratos da saúde suplementar e a incidência de outros diplomas normativos que também contribuem para a complexidade dos dilemas que permeiam a celebração e execução de tais contratos.¹⁵⁰ Como dito, até hoje se verificam decisões que, calcadas na tendência jurisprudencial construída a partir da década de 1990, seguem privilegiando indiscriminadamente as disposições do CDC, em desprestígio aos regramentos específicos que vieram a ser editados para os seguros de saúde privada com a promulgação da Lei n. 9.656/1998, em cenário que agrava os conflitos do setor.¹⁵¹

¹⁴⁹ STJ, REsp 1712163/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 08/11/2018, publicação em 26/11/2018 – Tema Repetitivo 990/STJ. Destaque-se que, mesmo após a fixação da tese de observância obrigatória, alguns julgados têm negado vigência ao art. 10, inciso V da Lei 9.656/98 e cunhado hipóteses de exceções sob o pretexto de realização de *distinguishing* da tese do Tema Repetitivo 990/STJ, acolhendo pretensões de obrigar as operadoras de planos de saúde a fornecer medicamentos importados não nacionalizados que, apesar de não possuírem registro na ANVISA, contam com “autorizações de importação” casuisticamente expedidas pela agência reguladora. Veja-se, exemplificativamente: TJRJ, Agravo de Instrumento. 0054987-20.2019.8.19.0000, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, 22ª Câmara Cível, julgado em 05/11/2019; e TJSP, Apelação 4000694-72.2012.8.26.0100, Rel. Des. Silvia Maria Facchina Esposito Martinez, 10ª Câmara de Direito Privado, julgado em 09/04/2019.

¹⁵⁰ Conquanto se tenha optado por destacar a sofisticada compatibilização entre o CDC e a Lei n. 9.656/1998, há outros estatutos que também possuem grande relevância e são frequentemente empregados na resolução de conflitos sobre contratos de planos de saúde. Exemplificativamente, o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) também possui disposições que atingem diretamente contratos de planos de saúde, com destaque para o artigo 15, §3º da referida lei, que veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade” e impacta diretamente a regulação dos reajustes etários de mensalidades dos contratos. A relevância da matéria é denotada pelo fato de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do seguinte tema: “Aplicação do Estatuto do Idoso a contrato de plano de saúde firmado anteriormente a sua vigência”, em recurso extraordinário que discute a incidência (retroativa) do Estatuto do Idoso a contratos de planos de saúde celebrados anteriormente à sua vigência, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição, especificamente no que tange ao controle de validade de cláusulas que autorizam a majoração do valor da mensalidade em função da idade do beneficiário (STF, RG no RE 630852, Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2011).

¹⁵¹ “Ainda que entidades de defesa do consumidor e até mesmo o Poder Judiciário por vezes mantenham entendimento diverso, esses precedentes, quando notoriamente opostos à lógica da lei e de sua dicção em última forma, acabam por negar vigência à própria lei, o que parece exigir correção em favor da ordem jurídica. O impacto social da Lei n. 9.656/1998 foi – e é – tão notável, profundo e inovador como o foi, no seu devido tempo e até hoje é, o próprio Código de Defesa e Proteção ao Consumidor. Mas a coexistência dos sistemas legais exige justa, adequada e equilibrada aplicação prática” (ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. *Planos de saúde no Brasil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 26).

1.2.2.2. Os contratos de planos de saúde na legislação setorial específica da saúde suplementar: breve histórico da Lei n. 9.656/1998

Como já se adiantou, a tradição jurisprudencial de resolução de conflitos acerca de contratos de planos de saúde com base no CDC, verificável até os dias atuais, foi consolidada em período de carência de normas específicas sobre as nuances de tais contratos, que contrastava com a difusão desses ajustes no âmbito da prática contratual brasileira. Foi somente com a promulgação da Lei n. 9.656, em 03 de junho de 1998, que o Brasil ganhou um estatuto normativo especificamente concebido para regular os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde, hoje reunidos pelo art. 1º da mesma lei sobre o tipo denominado de “plano privado de assistência à saúde”.

Inicialmente, o Projeto de Lei n. 4.425 de 1994, que deu origem à Lei n. 9.656/1998, tratava apenas da amplitude das coberturas oferecidas pelas operadoras, trazendo ementa esclarecedora de seu objetivo principal. Segundo sua descrição, a proposição era voltada a proibir “a exclusão de cobertura de despesas com tratamento de determinadas doenças em contratos que asseguram atendimento médico-hospitalar pelas empresas privadas de seguro-saúde ou assemelhados”.

Substancialmente, o projeto, de autoria do então Senador Iram Saraiva, contava com um único artigo que abordava materialmente o tema e outros dois artigos que dispunham apenas sobre a vigência da norma proposta e sobre a revogação de disposições contrapostas. Em síntese, o artigo 1º do PL n. 4.425/1994 previa vedação genérica a “cláusulas de exclusão de tratamento de qualquer doença ou lesão” nos planos e seguros de saúde. Os cinco incisos desse mesmo artigo traziam exceções à vedação, permitindo exclusão de cobertura dos seguintes tratamentos: *tratamentos clínicos ou cirúrgicos experimentais* (inciso I); *cirurgias plásticas estéticas não restauradoras de função* (inciso II); *tratamentos de rejuvenescimento e emagrecimento com finalidade estética* (inciso III); *acidentes, lesões e quaisquer consequências da ingestão de bebida alcoólica ou uso de drogas psicoativas* (inciso IV); e *doenças e lesões intencionalmente autoinfligidas* (inciso V).

Curioso notar que os três primeiros incisos acabaram sendo incorporados, ainda que com ajustes, pela redação final do art. 10, incisos I, II e IV da Lei n. 9.656/1998.¹⁵² No entanto

¹⁵² Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização

– e felizmente –, não vingaram as restrições de cobertura outrora propostas nos incisos IV e V do PL n. 4.425/1994, que afastavam o custeio ou fornecimento de tratamentos apenas com base na origem das mazelas tratadas ter relação com o uso de drogas ou lesões autoinfligidas – intuitivamente contrárias à axiologia constitucional de proteção da dignidade humana e às mais modernas concepções médicas acerca do tratamento ambulatorial de dependentes químicos e de atenção à saúde mental, tais como os princípios da Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei n. 10.216 de 2001).

Por sinal, a regulação da amplitude das coberturas dos contratos de saúde privada de fato parecia ser – e, ao que tudo indica, continua sendo – a principal preocupação do legislador nesse campo. Não à toa, outros projetos de lei que já haviam sido apresentados no Congresso Nacional tocavam o tema, com destaque para aqueles que vieram a ser apensados ao PL n. 4.425/1994 que deu origem à atual Lei 9.656/98, quais sejam: o PL n. 929/1991, de autoria do Deputado José Augusto Curvo; o PL n. 4.417/1994, de autoria do Deputado Elias Murad; o PL n. 4.572/1994, do Deputado José Dirceu; o PL n. 944/1995, do Deputado Agnelo Queiroz; e o PL n. 1.390/1995, do Deputado Carlos Mosconi; e o PL n. 1.930/1996, do Deputado Leonel Pavan.

Dentre essas propostas, constavam diversas ideias dignas de nota. O PL n. 929/1991 apresentava dispositivos que imporiam lógica diametralmente contrária à que restou consagrada pela Lei 9.656/98 – alguns dos quais, inclusive, contrastavam com a própria estrutura prevista na Constituição da República para a saúde suplementar. O artigo 1º do projeto previa que os planos de saúde estariam “obrigados a obedecer os [sic] princípios de integralidade e continuidade”. A sistemática vedava textualmente o oferecimento de amplitudes de coberturas mais ou menos restritas e significava, na prática, a padronização dos planos de saúde. Ficavam proibidas, inclusive, restrições de segmentação, de modo que todos os planos deveriam contemplar, simultaneamente, segmentação hospitalar e ambulatorial. Sem mencionar a equiparação do papel da iniciativa privada na saúde ao dever do Estado de oferecer “atendimento integral”, previsto no art. 198, inciso I da Constituição, em nítida dissonância com o papel *complementar e suplementar* atribuído ao setor privado logo no seguinte artigo 199, *caput* e §1º.

Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

[...] IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

Previsões de teor parecido eram trazidas no artigo 3º do PL n. 1.390/1995 e no artigo 1º do PL n. 4.417/1994. Essa última proposição previa não apenas a cobertura obrigatória de tratamentos para todas as enfermidades da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde da Organização Mundial de Saúde (CID), mas proibia genericamente quaisquer “restrições qualitativas ou de qualquer natureza” ao objeto dos contratos. Proibição idêntica era proposta no primeiro artigo do PL n. 4.572/1994. De maior extensão, esses dois projetos se preocupavam em disciplinar outros aspectos, como a liberdade de escolha dos meios de diagnóstico e tratamento pelos médicos, o sigilo de informações de saúde, a obrigatoriedade de contratação de seguros ou resseguros para os contratos firmados e a atribuição de poder de polícia para regulação complementar da matéria por órgãos do Sistema Único de Saúde ou pelo Conselho Federal de Medicina.

Também na lista de sugestões que não prevaleceram, o artigo 2º do PL n. 929/1991 proibia cláusulas que impusessem prazos de carência nos contratos de planos de saúde. Ainda segundo o projeto de lei, todos os negócios que não se amoldassem a essas disposições seriam “rescindidos automaticamente” em noventa dias contados da vigência da norma – o que implicaria, quando menos, em abrupta reformulação de praticamente todos os contratos de planos de saúde no país. Todavia, como cediço, a previsão contratual de carências não apenas foi expressamente autorizada, como também foi regulada de forma minuciosa pelos artigos 11 e 12 da Lei n. 9.656/1998, que fixaram os prazos máximos de incidência do mecanismo que podem ser previstos nos instrumentos negociais.

Outros projetos apensados ao PL n. 4.425/1994 cuidavam de temas distintos, que também vieram a repercutir na redação dos dispositivos da atual Lei dos Planos de Saúde. Dentre eles, destaque para o PL n. 1.289/1995 do Senador Lúcio Alcântara, o PL n. 1.975/1996 advindo do Poder Executivo Federal e os já mencionados Projetos de Leis n. 4.417/1994, n. 4.572/1994 e n. 1.390/1995 que dispunham sobre o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) em razão do atendimento realizado a beneficiários de planos de saúde, com lógica corporificada posteriormente no artigo 32 da Lei n. 9.656/1998.¹⁵³

¹⁵³ Com referência ao ponto, veja-se: RENAULT, Felipe Kertesz; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Ressarcimento ao SUS e saúde suplementar*, cit. Aliás, a constitucionalidade do art. 32 da Lei 9.656/98 foi reafirmada em julgamento recente do Supremo Tribunal Federal, sob o Tema n. 345 de Repercussão Geral, em que se firmou a seguinte tese: “É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 1.9.1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos”. (STF, RE 597064, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018).

Somente depois de mais de quatro anos de tramitação e inúmeras emendas é que surgiu o texto consolidado na Lei n. 9.656/1998. A redação de vários dispositivos ainda passaria por significativas alterações promovidas via leis posteriores e medidas provisórias. Destacam-se as conformações decorrentes da Medida Provisória n. 2.177-44 de 2001, editada pouco depois da entrada em vigor da lei e que, após dezenas de reedições, teve sua validade prorrogada indefinidamente até eventual revogação por medida provisória ulterior ou deliberação definitiva pelo Congresso Nacional.

1.2.2.3. Principais aspectos da Lei n. 9.656/1998 e dos atos normativos editados pela ANS

Em sua conformação atual, a Lei n. 9.656/1998 disciplina os mais diversos aspectos dos chamados planos e seguros de saúde. Seus dispositivos trazem normas de direito civil, direito do consumidor e direito regulatório (administrativo), que vão desde a conceituação do tipo contratual *plano privado de assistência à saúde* até a fixação de exigências para registro, funcionamento e liquidação das operadoras de planos de assistência à saúde. Perpassam, ainda, definições acerca de um sem-número de questões na órbita dos contratos de planos de saúde, tais como: a amplitude das coberturas assistenciais mandatórias; segmentações dos planos; períodos de carência; reajustes de contraprestações; condições de elegibilidade, inclusão e manutenção de beneficiários; garantias de equilíbrio econômico-financeiro; parâmetros sobre rede de atendimento; suspensão, rescisão unilateral e resolução de contratos; e contratos entre operadoras de planos de saúde e seus prestadores de serviço.

As normas da Lei dos Planos de Saúde são frequentemente disciplinadas e complementadas pelas Resoluções Normativas e por outros atos normativos editados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, com base nas competências regulatórias que lhe foram outorgadas por dispositivos da própria Lei n. 9.656/1998 e, ainda, da Lei n. 9.961/2000 (artigos 1º a 4º), responsável pela criação dessa agência reguladora. Nesse particular, as especificidades técnicas do setor de saúde suplementar e o considerável impacto social e econômico de quaisquer decisões regulatórias sobre os interesses dos atores envolvidos são as

principais justificativas para a criação de órgão regulador independente,¹⁵⁴ dotado de poder de polícia e, principalmente, de poder normativo.¹⁵⁵

Diante desse cenário, ao lado das principais conformações trazidas pela Lei dos Planos de Saúde para os contratos que regula de modo específico, serão igualmente mencionadas a seguir algumas normas editadas – ou sufragadas – pela ANS acerca desses mesmos aspectos.

De início, o artigo 1º da Lei n. 9.656/1998 se preocupou em definir, por meio de conceituações, os sujeitos e objetos que a ela passariam a estar diretamente submetidos. Nesse viés, destacam-se os conceitos de “plano privado de assistência à saúde”, já explicitado (inciso I) e de “operadora de plano de assistência à saúde”, identificada como “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo” (inciso II). A esses conceitos, a lei também atrelou o conceito de “carteira”, definida como “o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1o deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos” (inciso III). As definições se alinham à vedação do exercício da operação de planos de saúde por pessoas físicas (art. 1º, §5º) e às características previstas no parágrafo primeiro do mesmo artigo, que buscam diferenciar as atividades das operadoras de saúde privada, sujeitas à lei, das desempenhadas por pessoas jurídicas que realizem “atividade exclusivamente financeira”.

Em conjunto com as normas de transição previstas em seu artigo 9º, o artigo 8º da Lei dos Planos de Saúde trouxe os principais requisitos que as operadoras precisam atender para obtenção de autorização de funcionamento expedida pela ANS, destacando-se: o registro nos respectivos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, conforme aplicáveis (inciso I); “demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados” (inciso V); e, já aqui, “demonstração da *viabilidade econômico-financeira* dos planos privados de

¹⁵⁴ Registre-se, no entanto, a ressalva feita por Marcos Juruena Villela Souto, de que “no Brasil, a citada independência dos órgãos reguladores é relativa, posto que vigora o ‘princípio da jurisdição una’, o que implica em dizer que ‘nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará à apreciação do Poder Judiciário’. Essa submissão das decisões das agências reguladoras ao magistrado diminui-lhes a força e a eficácia de agilizar o procedimento, solucioná-lo através da intervenção de técnicos habilitados e reduzir os custos do contencioso. O ideal era introduzir a limitação da Lei n. 9307 (que regula a arbitragem), somente admitindo o questionamento jurisdicional se houver vícios formais na decisão, respeitadas as situações em que há direitos indisponíveis do Estado. Também macula a independência da agência a admissão de recurso de suas decisões para autoridade do Poder Executivo (controle administrativo)” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências reguladoras*, cit., p. 132).

¹⁵⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 37, n. 148, out.-dez. 200, p. 278.

assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras” (inciso VI).

Na sequência, os artigos 10 a 10-D trazem enunciados ligados àquele que parece continuar sendo o tópico mais frequente nos embates que envolvem contratos de planos de saúde: a definição da amplitude da chamada “cobertura assistencial”, a que já se aludiu no item 1.1 e à qual se retornará, de forma pormenorizada, nos capítulos seguintes, com a análise de casos práticos discutindo o tema.

Diretamente atreladas à cobertura assistencial dos contratos de plano de saúde estão as definições acerca dos períodos de *carência* e de *cobertura parcial temporária*, previstas nos artigos 11 e 12 da Lei n. 9.656/1998. Segundo a doutrina especializada,¹⁵⁶ a carência representa fator que condiciona (limita) parcial ou totalmente a eficácia dos contratos de planos de saúde no tempo. Durante o período de carência, já se encontra implementado o direito da operadora de exigir do beneficiário a contraprestação pecuniária (mensalidade; prêmio) devida nos termos da avença. Todavia, há postergação da aquisição do direito do beneficiário de exigir da operadora a prestação de determinados serviços ou a cobertura de determinados custos assistenciais previstos em contrato.¹⁵⁷ A limitação da eficácia deverá ter prazo certo para acabar, a ser expressamente consignado no contrato. Desse modo, os períodos de carência sujeitam o negócio a *termo* – ainda que apenas parcialmente – na forma do art. 131 do Código Civil.¹⁵⁸ Assim, conforme dispõe a Resolução Normativa n. 438/2018 da ANS, a carência consubstancia “o período ininterrupto, contado a partir do vínculo do beneficiário ao contrato do plano privado de assistência à saúde, durante o qual as mensalidades são pagas, mas o beneficiário não tem acesso a determinadas coberturas previstas na segmentação assistencial do plano”.¹⁵⁹

¹⁵⁶ GOMES, Josiane Araújo. *Lei dos planos de saúde*, cit., p. 134.

¹⁵⁷ OLIVEIRA E SILVA, Lucas de Castro; FERRÃO, Camila dos Santos. *Reflexões sobre demandas judiciais ligadas a carências de contratos de planos de saúde durante a pandemia da COVID-19*. 2021. No prelo.

¹⁵⁸ “O termo consiste no elemento que subordina o início ou o término da eficácia do negócio jurídico a um evento futuro e certo. A futuridade e certeza do evento caracterizam o termo. Desse modo, sua ocorrência só poderá se verificar no futuro. Não se confunde com a condição especificamente pela certeza que o caracteriza, de modo que a existência e a eficácia do negócio com termo estão asseguradas, verificando-se somente um limite temporal especial” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 1, 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 263).

¹⁵⁹ Nessa linha, pode-se dizer que a Lei n. 9.656/1998 respalda o estabelecimento contratual de apenas quatro modalidades de carências, fixando tetos para a duração de cada uma delas: 24 meses para cobertura integral do tratamento de doenças e lesões preexistentes à data de contratação (art. 11); 300 dias para cobertura de partos a termo – ressalvados, portanto, partos prematuros ou decorrentes de complicações na gestação; 24 horas para cobertura de atendimentos a casos de urgência e emergência; e 180 dias para cobertura dos demais casos (art. 12, V, “a” a “c”) (BAHIA, Lígia; SCHEFER, Mário. *Planos e seguros de saúde*, cit., p. 91). Efetivamente, a Lei n. 9.656/1998 usa termos com nítido propósito de afastar peremptoriamente outros tipos de carências e, ainda, carências com períodos superiores aos ali previstos. Nesse sentido, o artigo 11 estabelece que “é vedada” exclusão

A seu turno, o artigo 12 da Lei n. 9.656/1998 traz ainda outro aspecto extremamente relevante para a configuração da cobertura assistencial de cada contrato de plano de saúde, a saber, as diferentes modalidades de *segmentação* que podem ser contratadas pelos usuários, em conjunto ou separadamente,¹⁶⁰ e que influenciam na análise de coberturas mínimas obrigatórias instituídas pelo “plano-referência” previsto no artigo 10 da mesma lei.¹⁶¹ Trata-se aqui das segmentações *ambulatorial; hospitalar; obstétrica; e odontológica*, com especial destaque para as duas primeiras, reguladas pelos incisos I e II do mencionado artigo 12. Nesse viés, a contratação de segmentação ambulatorial inclui a cobertura de consultas médicas, serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e procedimentos ambulatoriais solicitados pelo médico assistente do beneficiário e, ainda, de tratamentos domiciliares de uso oral para neoplasias benignas ou malignas – que abrangerão o fornecimento de medicamentos antineoplásicos. Já a contratação de segmentação hospitalar inclui, em essência, a cobertura de internações hospitalares em geral, incluindo centros de terapia intensiva, bem como despesas com honorários e taxas correlatas, exames complementares, além de uma série de medicamentos e procedimentos realizados ou ministrados durante o período de internação e tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, bem como procedimentos com igual escopo prestados no âmbito de internação hospitalar.

De modo analítico, a Resolução Normativa n. 465/2021 da ANS é o ato normativo infralegal que disciplina a Lei n. 9.656/1998 no que tange à explicitação das coberturas obrigatórias mínimas a serem oferecidas com base nos contratos de planos de saúde, considerando as conformações do plano referência e as respectivas segmentações, na esteira dos mencionados artigos 10 e 12 daquela lei. A aludida resolução é fruto da competência normativa atribuída expressamente pelo artigo 10, § 4º da Lei n. 9.656/1998, que prevê que “a amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes, de procedimentos de alta complexidade e das dispostas nas alíneas “c” do inciso I e “g” do inciso II do caput do art. 12, será estabelecida em norma editada pela ANS”. O tema será retomado adiante, por meio da análise de casos práticos que o tangenciam.

Adiante, o artigo 13 da Lei n. 9.656/1998 se alinha a característica frequentemente observada quanto aos contratos de planos de saúde: cuida-se de ajustes chamados pela doutrina

de cobertura superior a 24 meses para moléstias preexistentes, ao passo que todas as alíneas do art. 12, inciso V falam em “prazo máximo” ao disciplinar as outras modalidades de carência.

¹⁶⁰ SILVA, José Luiz Toro da. Ob. cit., p. 99.

¹⁶¹ “Os planos segmentados nada mais são do que ramificações do plano de referência. Subdividem-se em: plano ambulatorial, plano hospitalar, plano hospitalar com atendimento obstétrico e plano odontológico”. (GOMES, Josiane Araújo. *Lei dos planos de saúde*, cit., p. 115).

especializada de contratos *cativos de longa duração*,¹⁶² tendo o dispositivo previsto que tais avenças “têm renovação automática a partir do prazo inicial de vigência”. De fato, a lógica de tais contratos costuma ser voltada à extensão temporal da relação mantida entre as partes, ainda que se possa discutir o caráter comutativo e a frequência irregular em que ocorrem os principais eventos que evidenciam o cumprimento das prestações contratuais.¹⁶³

Não à toa, a Lei dos Planos de Saúde se voltou à previsão de mecanismos que dificultam que a operadora do plano promova a extinção do vínculo contratual, com nítido intuito de privilegiar o beneficiário por meio da manutenção do contrato que lhe proporciona acesso a assistência médica. Assim fez a lei, nomeadamente quanto aos contratos de planos de saúde individuais – nos quais a vulnerabilidade do consumidor se evidencia de modo mais claro, ante à ausência de uma pessoa jurídica com maior poder de barganha para negociar junto às operadoras. Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 13 da Lei n. 9.656/1998 trouxe normas específicas para os planos “contratados individualmente”, dispondo que nos contratos individuais (e familiares), ficam vedadas: “a recontagem de carências” (inciso I); “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” (inciso II); e “a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular” (inciso III).

No que tange às contratações coletivas, em parelho à aplicação *contrario sensu* das previsões acima, o tema foi disciplinado pelo artigo 17, *caput* e parágrafo único, da Resolução Normativa n. 195/2009 da ANS. O *caput* relegava a definição das condições de rescisão (aqui incluídas hipóteses de resilição e resolução) ao próprio instrumento contratual entabulado entre a pessoa jurídica estipulante e a operadora do plano.¹⁶⁴ No entanto, o parágrafo único, que condicionava a autorização de “rescisão imotivada” (*rectius*: resilição unilateral) à vigência de doze meses e a notificação prévia da contraparte com antecedência de ao menos sessenta dias,

¹⁶² *Ibid.*, p. 88; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 79.

¹⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*, cit., p. 321.

¹⁶⁴ Importante diferenciar a questão colocada nesses termos dos institutos de “*exclusão*” e “*suspensão*” de beneficiários de contratos de planos coletivos de saúde, promovida pelas estipulantes e, apenas excepcionalmente, pelas operadoras do plano. Na esteira dos artigos 15 e 18 da Resolução Normativa n. 195/2009 da ANS, além dos casos de inadimplência de mensalidades – cujas consequências deverão ser disciplinadas detalhadamente pelos instrumentos contratuais –, os beneficiários só poderão ser excluídos dos planos coletivos ou ter suspensa a assistência médica que lhes é prestada por iniciativa unilateral da operadora por conta “fraude” ou “por perda dos vínculos do titular previstos nos artigos 5º e 9º desta resolução, ou de dependência, desde que previstos em regulamento ou contrato”, ressaltando-se eventual direito à manutenção no plano, conforme outorgado pelos artigos 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998 a ex-empregados e aposentados que preencham os requisitos daqueles dispositivos.

acabou sendo anulado, por conta de determinação judicial imposta na Ação Civil Pública n. 0136265-83.2013.4.02.51.01 e cumprida pela ANS com a edição da Resolução Normativa n. 455/2020. Nesse cenário, o quadro de incerteza e idas e vindas na regulação da matéria acaba contribuindo para o surgimento de controvérsias sobre o tema.

Diante da restrição textual do parágrafo único do artigo 13 da Lei n. 9.656/1998 em prever vedações apenas aos “produtos contratados individualmente” e pelo fato de não haver na lei regra semelhante incidente sobre as contratações coletivas, a conclusão, à primeira vista, seria mesmo pela permissão de tais condutas no que diz respeito aos regimes dos contratos coletivos empresariais e por adesão. No entanto, muito controverte-se acerca dessa conclusão tomada *a contrario*, sobretudo no que tange à vedação de suspensão ou rescisão (*rectius*: resilição) unilateral “durante a ocorrência de internação do titular” – em que, efetivamente, não parece haver boa razão para distinguir entre contratações individuais ou coletivas.¹⁶⁵

Na sequência, o artigo 14 da Lei n. 9.656/1998 traz outra importante proteção aos beneficiários, vedando que sejam impedidos de participarem de contratos de planos de saúde com base em restrições de idade ou impostas a pessoas com deficiência. Entretanto, se a entrada de consumidores idosos não pode ser vedada nos planos de saúde, de outro lado, a lei contempla a possibilidade de reajustes das mensalidades com base na faixa etária dos beneficiários. Nesse sentido, a previsão do artigo 14 é complementada pelos enunciados do artigo seguinte, que estabelecem dois requisitos para a imposição de reajustes: que tais ajustes só poderão ocorrer “caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas”; e que não poderão ser aplicadas variações por faixa etária nas mensalidades de consumidores idosos (com mais de sessenta anos) que já participavam dos planos de saúde havia mais de dez anos quando da entrada em vigor da Lei n. 9.656/1998. Em adição, o artigo 15, §3º do Estatuto do Idoso veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”, em disposição compreendida como empecilho à estipulação de reajustes etários a partir dos sessenta anos.

Paralelamente aos reajustes por faixa etária, encontra-se a figura do *reajuste anual por variação de custos*, frequentemente referido apenas pela expressão “reajuste anual”. Segundo

¹⁶⁵ A controvérsia é objeto do Tema n. 1082, afetado ao rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça com texto que, com a devida vênia, parece demasiado amplo, por desbordar da hipótese de internação do beneficiário prevista em lei, mencionando expressão mais genérica: “Definir a possibilidade ou não de cancelamento unilateral - por iniciativa da operadora - de contrato de plano de saúde (ou seguro saúde) coletivo enquanto pendente tratamento médico de beneficiário acometido de doença grave” (STJ, REsp 1842751/RS e REsp 1846123/SP, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, 2ª Seção, afetados em 02/03/2021).

definição trazida pela própria ANS,¹⁶⁶ tal reajuste consiste em “aumento da contraprestação pecuniária para a correção do desequilíbrio na carteira de planos privados de assistência à saúde em função da variação dos custos médico-hospitalares ocorrida no período de um ano” e precisa ter seus critérios previstos no contrato de plano de saúde, por força do artigo 16, inciso XI da Lei n. 9.656/1998. Nessa modalidade de reajuste, as regras se diferenciam conforme o tipo de contratação (individuais e coletivas) e, eventualmente, em razão do número de beneficiários envolvidos nos planos coletivos. Para os planos individuais e familiares, o índice de reajuste anual máximo é definido unilateralmente pela Diretoria Colegiada da ANS, conforme se extrai dos artigos 2º e 8º da Resolução Normativa n. 171/2008 da ANS.¹⁶⁷ Já para os planos coletivos que contam com menos de trinta beneficiários, o reajuste anual é disciplinado pela Resolução Normativa n. 309/2012, que estabelece método de agrupamento de contratos de cada operadora que se enquadrem nesse perfil, para incidência de um mesmo percentual de reajuste. Com relação aos demais planos coletivos (empresariais e por adesão, com mais de trinta beneficiários), esclarece a própria ANS que as cláusulas dessa modalidade de reajuste “são estipuladas por livre negociação entre a pessoa jurídica contratante e a operadora ou administradora de benefícios contratada”. Em todos os casos, para quaisquer contratações coletivas, impõem-se as proibições de reajustes por variações de custos com periodicidade inferior a doze meses e de aplicação de reajustes diferenciados a beneficiários incluídos em um mesmo plano de um mesmo contrato coletivo, previstas pela Resolução Normativa n. 195/2009 da ANS (artigos 19 e 20).

Realmente, o tema dos reajustes é intensamente regulado pela ANS. Não poderia ser diferente, tendo em vista que, ao lado das predeterminações de riscos ligadas à definição da amplitude da cobertura assistencial de cada contrato, a definição das regras de reajuste das mensalidades necessárias para fazer frente a tais riscos é outro fator essencial ao *equilíbrio econômico-financeiro* necessário à sustentabilidade dos planos privados de saúde.

¹⁶⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Glossário Temático da Saúde Suplementar. Disponível em: <https://bit.ly/ANS-ReajusteAnual>. Acesso em 21.06.2021.

¹⁶⁷ Registre-se que o art. 35-E, §2º da Lei n. 9.656/1998, incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44/2001 já trazia imposição semelhante da necessidade de submissão dos reajustes de contratos individuais à prévia aprovação da ANS. Contudo, tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 1.931/DF, porquanto trazia enunciado normativo retroativo que determinava sua própria aplicação a todos os contratos individuais “independentemente da data de sua celebração”, alcançando contratos firmados antes da vigência da própria norma.

As sutilezas e complexidades da regulação acabam se refletindo na proliferação de litígios e controvérsias acerca do tema.¹⁶⁸ Não à toa, o tópico já foi objeto de tese fixada sob o rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça no que tange aos reajustes etários de mensalidades em contratos individuais (Tema Repetitivo n. 952).¹⁶⁹ Atualmente, o tema dos reajustes etários é discutido naquele tribunal sob o mesmo regime repetitivo, no que diz respeito aos contratos coletivos¹⁷⁰ - que, em essência, atualmente possuem idêntica regulação, tanto com base na letra fria do artigo 15 da Lei n. 9.656/1998, quanto na Resolução Normativa n. 63/2003 editada pela ANS para disciplinar o dispositivo legal nesse pormenor.¹⁷¹⁻¹⁷²

¹⁶⁸ Sobre o tópico, v. GOMES, Josiane Araújo. Reajuste de mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária: análise do REsp 1.568.244/RJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 110, p. 211-235, mar-abr. 2017.

¹⁶⁹ STJ, REsp 1568244/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 2ª Seção, julgado em 14/12/2016.

¹⁷⁰ Cuida-se do Tema Repetitivo n. 1016, afetado ao rito dos recursos especiais repetitivos para discutir: “(a) Validade de cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária; e (b) Ônus da prova da base atuarial do reajuste”. (STJ, REsp 1716113/DF, REsp 1721776/SP, REsp 1723727/SP, REsp 1728839/SP, REsp 1726285/SP e REsp 1715798/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, afetados em 04/06/2019; e REsp 1873377/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Monocrática, afetado em 13/08/2021).

¹⁷¹ Nesse sentido, a tese firmada pelo STJ quanto às contratações individuais e familiares prestou deferência às disposições da Lei n. 9.656/1998 e às soluções normativas editadas pelos órgãos reguladores, tendo sido consolidada nos seguintes termos: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso. [...] Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais: a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS; b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos; c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas” (STJ, REsp 1568244/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 14/12/2016).

¹⁷² Para maiores explicações acerca dos fundamentos atuariais da sistemática de reajustes atualmente adotada conforme os parâmetros da Resolução Normativa n. 63/2003 da ANS, confira-se parecer da Prof.ª Dra. Luciana Yeung (INSPER), acostado às folhas 1563-1583 dos autos do IRDR nº 0043940-25-2017.8.26.0000, no qual o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo fixou teses jurídicas acerca dos reajustes por faixa etária em contratos coletivos, nos seguintes termos: “TESE 1 - ‘É válido, em tese, o reajuste por mudança de faixa etária aos 59 (cinquenta e nove) anos de idade, nos contratos coletivos de plano de saúde (empresarial ou por adesão), celebrados a partir de 01.01.2004 ou adaptados à Resolução nº 63/03, da ANS, desde que (I) previsto em cláusula contratual clara, expressa e inteligível, contendo as faixas etárias e os percentuais aplicáveis a cada uma delas, (II) estes estejam em consonância com a Resolução nº 63/03, da ANS, e (III) não sejam aplicados percentuais desarrazoados

Como era de se esperar, a Lei n. 9.656/1998 se preocupou em atenuar a assimetria e o desencontro de informações existente entre as partes dos contratos de planos de saúde e previu expressamente diversos aspectos que deveriam constar “dos contratos, regulamentos ou condições gerais” dos planos de saúde, para que “indiquem com clareza” como se dá, naquela relação contratual, a regulação de elementos essenciais, a saber: as condições de admissão; o início da vigência; os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames; as faixas etárias e os percentuais a que alude o *caput* do art. 15; as condições de perda da qualidade de beneficiário; os eventos cobertos e excluídos; o regime, ou tipo de contratação (individual, familiar, coletivo empresarial ou coletivo por adesão); a franquia, os limites financeiros ou o percentual de coparticipação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária; a área geográfica de abrangência do plano; os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias; e o número de registro do plano na ANS.

Em seu parágrafo único, o artigo 16 da Lei n. 9.656/1998 trouxe ainda outra determinação ligada ao *dever de informação* que cabe às operadoras de saúde, impondo que estas forneçam aos consumidores de planos individuais ou familiares cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos planos, “além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações”. A lei deixou de prever idêntica imposição em favor dos beneficiários dos planos coletivos. Contudo, não se encontra razão idônea para duvidar que igualmente se verifica no âmbito das contratações coletivas dever de informação idêntico a impor a necessidade de indicar com clareza tais aspectos essenciais. É de se cogitar que, nessas modalidades, tal dever se coloca de modo pleno, seja enquanto dever anexo decorrente do princípio da boa-fé objetiva,¹⁷³ seja em decorrência dos ditames da Lei dos Planos de Saúde e do Código de Defesa do Consumidor,¹⁷⁴

que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso. TESE 2 – ‘A interpretação correta do art. 3º, II, da Resolução nº 63/03, da ANS, é aquela que observa o sentido matemático da expressão “variação acumulada”, referente ao aumento real de preço verificado em cada intervalo, devendo-se aplicar, para sua apuração, a respectiva fórmula matemática, estando incorreta a soma aritmética de percentuais de reajuste ou o cálculo de média dos percentuais aplicados em todas as faixas etárias’” (TJSP, IRDR 0043940-25-2017.8.26.0000, Rel. Des. Grava Brazil, Turma Especial de Direito Privado 1, julgado em 08/11/2018).

¹⁷³ MARQUESI, Roberto Wagner; SANTOS, Evelise Veronese dos. O dever de informação como desdobramento do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de seguro-saúde (o caso da unimed paulistana). *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 4, n. 41, jan. 2016, p. 450.

¹⁷⁴ Sobre o tema, v. LAMY, Marcelo; SOUZA, Luciano Pereira; LAZAROV, Amanda. Dever de informar nos planos privados de assistência à saúde. *Revista Jurídica Unicuritiba*. Curitiba, v. 3, n. 53, p.179-210, jul-set. 2019; e COSTA, Tatiana Gonçalves. *O dever de informar imposto às operadoras nos planos privados de assistência à*

em regra incidente sobre esses ajustes. Mais do que isso, na esfera dessas relações, parece razoável afirmar que o dever informativo se impõe não apenas em face da operadora do plano, mas também sobre a pessoa jurídica estipulante, responsável por intermediar de forma eficiente a relação mantida entre os beneficiários do plano coletivo e a operadora de saúde.

Como é de conhecimento comum, os contratos de plano de saúde se encaixam no conceito de “contrato de adesão” previsto pelo artigo 54, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor,¹⁷⁵ que abarca tanto os ajustes “cuja cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente” ou tenham sido “estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. Bem-vistas as coisas, não é exagerado afirmar que os contratos de planos privados de assistência à saúde acabam tangenciando, simultaneamente, as duas hipóteses previstas pelo artigo 54 do CDC. De um lado, é certo que aos consumidores são apresentados modelos contratuais elaborados unilateralmente pelas operadoras, seguradoras e administradoras, que, em geral, não admitem a possibilidade de modificações relevantes por parte dos beneficiários aderentes. De outro lado, não se pode ignorar que uma parte substancial das cláusulas do contrato é necessariamente fixada em estrita observância das normas reguladoras do setor e, na prática, sua previsão nos instrumentos contratuais acaba sendo obrigatória – ou, no mínimo, limitadora – para as operadoras, para que obtenham a autorização prévia para (registro e) comercialização de cada tipo de contrato (encarado como um “produto” específico pela agência reguladora) junto à ANS.

Isso porque a ANS tem exercido de forma intensa as competências outorgadas pelo artigo 4º, inciso II da Lei 9.961/2000 para “estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras” e para “estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei no 9.656, de 1998”. Nesse mister, a agência, por meio de sua Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos – DIPRO, editou a Instrução Normativa n. 23/2009, que, em seu Anexo I, literalmente estabelece um “Manual de Elaboração dos Contratos de Planos de Saúde” a ser observado pelas operadoras para efeitos de obtenção do registro dos “produtos” (leia-se, *contratos*) que pretendem operar. O manual contém ordenações sobre uma série de temas que devem constar obrigatoriamente dos contratos, na esteira do artigo 16 da Lei n. 9.656/1998. Mais do que isso, prevê circunstâncias que são impositivas, permitidas ou vedadas na redação das cláusulas dos contratos de planos de

saúde. 2021. 82 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2021.

¹⁷⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à lei de plano e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 64.

saúde pelas operadoras, com especial nível de detalhe em temas extremamente relevantes, como o “Tema IV – Exclusões de Cobertura” e o “Tema XII – Reajuste”.¹⁷⁶

Como já se viu, as amarras regulatórias são menos restritivas quanto aos contratos de estipulação de planos coletivos, nos quais costuma haver maior margem de negociação para definição das condições dos acordos entre as operadoras de saúde e as pessoas jurídicas estipulantes dos planos. Nos ajustes “guarda-chuva” celebrados entre as pessoas jurídicas estipulantes e operadoras, permanece a possibilidade de conformação de uma série de aspectos, como modalidades e condições de pagamento, regras de admissão, condições de rescisão, efeitos do inadimplemento de mensalidades, disposições acerca dos reajustes anuais etc.

Todavia, mesmo que em graus distintos, tanto nesses contratos “coletivos”, quanto nos ajustes individualmente celebrados pelos beneficiários a partir de adesão a um determinado contrato coletivo, persiste a incidência das ordenanças da Lei n. 9.656/1998, da normativa editada pela ANS e, por óbvio, de outros condicionamentos previstos na legislação. Por conta de todas essas amarras, resta às operadoras limitado âmbito de autonomia no que diz respeito à elaboração das principais cláusulas contratuais e, aos beneficiários-consumidores, praticamente nenhuma esfera de influência nesse mesmo aspecto, além da possibilidade de tentar buscar a prestadora e o plano que melhor atendam aos seus anseios.

Nesse viés, a pluralidade de normas incidentes na regulação desses contratos, conquanto tenha trazido maior densidade e segurança para o regramento do tema, também é uma das principais causas de reclamações e dos dissensos entre os variados participantes das relações jurídicas inerentes aos contratos de saúde suplementar, contribuindo, em alguma medida, para a intensa judicialização nessa seara.¹⁷⁷ Por conta disso, o principal enfoque na análise dessas celeumas tem sido justamente a dificuldade de compatibilização de normas específicas do setor, como a Lei n. 9.656/1998 e os atos normativos editados pelos órgãos reguladores, com ditames do Código de Defesa do Consumidor e outras normas que, como se expôs, também são constantemente aplicadas na resolução de conflitos sobre planos de saúde.¹⁷⁸

Por tudo isso, faz-se ainda mais importante o exame realizado adiante, acerca de posturas hermenêuticas adotadas em face dos inúmeros marcos legais que regulam, nem sempre

¹⁷⁶ A íntegra da referida instrução normativa e o aludido manual podem ser acessados em: <https://bit.ly/IN23DIPROANS>. Acesso em 21.11.2021.

¹⁷⁷ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 195.

¹⁷⁸ Id. Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 108, n. 1004, p. 123-143, jun. 2019.

de forma harmônica e linear, os contratos da saúde suplementar,¹⁷⁹ mesmo porque, nesse relevante setor, a autonomia privada das partes cede em grande parte às disposições cogentes do ordenamento.

¹⁷⁹ OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*. Belo Horizonte, v. 16, abr.-jun. 2018, p. 20-21.

2. COTEJO DE VERTENTES HERMENÊUTICAS INVOCADAS PARA ANÁLISE DE QUESTÕES DE CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

2.1. Invocações dos “diálogos das fontes” em temas de contratos de planos de saúde

Segundo seus expoentes na doutrina brasileira,¹⁸⁰ a teoria ou doutrina do *diálogo das fontes* tem origem na doutrina jurídica alemã e, mais precisamente, nos estudos de Erik Jayme, com enfoque na resolução de dilemas de direito internacional privado sobre conflito de leis.¹⁸¹ Nas palavras do autor alemão, o raciocínio do diálogo das fontes remete à ideia de que “as decisões de casos complexos da vida são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional)”, partindo-se da premissa de que “hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação destas, um aplicar lado a lado”.¹⁸²

No Brasil, a teoria parece ter adquirido ao longo do tempo autonomia científica com relação às suas raízes germânicas, espalhando-se por concepções doutrinárias que atingem os mais diversos ramos do direito, sendo possivelmente mais correto falar em “teorias” ou “doutrinas” do diálogo das fontes, no plural, do que no singular. No entanto, não resta dúvida de que por aqui, um dos terrenos mais férteis para desenvolvimento da construção foi o direito do consumidor e, de forma conexa, o direito civil. Dentre outros estudiosos, destaca-se a relevância da obra de Cláudia Lima Marques na difusão da construção teórica em um sem-número de textos que têm acompanhado as discussões sobre o tema na doutrina brasileira.¹⁸³

Efetivamente, os debates que têm atraído os influxos da teoria do diálogo das fontes têm como principais locais de propagação as discussões sobre o campo de aplicação e interpretação

¹⁸⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 115, jan.-fev. 2018, p. 21.

¹⁸¹ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013, *passim*.

¹⁸² Idem. Diálogos com a doutrina (Entrevista com o Prof. Erik Jayme). *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 3, jul.-set. 2003, p. 292.

¹⁸³ Veja-se, dentre tantos outros trabalhos de autoria ou coautoria da Prof.^a Cláudia Lima Marques acerca da matéria: A teoria do “diálogo das fontes” hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Coord.). *Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 17-73; Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe - ESMESE*, v. 7, 2004, p. 15-54; 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, jan.-mar. 2003, p. 71-99; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, *passim*; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil, cit., p.21-40.

de normas, colmatação de lacunas e solução de antinomias dos diversos estatutos setoriais que foram surgindo na legislação brasileira, especialmente no final do século passado. Inclua-se, por óbvio, não só a Lei dos Planos de Saúde, em relevo no presente estudo, mas também o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Ação Civil Pública¹⁸⁴, etc. Assim sendo, compõem objeto fundamental da referida teoria as chamadas “normas especiais”,¹⁸⁵ por vezes referidas como “microssistemas” ou “microcódigos”,¹⁸⁶ os quais, consoante se viu, suscitam dúvidas e acalorados embates no que se refere à sua compatibilização recíproca e, principalmente, quanto à sua relação com os demais estatutos do ordenamento.

A confluência entre a teoria e seu direcionamento a questões ligadas aos estatutos setoriais não parece mera coincidência. Uma das explicações é a vocação da construção para pugnar pela aplicação da “lei mais favorável ao sujeito mais vulnerável”, como a “melhor lei”¹⁸⁷ para o caso concreto.¹⁸⁸ Afinal, as regulações setoriais também têm como intuito atentar para as peculiaridades e vulnerabilidades dos indivíduos envolvidos nas relações jurídicas específicas que disciplinam, para dar-lhes a tutela diversificada devida¹⁸⁹ – daí justamente a sua classificação como normas *especiais*.

Dentre suas premissas, a teoria pressupõe que, em uma sociedade plural, haverá também pluralidade e complexidade de fontes normativas incidentes sobre um determinado substrato fático¹⁹⁰ e que nem sempre a compatibilização dessas fontes será intuitiva para o intérprete aplicador do direito – ainda que seja necessária para garantir a *unidade* do ordenamento jurídico. Mais do que isso, presume-se que os critérios clássicos de resolução de antinomias não são (mais) capazes de dar solução a esses embates entre fontes plurais de um mesmo ordenamento, que se tornam cada vez mais frequentes. Precisamente por isso, seria demandada abordagem capaz de transformar tais embates em “*diálogos*”, nos quais as múltiplas fontes normativas possam conviver em harmonia. Assim, é possível afirmar que a insuficiência dos

¹⁸⁴ BASTOS, Fabrício Rocha. Do Microssistema da Tutela Coletiva e a Sua Interação com o CPC/2015. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 68, abr-jun. 2018, p. 58.

¹⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. *Diálogo das fontes: novos estudos*, cit., p. 7.

¹⁸⁶ MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes, cit., p. 32.

¹⁸⁷ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna, cit., p. 107.

¹⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. A proteção da parte mais fraca em Direito Internacional Privado e os esforços da CIDIP VII de proteção dos consumidores. In: OAS. *XXXIV Curso de Derecho Internacional – OEA/CIJ: aspectos jurídicos del desarrollo regional*. Washington. Secretaría General – Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, 2008, p. 266.

¹⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. A proteção do consumidor no ordenamento brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *Diálogo das fontes: novos estudos*, cit., p. 381.

¹⁹⁰ Em direção semelhante, v. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 38.

critérios tradicionais de solução de antinomias (critério de especialidade, hierárquico e temporal) é apontada como uma das premissas justificadoras do diálogo das fontes.¹⁹¹

Com efeito, segundo a clássica lição de Norberto Bobbio,¹⁹² as antinomias são caracterizadas pela incompatibilidade de duas (ou mais) normas jurídicas de um mesmo ordenamento, que em algum grau, coincidem em seu campo de aplicação e vêm a conflitar em suas *proposições*. A preservação da vocação de sistema do ordenamento jurídico não admitiria a existência de normas incompatíveis ou, quando menos, seria veementemente contrária à sua admissão.¹⁹³ Por conta disso, a solução das ditas antinomias demandaria necessariamente que uma dessas normas fosse extirpada do ordenamento, como imperativo de preservação da coerência de todo sistema normativo. Ainda segundo Bobbio, a definição de qual das normas deveria ser ou eliminada precisaria ser realizada segundo três critérios objetivos de comparação entre cada uma delas, consagrados ao longo dos anos pelos aplicadores do direito e reconhecidos pela doutrina: hierarquia, especialidade e cronologia. Sem prejuízo disso, o próprio autor italiano reconhece que esses mesmos critérios não são capazes de solucionar todos os casos possíveis de antinomias, tão-somente as antinomias ditas *aparentes*, sendo insuficientes para dissipar as antinomias *reais*. Estas últimas se distinguiriam precisamente em referência à falta de critérios para sua resolução, ou ainda, ao conflito entre os critérios propostos, que igualmente impediria sua resolução com base nos parâmetros tradicionais.¹⁹⁴

Nessa toada, os defensores do diálogo das fontes reafirmam a insuficiência de tais critérios tradicionais. Não tanto por concebê-los como incapazes para dirimir antinomias de

¹⁹¹ OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor, cit., p. 20.

¹⁹² “Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*. Aqui, ‘sistema’ equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade. [...] A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia. A tese de que o ordenamento jurídico constitua um sistema no terceiro sentido exposto pode-se exprimir também dizendo que o Direito não tolera antinomias” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 80-81).

¹⁹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 110.

¹⁹⁴ “No curso de sua secular obra de interpretação das leis, a jurisprudência elaborou algumas regras para a solução das antinomias, que são comumente aceitas. Por outro lado, é necessário acrescentar logo que essas regras não servem para resolver todos os casos possíveis de antinomia. Daqui deriva a necessidade de introduzir uma nova distinção no âmbito das antinomias próprias, isto é, a distinção entre as *antinomias solúveis* e as *antinomias insolúveis*. As razões pelas quais nem todas as antinomias são solúveis são duas: 1) há casos de antinomias nos quais não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a solução das antinomias; 2) há casos em que se podem aplicar ao mesmo tempo duas ou mais regras em conflito entre si. Chamamos as antinomias solúveis de *aparentes*; chamamos as insolúveis de *reais*. Diremos, portanto, que as antinomias reais são aquelas em que o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de um critério ou por conflito entre os critérios dados: a elas dedicaremos os dois parágrafos seguintes. As regras fundamentais para a solução das antinomias são três: a) o critério cronológico; b) o critério hierárquico; c) o critério da especialidade” (Ibid., p. 92).

modo geral, mas porque as respostas por eles geradas implicariam a eliminação de uma das normas em conflito, através de sua revogação total ou parcial pela norma prevalecente. Essa solução é vista pelos adeptos da teoria como demasiadamente radical e, bem assim, como antiquada e incompatível com a preservação do pluralismo de valores do ordenamento:

Mister, pois, estudar os antigos conflitos, hoje diálogos entre as leis especiais e o CDC, com seu amplo e difuso campo de aplicação. Quando os campos de aplicação eram realmente coincidentes e as normas incompatíveis entre si, a solução do conflito de leis, a solução clássica, era “definitiva”, seria a revogação de uma das leis, revogação total (ab-rogação) da lei ou revogação somente de algumas das suas disposições (derrogação). Podemos comparar a revogação à “morte” da norma jurídica: significa tirar a força obrigatória, a vigência de uma norma, por incompatível com as novas normas impostas pelo legislador, significa sua saída definitiva do sistema do direito.¹⁹⁵

Segundo a lição de Cláudia Lima Marques, a teoria do diálogo das fontes poderia ser resumida em três pilares – que, de acordo com a autora, conduziram a “três tipos de diálogos”¹⁹⁶ (diálogo de coerência; diálogo de complementariedade ou subsidiariedade; e diálogo de coordenação e adaptação sistemática)¹⁹⁷ que as várias fontes normativas podem estabelecer entre si quando interpretadas e aplicadas:

Assim, se fosse resumir o que já refleti sobre a teoria de Erik Jayme do “diálogo das fontes” e sua aplicação prática no direito nacional, entendo que, face ao “pluralismo de fontes” pós-moderno, são três as bases/fundamentos dessa teoria sobre a aplicação simultânea, coerente e coordenada de várias leis a um caso concreto em que há conflito de leis ou antinomias, a saber: 1) A unidade e coerência do ordenamento jurídico nacional, visto como sistema brasileiro de fontes [...]; 2) A convergência e complementariedade dos campos de aplicação das diversas fontes, que não são mais

¹⁹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. In. *Manual de direito do consumidor*, cit.; “No exame da compatibilidade e da continuidade das normas no sistema deve o aplicador, porém, verificar não só os textos e as finalidades específicas das normas, mas também examinar com cuidado o campo de aplicação de cada norma. Se os campos de aplicação *ratione materiae* e *ratione personae* são ora coincidentes ora divergentes, não há interesse do sistema na decretação da perda de vigência de uma das normas, ao contrário, a sobrevivência de ambas é essencial ou estaremos criando uma lacuna não querida no ordenamento jurídico. Necessário analisar, portanto, se da contradição detectada nascerá uma incompatibilidade que decretará a ‘morte’ de uma das normas (revogação) ou se a contradição pode ser resolvida pela interpretação (antinomia aparente), pelo estudo do campo de aplicação (subsunção específica) ou pela utilização dos critérios de solução das antinomias fornecidos desde a escolástica (solução da antinomia real)” (Id. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1998, p. 232).

¹⁹⁶ “O primeiro tipo de diálogo é sempre sistemático e de coerência. ‘Diálogo’, porque há influências recíprocas, porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso (diálogo sistemático de coerência), por seus fundamentos comuns e a mesma coerência nos direitos fundamentais. O segundo tipo de diálogo é a aplicação simultânea, seja complementar, seja subsidiariamente das várias fontes (diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade). E o último tipo de diálogo é o de ‘adaptação’, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)” (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. *A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil*, cit.).

¹⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil*, cit., p. 71-73.

campos de aplicação totalmente coincidentes (material e subjetivamente), de forma que não pode haver revogação, derrogação ou ab-rogação [...]; 3) A necessidade de dar efeito útil (“escutar/considerar”) às várias fontes adaptando o sistema conforme os valores constitucionais, colmatando as lacunas ao reunir em microssistemas as fontes que convergem para a mesma finalidade, ou através de uma interpretação sistêmica, teleológica ou mesmo histórica das leis gerais e especiais.¹⁹⁸

Por outro lado, como se antecipou, também é apontada como premissa da teoria do diálogo das fontes a reunião de diversas normas afetas um mesmo tema em “*microssistemas*”,¹⁹⁹ que seriam compostos por uma ou mais leis especiais instituidoras de estatutos específicos sobre determinadas matérias. Tais microssistemas seriam dotados de lógica autônoma e princípios orgânicos – igualmente autônomos – e que poderiam se contrapor diretamente à lógica e aos princípios das normas gerais (que, por assim ser, deveriam necessariamente *dialogar* com os preceitos específicos). Nesses termos, a adoção da lógica dos microssistemas normativos é feita de modo expreso pelos principais expoentes da teoria no Brasil, sendo costumeira a indicação do Código de Defesa do Consumidor como exemplo de “microssistema”.²⁰⁰

Além do Código de Defesa do Consumidor, destacam-se entre os diplomas frequentemente referidos como “microssistemas” de normas no Brasil os chamados “estatutos” de normas especiais, como a Lei de Locações de Imóveis Urbanos (Lei n. 8.245/1991), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990),²⁰¹ o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003)²⁰² e, finalmente, a própria Lei dos Planos de Saúde (Lei n. 9.656/1998).²⁰³ Nesse contexto social e normativo, a invocação do diálogo das fontes foi se popularizando, inclusive nesta mesma sede, e se tornando lugar-comum na jurisprudência.

Como se disse, não são poucas as decisões judiciais em que as fundamentações apostas pelos julgadores recorrem, ao menos textualmente, ao que se tem denominado de diálogo das

¹⁹⁸ Id. A teoria do “diálogo das fontes” hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira, cit., p. 25.

¹⁹⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 87.

²⁰⁰ “Diálogo é harmonia; harmonia na pluralidade de fontes e na procura de restaurar sua coerência e seu uso sob os valores constitucionais e dos direitos fundamentais, superando a assistemática do uso das fontes. O início de tudo e o fim é a Constituição, e dentro dela os direitos fundamentais assegurados nas cláusulas pétreas. No direito interno, temos leis diversas e microssistemas, como o Código de Defesa do Consumidor” (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil, cit.).

²⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: *Problemas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 5.

²⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso e reajustes por faixa etária em planos de saúde contratados antes da sua vigência, cit.

²⁰³ MELO, Cristiana Fontes; MOUTINHO, Luiz Mário; GOUVEIA, Lúcio Grassi. A integração judicial das regras gerais do Código de Defesa do Consumidor pela Lei dos Planos de Saúde: uma análise à luz dos fundamentos e princípios constitucionais e da Política Nacional das Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 122, p. 307-341, mar-abr. 2019; ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. Ob. cit., p. 26-27.

fontes. Como igualmente se anotou, o fenômeno é verificável nos mais variados ramos do direito, com destaque para questões que envolvem relações de consumo e temas que contam com legislações específicas, comumente identificadas como *microssistemas* pelos adeptos de tais construções teóricas. Nessa esteira, mostra-se especialmente interessante a invocação reiterada do diálogo das fontes em decisões judiciais que, por ocasião do julgamento de tópicos relacionados a contratos de plano de saúde, valeram-se de (ou ao menos *invocaram*) recurso argumentativo a tal método interpretativo.

Em pesquisa realizada por meio da ferramenta de busca de jurisprudência no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça,²⁰⁴ foi possível encontrar ao menos uma dezena de acórdãos que correlacionaram textualmente as soluções de casos versando sobre contratos de planos de saúde ao raciocínio do diálogo das fontes, apenas entre 2020 e 2021.

Nesses acórdãos, as expressões “plano de saúde” ou “seguro de saúde” apareceram acompanhadas de pelo menos uma das seguintes expressões: “diálogo de fontes”, “diálogo das fontes” ou “diálogo entre fontes”, em arrazoados que indicavam a opção dos julgadores em invocar literalmente a teoria como fundamento único ou parcial da orientação firmada no caso concreto. Para além dos acórdãos encontrados, a pesquisa com os comandos acima levou a mais de duzentas decisões monocráticas nas quais constava pelo menos uma das expressões do primeiro conjunto (“plano de saúde” ou “seguro de saúde”) e ao menos uma das expressões do segundo conjunto (“diálogo de fontes”, “diálogo das fontes” ou “diálogo entre fontes”).

Todos os acórdãos encontrados por tal via foram exarados pela Terceira Turma ou pela Corte Especial do STJ. Tais órgãos detêm competência regimental para julgar matérias de “direito privado em geral”, nos termos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, ao lado da Quarta Turma e da Segunda Seção daquela Corte. Não à toa, os ministros componentes desses colegiados foram responsáveis por 258 das 262 decisões monocráticas encontradas com o método descrito, segundo a ferramenta do próprio tribunal.

Como reflexo de sua popularização entre a doutrina nacional e na corte superior responsável pela uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, a invocação do diálogo das fontes como fundamento para solução de casos sobre contratos de saúde privada também se verifica em outros tribunais do país, sobretudo nos tribunais estaduais, instados a responder com maior frequência a tais demandas. Exemplificativamente, por meio de pesquisas com as ferramentas oficiais de cada um dos tribunais, foi possível encontrar ao menos 34 (trinta

²⁰⁴ Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 14.08.2021.

e quatro) acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,²⁰⁵ 56 (cinquenta e seis) acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁰⁶ e 39 (trinta e nove) acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios²⁰⁷ que, em suas ementas, congregam a expressão “plano de saúde” ou a expressão “seguro saúde” com uma das três expressões seguintes: “diálogo das fontes”; “diálogo de fontes”; ou “diálogo entre fontes”.

A pesquisa feita sem delimitação de lapso temporal nos tribunais estaduais mencionados trouxe acórdãos publicados entre os anos de 2007 e 2021 e não inclui decisões monocráticas. Tampouco são contemplados precedentes nos quais uma ou mais expressões do primeiro conjunto é congregada a uma ou mais expressões do segundo conjunto em trecho que não tenha constado da ementa do precedente²⁰⁸ – no intuito de restringir a amostra a julgados em que a correlação entre os termos de fato pareça sinalizada como um dos fundamentos principais da decisão judicial, a ponto de constar de sua ementa.

Na amostragem exemplificativa dos três tribunais estaduais, destacam-se precedentes que igualmente dão conta de casos debatendo a amplitude das coberturas assistenciais dos contratos de plano de saúde, o controle de validade das cláusulas excludentes de cobertura e, notadamente, a interpretação decorrente da conjugação das normas tomadas como aplicáveis às hipóteses.²⁰⁹

Além destes, verifica-se também a invocação textual do diálogo das fontes na motivação de decisões que resolveram questões ligadas à rescisão de contratos de planos de saúde coletivos – circunstância identicamente presente na jurisprudência do STJ, conforme se verá – e manutenção de inativos (ex-empregados ou demitidos) como beneficiários de contratos

²⁰⁵ Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsrg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 14.08.2021.

²⁰⁶ Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>. Acesso em 14.08.21.

²⁰⁷ Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/>. Acesso em 14.08.21.

²⁰⁸ A título de informação, as pesquisas nas mesmas ferramentas oficiais dos tribunais com os idênticos comandos direcionados ao inteiro teor de acórdãos (sem restrição apenas àqueles nos quais as expressões buscadas apareciam nas ementas dos julgados) e, novamente, sem restrições temporais, deram origem aos seguintes resultados: 975 (novecentos e setenta e cinco acórdãos) no TJSP, 102 (cento e dois) acórdãos no TJRJ e 468 (quatrocentos e sessenta e oito) acórdãos no TJDFT.

²⁰⁹ Como exemplos de acórdãos discutindo amplitude de coberturas, veja-se: TJDFT, Acórdão 1305120, 07167778320198070001, Rel. Des. Maria Ivatônia, 5ª Turma Cível, julgado em 25/11/2020; TJDFT, Acórdão 1079336, Rel. Des. Simone Lucindo, 1ª Turma Cível, julgado em 21/02/2018; TJDFT, Acórdão 1058406, Rel. Des. Leila Arlanch, 7ª Turma Cível, julgado em 08/11/2017; TJDFT, Acórdão 1305222, Rel. Des. Maria Ivatônia, 5ª Turma Cível, julgado em 25/11/2020; TJDFT, Acórdão 1014064, Rel. Des. Diaulas Costa Ribeiro, Relator Designado Des. Eustáquio De Castro, 8ª Turma Cível, julgado em 20/04/2017; TJDFT, Acórdão 943026, Rel. Des. Simone Lucindo, 1ª Câmara Cível, julgado em 02/05/2016; TJSP, Agravo de Instrumento 2242778-69.2020.8.26.0000, Rel. Des. Beretta da Silveira, 3ª Câmara de Direito Privado julgado em 12/01/2021; TJSP, Apelação Cível 1006399-35.2018.8.26.0604, Rel. Des. Alcides Leopoldo, 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 02/12/2019; TJSP; Embargos Infringentes 0342190-90.2009.8.26.0000; Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 6ª Câmara de Direito Privado, julgado em 04/03/2010; TJRJ, Apelação 0308739-22.2016.8.19.0001, Rel. Des. Cristina Tereza Gaulia, 5ª Câmara Cível, julgado em 05/02/2019.

coletivos empresariais²¹⁰ ou obrigação compulsória de disponibilização de contratos individuais.²¹¹ Da mesma forma, a construção teórica é evocada em decisões sobre suspensão e cancelamento (resolução) de contratos em razão do inadimplemento de mensalidades;²¹² pagamento de coparticipação para custeio de tratamentos;²¹³ prazos de prescrição de pretensões ligadas aos contratos da saúde suplementar;²¹⁴ pretensões de reembolso de despesas;²¹⁵ reajustes de mensalidades dos planos de saúde;²¹⁶ cláusula penal e juros convencionais;²¹⁷ reparação civil,²¹⁸ dentre outros temas.

Como se vê, a relevância do tema nessa seara se apresenta de modo mais claro a partir dessa análise empírica, evidenciando que as discussões ligadas à assistência privada à saúde têm sido solos férteis para análises que evocam diálogos de fontes como fundamentos para alcançar determinadas soluções, a recomendar um olhar mais apurado sobre esse fenômeno especificamente nesse setor.

Partindo dessa concepção, a seguir, serão listados e examinados alguns exemplos práticos nos quais houve apelo ao diálogo das fontes em assuntos atrelados a contratos de planos de saúde. O intuito da análise é expor, de modo objetivo, como algumas das premissas dessa

²¹⁰ Sobre esse debate, confira-se: TJSP, Apelação Cível 1006053-67.2016.8.26.0309, Des. Rel. Rui Cascardi, 1ª Câmara de Direito Privado, julgado em 05/10/2018.

²¹¹ Versando sobre disponibilização obrigatória de contratos de planos de saúde individual ou familiar, confira-se: TJDF, Acórdão 1066381, Rel. Des. Maria De Lourdes Abreu, 3ª Turma Cível, julgado em 16/11/2017; TJRJ, Apelação 0105641-62.2006.8.19.0001, Rel. Des. Siro Darlan De Oliveira, 12ª Câmara Cível, julgado em 27/03/2007.

²¹² Sobre suspensão e resolução de contratos em razão de inadimplemento de mensalidades, destaca-se: TJDF, Acórdão 774467, Rel. Des. Sebastião Coelho, Revisora Des. Gislene Pinheiro, 5ª Turma Cível, julgado em 26/03/2014.

²¹³ Sobre coparticipação, veja-se as seguintes decisões: TJDF, Acórdão 963438, Rel. Des. Alfeu Machado, 1ª Turma Cível, julgado em 31/08/2016; TJRJ, Apelação 0037223-57.2015.8.19.0001, Rel. Des. Sandra Santarém Cardinali, 26ª Câmara Cível, julgado em 02/06/2016.

²¹⁴ Discutindo temas de prescrição de pretensões correlatas a contratos de planos de saúde, sobressaem os seguintes julgados: TJSP, Apelação Cível 0006385-55.2010.8.26.0020, Rel. Des. Ferreira da Cruz, 8ª Câmara de Direito Privado, julgado em 29/07/2015; TJSP, Apelação Cível 0185737-53.2012.8.26.0100, Rel. Des. Ferreira da Cruz, 8ª Câmara de Direito Privado, julgado em 10/06/2015; TJSP, Apelação Cível 0000995-63.2012.8.26.0011, Rel. Des. Ferreira da Cruz, 7ª Câmara de Direito Privado, julgado em 28/11/2012; TJSP, Apelação Cível 9159528-10.2006.8.26.0000, Rel. Des. Neves Amorim, 2ª Câmara de Direito Privado, julgado em 07/06/2011; TJRJ, Apelação 0008899-22.2016.8.19.0066, Rel. Des. Marcos Alcino De Azevedo Torres, 27ª Câmara Cível, julgado em 12/02/2020; TJRJ, Apelação 0002686-39.2012.8.19.0066, Rel. Des. Antonio Carlos Dos Santos Bitencourt, 27ª Câmara Cível, julgado em 25/05/2015; e TJRJ, Apelação 0010372-15.2014.8.19.0001, Rel. Des. Tereza Cristina, 27ª Câmara Cível, julgado em 02/10/2014.

²¹⁵ Acerca de questões ligadas ao reembolso de despesas: TJDF, Acórdão 952934, Rel. Des. Alfeu Machado, 1ª Turma Cível, julgado em 06/7/2016; TJRJ, Apelação 0386346-48.2015.8.19.0001, Rel. Des. Luiz Roberto Ayoub, 26ª Câmara Cível, julgado em 09/03/2017.

²¹⁶ Versando sobre temas de reajuste das contraprestações pecuniárias, confira-se: TJDF, Acórdão 1051154, Rel. Des. Eustáquio De Castro, 8ª Turma Cível, julgado em 28/09/2017; TJRJ, Apelação 0002388-66.2006.8.19.0063, Rel. Des. José Carlos Varanda Dos Santos, 10ª Câmara Cível, julgado em 05/09/2007.

²¹⁷ TJDF, Acórdão 1354986, Rel. Des. Maria Ivatônia, 5ª Turma Cível, julgado em 14/07/2021; TJDF, Acórdão 1193317, Rel. Des. Gislene Pinheiro, 7ª Turma Cível, julgado em 07/8/2019.

²¹⁸ Sobre o ponto: TJRJ, Apelação 0111914-18.2010.8.19.0001, Rel. Des. Marcelo Castro Anatócles Da Silva Ferreira, 23ª Câmara Cível, julgado em 23/09/2015.

corrente doutrinária parecem se verificar na prática forense, influenciando efetivamente nas decisões alcançadas em casos concretos que demandam interpretações da normativa incidente sobre os contratos de planos de saúde ou, quando menos, influenciando significativamente nos argumentos conjurados para fundamentar tais decisões.

2.1.1. Amplitude de coberturas obrigatórias dos contratos de planos de saúde

Dentre os trechos que indicaram a opção dos magistrados do STJ pela invocação da teoria do diálogo das fontes, algumas construções frasais chamam atenção, repetindo-se em acórdãos e em múltiplas decisões monocráticas. A primeira delas foi encontrada em precedente que trata de um dos aspectos mais polêmicos dos contratos de planos de saúde: a amplitude das coberturas assistenciais obrigatórias dos planos privados de assistência à saúde.

No acórdão unânime da Terceira Turma do STJ, a invocação do “diálogo das fontes” foi empregada para contestar a subsidiariedade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde, prevista no art. 35-G da Lei 9.656/98, aludindo à aplicação do Código Consumerista de “forma complementar” para solucionar o caso. Esse foi um dos fundamentos adotados pela Turma para afirmar a abusividade de cláusula do contrato de plano de saúde que excluía a cobertura de internação domiciliar, conhecida popularmente pelo estrangeirismo “*home care*”, constando da ementa do acórdão o seguinte:

CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. CDC. INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO COMPLEMENTAR. NORMA PRINCIPIOLÓGICA. ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS. EXEMPLIFICATIVO. INTERNAÇÃO DOMICILIAR. EXCLUDENTE DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA Nº 568 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

[...] 2. Embora o art. 35-G da Lei nº 9.656/98 dispõe ser subsidiária a aplicação do CDC a contratos celebrados com operadoras de plano de saúde, o diploma consumerista é norma principiológica e que radica da Constituição, incidindo de forma complementar, em diálogo das fontes, notadamente diante da natureza de adesão do contrato e do teor da Súmula nº 608 do STJ.

3. A ausência de determinado procedimento no rol da ANS não justifica a exclusão de cobertura para enfermidade coberta pelo plano, em face de sua natureza exemplificativa, não se exigindo do consumidor a ciência acerca de todos os milhares de procedimentos listados e dos não listados. Precedente.

4. As Turmas que compõem a Segunda Seção são uníssonas no sentido de que é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde excludente de cobertura para internação domiciliar (home care).²¹⁹ [...].

Na origem, cuidava-se de ação ajuizada por beneficiário de contrato plano de saúde, contra a operadora do plano, objetivando que esta fosse obrigada a fornecer tratamento multidisciplinar (que incluía fisioterapia e fonoaudiologia) na modalidade *home care*, em razão de diagnóstico de “paralisia pseudobulbar”. A parte autora também pleiteava que a seguradora fosse condenada ao pagamento de indenização por danos morais em razão da recusa de cobertura. O caso chegou ao STJ via agravo que buscava a admissão de recurso especial interposto pela operadora contra acórdão do TJSP que, desprovendo seu recurso de apelação, manteve a sentença de procedência parcial que a condenou ao fornecimento do tratamento pugnado. Em suma, as razões da operadora aludiam à regularidade da negativa de cobertura, com base na exclusão contratual expressa da cobertura de tratamento domiciliar na modalidade *home care* e na taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde editado pela ANS, que igualmente não contemplaria a obrigação de cobertura de tal prestação. Ainda segundo o relatório do acórdão exarado pela Terceira Turma do STJ, o especial sustentava ofensas aos “arts. 1.022, II, do NCPC, 10, caput e VI, 12 e 35-G da Lei nº 9.656/98” e a operadora teria sustentado que “a aplicação do CDC é subsidiária, sendo indevida a sua incidência para considerar a abusividade de cláusula contratual”.

Após decisão monocrática do Ministro Moura Ribeiro negando provimento ao recurso especial, a operadora interpôs agravo interno, repisando os fundamentos acima, tendo o relator destacado argumento da agravante no sentido de “o CDC apenas incidir subsidiariamente em caso de incompatibilidade entre leis”.²²⁰

No voto-condutor do acórdão que julgou o agravo interno, o ilustre ministro relator rebateu o ponto de forma sucinta, em trecho assim redigido e que invoca o ideário do diálogo das fontes:

²¹⁹ STJ, AgInt no AREsp 1759394/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 22/06/2021 – com grifos nossos. Na mesma linha: STJ, AREsp 1789213/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 02/08/2021, Decisão Monocrática.

²²⁰ Eis a ementa da decisão mencionada: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO SUJEITA ÀS NORMAS DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. ART. 1.022 DO NCPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284 DO STF, POR ANALOGIA. APLICABILIDADE DO CDC. HOME CARE. TRATAMENTO DOMICILIAR PRESCRITO PELO MÉDICO ASSISTENTE. RECUSA INDEVIDA. DEVER DE COBERTURA. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 568 DO STJ. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO” (STJ, AREsp 1759394, Relator(a) Ministro Moura Ribeiro, publicação em 12/02/2021).

No que se refere a aplicabilidade do CDC e a suposta limitação da cobertura do plano de saúde ao rol de procedimentos da ANS, esta Terceira Turma, em recentíssimo julgamento, entendeu que, embora o art. 35-G da Lei nº 9.656/98 disponha ser subsidiária a aplicação do CDC a contratos celebrados com operadoras de plano de saúde, o diploma consumerista é norma principiológica e que radica da Constituição, incidindo, de forma complementar, em diálogo das fontes, notadamente diante da natureza de adesão do contrato e do teor da Súmula nº 608 do STJ.

Apesar de sua diminuta extensão, o excerto acima não só evoca nominalmente o diálogo das fontes, como igualmente parece refletir ao menos *duas* concepções que têm ganhado lugar entre os adeptos da teoria e que serviram, em algum grau, para reforçar a conclusão do julgado – e do litígio.

A *primeira* diz respeito à “raiz” constitucional do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. O raciocínio vai muito além da simples afirmação de que o CDC possui fundamento na previsão constitucional segundo a qual “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, inciso XXXII) e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinara ao Congresso Nacional a elaboração de um “código de defesa do consumidor”.

Tal concepção, bem exemplificada por Cláudia Lima Marques, parte do pressuposto de que o CDC teria mesmo *status constitucional*, tal como a própria Constituição e suas emendas. Desse modo, seria inconcebível sua aplicação meramente subsidiária e tampouco que o estatuto consumerista pudesse ceder a qualquer lei ordinária, por mais especializada que fosse – haja vista que o critério da *especialidade*, conforme concepção tradicional, cederia em face do critério *hierárquico* em eventual de proposições do CDC com legislação infraconstitucional. A autora, aliás, reforça esse posicionamento justamente ao comentar a relação entre a Lei n. 9.656/1998 e o CDC, comentando precisamente o enunciado do atual artigo 35-G daquele primeiro diploma (anteriormente grafado em seu artigo 35-H). Confira-se trecho em que a autora também subscreve a *segunda* concepção ligada ao diálogo das fontes que se pode extrair do precedente da lavra do Ministro Moura Ribeiro, qual seja, a de que o CDC é norma *principiológica* de caráter *geral* que reclamaria, portanto, aplicação inafastável e cumulativa à da Lei dos Planos de Saúde:

Este art. 35-H [atual art. 35-G] da lei especial não está dogmaticamente correto, pois determina que norma de hierarquia constitucional, que é o CDC (art. 48, ADCT/CF88), tenha apenas aplicação subsidiária a norma de hierarquia infraconstitucional, que é a Lei 9.656/1998, o que dificulta a interpretação da Lei e prejudica os interesses dos consumidores que queria proteger. Sua *ratio* deveria ser a de aplicação cumulativa de ambas as leis, no que couber, uma vez que a Lei 9.656/1998 trata com mais detalhe os contratos de planos privados de assistência à saúde do que o CDC, que é norma principiológica e anterior à lei especial. Para a

maioria da doutrina, porém, a Lei 9.656/1998 tem prevalência como lei especial e mais nova, devendo o CDC servir como lei geral principiológica a guiar a interpretação da lei especial na defesa dos interesses do consumidor, em especial na interpretação de todas as cláusulas na maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC). Particularmente defendo, em visão minoritária, a superioridade hierárquica do CDC.²²¹

A propósito, oportuno registrar que essas duas perspectivas inerentes ao diálogo das fontes, que acima denominou-se de *concepções*, são essencialmente as mesmas invocadas junto da menção nominal àquela corrente em outro precedente da Terceira Turma do STJ, desta vez sob relatoria da Ministra Nancy Andrigli, no Recurso Especial n. 1.876.630/SP. Uma vez mais, estava-se diante de discussão ligada à existência ou afastamento de obrigação de cobertura de tratamento por conta do contrato de plano de saúde, ou seja, inserida na temática da definição da amplitude de coberturas obrigatórias dos contratos de assistência privada à saúde.

Conforme relatório do acórdão exarado pela Terceira Turma, cuidava-se de ação originalmente movida por beneficiária em face de operadora no intuito de se ver reembolsada por despesas com “cirurgia plástica de redução de mamas para correção de hipertrofia mamária bilateral, cuja cobertura alega ter sido indevidamente recusada pela operadora do plano de saúde”. Na origem, também fora deduzido pedido de indenização por danos morais, em virtude da negativa de custeio. Em primeiro grau, ocorreu julgamento de procedência parcial, com condenação ao reembolso das despesas médicas e, em grau de apelação, foi provido recurso da beneficiária para impor a condenação da operadora a indenização por danos morais.

O caso subiu ao STJ com recurso especial da operadora do plano. Novamente segundo o relatório do acórdão da Corte Superior, o recurso especial apontou “violação dos arts. 7º e 369 do CPC/2015, do art. 10 da Lei 9.656/98, e dos arts. 186, 927 e 944 do CC/2002” e dissídio jurisprudencial. Em suas razões, a OPS teria sustentado, em suma: cerceamento de defesa diante da ausência de dilação probatória para aferir a natureza estética ou reparadora do procedimento; a regularidade da negativa, segundo as normas setoriais e, notadamente, a Lei 9.656/1998 e o rol de procedimentos editado pela ANS, observados quando da exclusão expressa de cobertura nos termos do contrato; e, por fim, a ausência de ato ilícito ensejador de dever de indenizar.

²²¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 548. Em idêntico sentido v., SODRÉ, Marcelo. *A construção do direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 68, afirmando que “as leis de defesa do consumidor, na exata medida em que fixarem princípios a serem perseguidos – e, nesse caso, se tornarem leis principiológicas – terão superioridade em relação às demais leis especiais”. A construção é replicada por GREGORI, Maria Stella. Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 108, n. 1004, p. 123-143, jun. 2019.

Especificamente quanto ao dano moral, a Terceira Turma do STJ entendeu que o acórdão recorrido não havia indicado como a conduta da OPS teria causado dano moral à beneficiária. Por essa razão, foi dado parcial provimento ao recurso especial para afastar a indenização imposta pela instância ordinária, à unanimidade, nos termos do voto-condutor exarado pela Ministra Nancy Andrighi. Quanto ao mais, no entanto, não houve acolhimento dos argumentos da operadora, quase inteiramente fundados na aplicação da regulação setorial.

Nesse rumo, dentre a extensa e detalhada fundamentação do acórdão, interessa ao tópico sob exame os trechos encartados em sua ementa e no voto-condutor do julgado que citam expressamente o recurso ao “diálogo das fontes”, grifados abaixo:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZATÓRIA C/C COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. AMPLITUDE DE COBERTURA. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA. NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIA DE MAMOPLASTIA BILATERAL. PROCEDIMENTO INDICADO PARA TRATAMENTO DE HIPERPLASIA MAMÁRIA BILATERAL. RECUSA INDEVIDA CARACTERIZADA. DEVER DA OPERADORA DE INDENIZAR A USUÁRIA. AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DE AFLIÇÃO PSICOLÓGICA E ANGÚSTIA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA OU EMERGÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DELIMITADAS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DANO MORAL AFASTADO. JULGAMENTO: CPC/15.

[...] 4. Nos termos do § 4º do art. 10 da Lei 9.656/1998, a amplitude da cobertura assistencial médico-hospitalar e ambulatorial, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, é regulamentada pela ANS, a quem compete a elaboração do rol de procedimentos e eventos para a promoção à saúde, a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID, da Organização Mundial de Saúde - OMS, respeitadas as segmentações assistenciais contratadas.

5. O Plenário do STF reafirmou, no julgamento da ADI 2.095/RS (julgado em 11/10/2019, DJe de 26/11/2019), que "o poder normativo atribuído às agências reguladoras deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência", razão pela qual os atos normativos exarados pela ANS, além de compatíveis com a Lei 9.656/1998 e a Lei 9.961/2000, dentre outras leis especiais, devem ter conformidade com a CF/1988 e o CDC, não lhe cabendo inovar a ordem jurídica.

6. *Conquanto o art. 35-G da Lei 9.656/1998 imponha a aplicação subsidiária da lei consumerista aos contratos celebrados entre usuários e operadoras de plano de saúde, a doutrina especializada defende a sua aplicação complementar àquela lei especial, em diálogo das fontes, considerando que o CDC é norma principiológica e com raiz constitucional, orientação essa que se justifica ainda mais diante da natureza de adesão do contrato de plano de saúde e que se confirma, no âmbito jurisdicional, com a edição da súmula 608 pelo STJ.*

7. Quando o legislador transfere para a ANS a função de definir a amplitude das coberturas assistenciais (art. 10, § 4º, da Lei 9.656/1998), não cabe ao órgão regulador, a pretexto de fazê-lo, criar limites à cobertura determinada pela lei, de modo a restringir o direito à saúde assegurado ao consumidor, frustrando, assim, a própria finalidade do contrato.

8. O que se infere da leitura da Lei 9.656/1998 é que o plano-referência impõe a cobertura de tratamento de todas as doenças listadas na CID, observada a amplitude prevista para o segmento contratado pelo consumidor e excepcionadas apenas as

hipóteses previstas nos incisos do art. 10, de modo que qualquer norma infralegal que a restrinja mostra-se abusiva e, portanto, ilegal, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada.

9. O rol de procedimentos e eventos em saúde (atualmente incluído na Resolução ANS 428/2017) é, de fato, importante instrumento de orientação para o consumidor em relação ao mínimo que lhe deve ser oferecido pelas operadoras de plano de saúde, mas não pode representar a delimitação taxativa da cobertura assistencial mínima, na medida em que o contrato não se esgota em si próprio ou naquele ato normativo, mas é regido pela legislação especial e, sobretudo, pela legislação consumerista, com a ressalva feita aos contratos de autogestão.

10. Sob o prisma do CDC, não há como exigir do consumidor, no momento em que decide aderir ao plano de saúde, o conhecimento acerca de todos os procedimentos que estão - e dos que não estão - incluídos no contrato firmado com a operadora do plano de saúde, inclusive porque o rol elaborado pela ANS apresenta linguagem técnico-científica, absolutamente ininteligível para o leigo.

Igualmente, não se pode admitir que mero regulamento estipule, em desfavor do consumidor, a renúncia antecipada do seu direito a eventual tratamento prescrito para doença listada na CID, por se tratar de direito que resulta da natureza do contrato de assistência à saúde.

11. No atendimento ao dever de informação, deve o consumidor ser 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.

12. Não é razoável impor ao consumidor que, no ato da contratação, avalie os quase 3.000 procedimentos elencados no Anexo I da Resolução ANS 428/2017, a fim de decidir, no momento de eleger e aderir ao contrato, sobre as possíveis alternativas de tratamento para as eventuais enfermidades que possam vir a acometê-lo.

13. A qualificação do rol de procedimentos e eventos em saúde como de natureza taxativa demanda do consumidor um conhecimento que ele, por sua condição de vulnerabilidade, não possui nem pode ser obrigado a possuir; cria um impedimento inaceitável de acesso do consumidor às diversas modalidades de tratamento das enfermidades cobertas pelo plano de saúde e às novas tecnologias que venham a surgir; e ainda lhe impõe o ônus de suportar as consequências de sua escolha desinformada ou mal informada, dentre as quais, eventualmente, pode estar a de assumir o risco à sua saúde ou à própria vida.

14. É forçoso concluir que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza meramente exemplificativa, porque só dessa forma se concretiza, a partir das desigualdades havidas entre as partes contratantes, a harmonia das relações de consumo e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, de modo a satisfazer, substancialmente, o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo.

15. Hipótese em que a circunstância de o procedimento não constar do rol de procedimentos e eventos em saúde, não é apta a autorizar a operadora a recusar o seu custeio, sobretudo considerando que a cirurgia prescrita para a recorrida não se enquadra em nenhuma das hipóteses de exceção previstas no art. 10 da Lei 9.656/1998.

16. Ausente a indicação no acórdão recorrido de que a conduta da operadora, embora indevida, tenha agravado a situação de aflição psicológica e de angústia experimentada pela recorrida, ultrapassando o mero inadimplemento contratual, ou ainda de que a recorrida se encontrava em situação de urgente e flagrante necessidade de assistência à saúde, deve ser afastada a presunção do dano moral.

17. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

[...] *Impende ressaltar, por oportuno, que, embora a Lei 9.656/1998 seja a lei especial que regula os planos privados de assistência à saúde, há expressa menção em seu art. 35-G de aplicação do CDC aos contratos celebrados entre usuários e operadoras, sem falar nas outras 43 vezes em que o termo consumidor é mencionado na própria lei. E, conquanto o referido dispositivo legal imponha a aplicação subsidiária da lei consumerista, a doutrina especializada defende a sua aplicação complementar, em diálogo das fontes, como bem demonstra a supracitada professora Maria Stella Gregori [...].*²²²

Como visto, na fundamentação do *decisum* acima, são mencionadas noções como a “aplicação complementar” do CDC em referência à “lei especial” (Lei dos Planos de Saúde) e, também aqui, evocou-se a propalada “raiz constitucional” do Código de Defesa do Consumidor e sua natureza “principlológica” (e geral), na linha já exposta anteriormente. Notadamente, a supracitada *aplicação complementar* em muito se aproxima de uma das modalidades de diálogo das fontes apresentadas por essa escola de pensamento, sob a alcunha do chamado “diálogo de complementariedade”²²³ entre as fontes normativas.

Direcionando a análise para nosso objeto central, para tal corrente, seria precisamente esse o principal tipo de diálogo que se poderia vislumbrar na relação entre o CDC e a Lei 9.656/1998.

A propósito, recorra-se à lição de Maria Stella Gregori – autora que, como exposto, fora mencionada na fundamentação do acórdão lavrado pela Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial n. 1.876.630/SP. De forma expressa, a citada autora defende as duas concepções propaladas pelo diálogo das fontes presentes no acórdão do STJ sob comento, a que se aludiu anteriormente: a suposta hierarquia ou “raiz” constitucional do CDC e o diálogo de *complementariedade* em que o Código Consumerista é priorizado em detrimento da Lei dos Planos de Saúde:

Essa parece ser a *mens legis* do art. 35-G em exame: deixar claro que o CDC incide na relação contratual de assistência à saúde. Sucede que, por uma falha de técnica legislativa, abdicou o legislador da necessária precisão terminológica (fim da p. 177) ao se referir à subsidiariedade na aplicação do CDC. O Código de Defesa do Consumidor regula todas as relações de consumo. Já uma lei extravagante que cuide de aspectos relativos à relação de consumo deve ser interpretada em conformidade com seus princípios básicos e, nos casos de omissão, o CDC servirá de fonte complementar. [...] Tal interpretação mostra-se mais compatível com o diálogo das fontes sustentado por Erick Jayme.
[...] Há de se concordar com tais posições, indo-se, no entanto, mais além, ao sustentar que, mesmo se não houvesse qualquer menção ao Código de Defesa do Consumidor

²²² STJ, REsp 1876630/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/03/2021. Adotando os mesmos pontos de vista, v. STJ, REsp 1846108/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/02/2021.

²²³ MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do ‘diálogo das fontes’, cit., p. 26; MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes, cit., p. 45-46.

na Lei 9.656/1998, ele estaria subjacente, por ter raiz constitucional e se tratar de lei principiológica. Nesse sentido, qualquer lei especial que vier regular um segmento específico que envolva, em um polo, o consumidor, e em outro, o fornecedor, transacionando produtos e serviços, terá de obedecer à Lei Consumerista, ainda que não haja remissão expressa ²²⁴

Com efeito, nos dois precedentes da Terceira Turma do STJ examinados acima, a discussão principal dizia respeito à chancela ou reprimenda de negativas de cobertura de tratamentos levadas a cabo pelas operadoras de saúde – posteriormente questionadas pelos beneficiários –, a partir de exclusões de cobertura previstas contratualmente com base no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde editado pela ANS.

Cuida-se aqui de uma das questões mais tormentosas – senão a mais tormentosa – no que tange à judicialização de assuntos ligados aos contratos de planos de saúde. O mencionado rol, conhecido no jargão corrente como “Rol da ANS”, figura como principal mecanismo de definição e limitação da cobertura assistencial obrigatória que deve ser ofertada pelas operadoras de saúde privada aos beneficiários dos contratos de assistência à saúde.

A esse respeito, no voto-condutor do acórdão do AgInt no AREsp 1759394/SP e na ementa do julgado, o Ministro Moura Ribeiro consignou que “a ausência de determinado procedimento no rol da ANS não justifica a exclusão de cobertura para enfermidade coberta pelo plano, em face de sua natureza exemplificativa” – linha que também foi seguida no precedente lavrado pela Ministra Nancy Andrighi. E para corroborar a conclusão, valeu-se expressamente da invocação do diálogo das fontes, para justificar aplicação “complementar” do CDC produtora desse resultado:

No que se refere a aplicabilidade do CDC e a suposta limitação da cobertura do plano de saúde ao rol de procedimentos da ANS, esta Terceira Turma, em recentíssimo julgamento, entendeu que, embora o art. 35-G da Lei nº 9.656/98 disponha ser subsidiária a aplicação do CDC a contratos celebrados com operadoras de plano de saúde, o diploma consumerista é norma principiológica e que radica da Constituição, incidindo, de forma complementar, em diálogo das fontes, notadamente diante da natureza de adesão do contrato e do teor da Súmula nº 608 do STJ.

A seu turno, o acórdão do REsp 1876630/SP pautou-se em fundamentação consideravelmente mais analítica acerca da natureza do Rol da ANS, ainda que tenha alcançado conclusão idêntica quanto ao ponto. Especificamente, podem ser destacados os seguintes argumentos, extraídos da ementa do acórdão e de seu voto-condutor, lavrado pela Ministra Nancy Andrighi: (i) os atos normativos expedidos pela ANS com base nas Leis n. 9.656/1998

²²⁴ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, cit., p. 177-178.

e 9.961/2000 devem respeitar também a Constituição e o CDC, não podendo inovar na ordem jurídica, devendo-se considerar que o contrato de plano de saúde “não se esgota em si próprio ou naquele ato normativo, mas é regido pela legislação especial e, sobretudo, pela legislação consumerista, com a ressalva feita aos contratos de autogestão”; (ii) apesar de o art. 35-G da Lei 9.656/1998 prever expressamente a aplicação “subsidiária” do CDC aos contratos de planos de saúde, a aplicação do código consumerista deveria ser “complementar”, com base em “diálogo das fontes” e em razão de sua natureza principiológica e sua raiz constitucional, o que seria confirmado pela Súmula 608 do STJ; (iii) a função atribuída à ANS pelo artigo 10, §4º da Lei dos Planos de Saúde não poderia ser exercida “de modo a restringir o direito à saúde assegurado ao consumidor, frustrando, assim, a própria finalidade do contrato”; (iv) as únicas restrições de cobertura admitidas com base na Lei 9.656/1998 seriam as hipóteses excepcionais previstas nos incisos de seu artigo 10,²²⁵ “de modo que qualquer norma infralegal que a restrinja mostra-se abusiva e, portanto, ilegal, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada”; (v) a qualificação do rol de procedimentos como taxativo imporia sobre o consumidor o ônus de ter que conhecer e avaliar todos os milhares de itens elencados em linguagem técnica no rol; (vi) existe um dever de informação imposto à operadora, segundo o qual o consumidor deve ser “clara, suficiente e expressamente esclarecido sobre os eventos e procedimentos não cobertos em cada segmentação assistencial” e sobre outras circunstâncias ligadas ao plano (rede credenciada, tipos de contratação, mecanismos de regulação etc.), “porque são essas as informações que o consumidor tem condições de avaliar para eleger o contrato a que pretende aderir”; (vii) a qualificação do rol como exemplificativo seria a única forma que “concretiza, a partir das desigualdades havidas entre as partes contratantes, a harmonia das relações de consumo e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

²²⁵ A fim de facilitar a compreensão, confira-se o *caput* e os incisos do artigo 10 da Lei n. 9.656/1998, com redação conformada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001: “Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II do art. 12 (Redação dada pela Lei nº 12.880, de 2013); VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII - (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001); IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente”.

Posicionamentos muito semelhantes são encontrados em outros tribunais, que acabam por refletir, a nível ordinário, a orientação acima que tem se consolidado em diversos precedentes do STJ. Não à toa, muitos desses precedentes oriundos dos tribunais estaduais contêm nas gêneses de sua fundamentação a invocação textual do “diálogo das fontes”, sob essa alcunha ou com uso das expressões correlatas igualmente pesquisadas nas bases oficiais de jurisprudência dessas cortes regionais.

Bem exemplificativa, nessa linha, a ementa de acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, tal como o precedente do AgInt no AREsp 1759394/SP exarado pela Terceira Turma do STJ, cuidava de negativa de cobertura de tratamento na modalidade *home care* (“assistência domiciliar”) promovida pela operadora de saúde. Além da invocação à necessidade de um “diálogo de fontes”, interessante notar que a ementa do julgado estadual anota que não teria sido juntado aos autos o contrato celebrado entre as partes. Ainda assim, o órgão julgador afirmou à unanimidade abusividade (em abstrato) da cláusula de exclusão de cobertura que teria motivado a negativa, com fulcro em dispositivos do CDC.²²⁶

Bem assim, merece menção precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que igualmente se escorou no “diálogo das fontes” para considerar abusiva a exclusão contratual de cobertura de bomba de infusão de insulina para tratamento de diabetes mellitus tipo um.

A cláusula restritiva e a negativa de cobertura que a ela se seguiu se pautavam na inexistência de previsão do medicamento no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde editado pela ANS e no fato de se tratar de medicamento administrado em ambiente domiciliar – cuja exclusão de cobertura é expressamente autorizada pelo artigo 10, inciso VI da Lei n. 9.656/1998.

Dentre outros argumentos que seguem a orientação em exame, a ementa do acórdão do Tribunal Paulista assentou expressamente que “as demais normas que tratam de relações de consumo”, tal como a Lei n. 9.656/1998, devem guardar “sujeição ao CDC” – em que pesem

²²⁶ Eis a ementa do julgado: “Apelação cível. Plano de saúde. Relação de consumo. Subsunção à Lei 8078/90. Diálogo de fontes a ser feito com a Lei 9656/98. Princípios norteadores do CDC. Boa-fé objetiva e qualidade dos serviços. Inteligência do art. 24 CDC. Necessidade de assistência domiciliar. *Home care*, que se insere como tratamento complementar nos casos definidos no art. 35-C, I, da Lei 9656/98. Réu que não junta aos autos contrato firmado entre as partes, ônus que lhe cabia na forma do art. 373 II CPC/15. Eventual cláusula contratual que limita os direitos do consumidor, em detrimento de sua saúde que é abusiva e não pode prevalecer. Inteligência do art. 51 IV e XV, § 1º I, II e III, CDC. Jurisprudência pacífica e unânime da 5ª CC/TJRJ. Frustração às legítimas expectativas do consumidor. Dano moral configurado. Verba indenizatória bem fixada de acordo com o duplo viés compensatório e pedagógico-punitivo. Súmula 209 TJRJ. Precedentes jurisprudenciais. Recurso a que se nega provimento” (TJRJ, Apelação 0308739-22.2016.8.19.0001, Rel. Desembargadora Cristina Tereza Gaulia, 5ª Câmara Cível, julgado em 05/02/2019).

as compreensões no sentido da inexistência de superioridade hierárquica do diploma consumerista.²²⁷

Independentemente da controvérsia acerca da natureza do Rol da ANS, a existência de regulamentação específica pela Lei dos Planos de Saúde e pela agência, bem como as circunstâncias descritas acima são suficientes para levar à conclusão de que a individuação da normativa aplicável à delimitação da cobertura assistencial dos contratos de planos de saúde está longe de ser uma tarefa simples, a justificar exame apurado das correntes hermenêuticas empregadas na solução de litígios sobre o ponto. Por conta disso, torna-se ainda mais representativa a circunstância de terem sido encontradas diversas decisões sobre o tema com menção à doutrina do diálogo das fontes e, adicionalmente, a algumas das principais premissas da doutrina – com impacto efetivo na solução adotada pelos julgadores.

2.1.2. Resilição unilateral e manutenção de vínculos de beneficiários em contratos coletivos

Seguindo adiante, na ementa de outro acórdão unânime da Terceira Turma do STJ sob a lavra da Ministra Nancy Andrighi verifica-se menção à expressão “diálogo das fontes”, indicando adoção da construção como uma das linhas argumentativas em outro caso envolvendo contrato de plano de saúde. Na hipótese, o julgado versava sobre a resilição unilateral de contrato coletivo de plano de saúde por adesão, levada a cabo pela operadora do plano, que acarretou, por consequência, o fim (resilição) de contrato mantido entre esta e dois menores beneficiários do citado plano, consoante previam tais instrumentos negociais. Trata-se do Recurso Especial n. 1.739.907/DF.

²²⁷ O acórdão tem a seguinte ementa: “SEGURO SAÚDE – Negativa de cobertura de bomba de infusão de insulina para tratamento de diabetes mellitus tipo I, sob o fundamento de exclusão contratual, por ser o medicamento administrado em âmbito domiciliar não previsto no Rol da ANS – Não excluindo a operadora do seguro saúde a doença, não podem ser excluídos os procedimentos, exames, equipamentos e medicamentos necessários ao tratamento – É abusiva a pretensão de excluir a cobertura do medicamento simplesmente pelo fato de serem aplicados em âmbito domiciliar. A evolução dos fármacos no tratamento do diabetes, impõe a devida interpretação da disposição contratual, até porque a ausência de internação hospitalar ou regime ambulatorial, além de resultar em tratamento mais humanizado ao paciente, é menos onerosa à fornecedora do serviço, contrariando o dispositivo contratual invocado as disposições da Lei n. 8.078/90 – Diálogo das Fontes - A Lei n. 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, deve ser aplicada de forma harmônica e com observância das normas que regem a proteção e defesa do consumidor, reconhecidamente vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, inciso I, Lei n. 8.078/90), e que são de ordem pública e social, estabelecidas na Lei n. 8.078/90, gozando, ainda, o consumidor de proteção constitucional (art. 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V) - Sujeição ao CDC das demais normas que tratam de relações de consumo - Precedentes do STJ e aplicação da Súmula n. 95 do TJSP – Recurso desprovido” (TJSP, Apelação 1006399-35.2018.8.26.0604, Rel. Des. Alcides Leopoldo, 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 02/12/2019).

Consoante o relatório do julgado, estes beneficiários teriam movido ação em face da operadora, que resultou em sentença condenatória obrigando a prestadora a “oferecer aos autores, no prazo de 30 dias, plano de saúde individual, sem cumprimento de carência”; impondo que estes fossem “mantidos no plano contratado até o cumprimento da obrigação”; e condenando a OPS em indenização por danos morais decorrentes da rescisão do contrato. Entretanto, o TJDFT teria dado provimento parcial a recurso de apelação da operadora, afastando a condenação à obrigação de fornecer aos autores plano de saúde individual e preservando apenas a condenação à indenização pelos danos extrapatrimoniais. Relevante notar que o caso envolvia discussão acerca da necessidade de notificação prévia individualizada dos usuários do plano coletivo acerca da rescisão unilateral promovida pela operadora no ajuste com a pessoa jurídica estipulante do plano – paralelamente à obrigação imputada à estipulante de promover a notificação dos usuários do plano sobre essa mesma circunstância. A bem dizer, a falta de tal comunicação prévia pela operadora do plano foi elencada como fundamento para sua condenação à reparação civil, tendo o tribunal estadual considerado tal prática “ilegal e abusiva”, conforme ementa transcrita no relatório do acórdão do STJ.

Adentrando o ponto nodal do julgado no que interessa à temática deste estudo, cumpre transcrever a ementa do acórdão da Terceira Turma do STJ, destacando-se o excerto que apresenta a menção ao “diálogo das fontes”.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO POR ADESÃO. RESILIÇÃO UNILATERAL. OPERADORA QUE NÃO COMERCIALIZA PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL E FAMILIAR. CDC. LEI 9.656/1998. ART. 3º DA RESOLUÇÃO CONSU Nº 19/1999. DIÁLOGO DAS FONTES. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. ABUSIVIDADE. DIREITO À PORTABILIDADE DE CARÊNCIA RECONHECIDO. JULGAMENTO: CPC/15.

[...] 2. O propósito recursal consiste em decidir sobre a obrigação de a operadora de plano de saúde coletivo por adesão, depois de resilir unilateralmente o contrato firmado com a pessoa jurídica a que estão vinculados os beneficiários, reintegrá-los no mesmo plano, diante da inexistência, em sua carteira de serviços, de plano individual ou familiar, ou adotar outra providência que lhes assegure a obtenção da tutela pelo resultado prático equivalente.

3. A ANS, no exercício de seu poder normativo e regulamentar acerca dos planos de saúde coletivos - ressalvados, apenas, os de autogestão -, deve observar os ditames do CDC.

4. Se, de um lado, a Lei 9.656/1998 e seus regulamentos autorizam a operadora do seguro de saúde coletivo por adesão a não renovar o contrato; de outro lado, o CDC impõe que os respectivos beneficiários, que contribuíram para o plano, não fiquem absolutamente desamparados, sem que lhes seja dada qualquer outra alternativa para manter a assistência a sua saúde e de seu grupo familiar.

5. A interpretação puramente literal do art. 3º da Resolução CONSU nº 19/1999 agrava sobremaneira a situação de vulnerabilidade do consumidor que contribuiu para o serviço e favorece o exercício arbitrário, pelas operadoras de seguro de saúde

coletivo, do direito de não renovar o contrato celebrado por adesão, o que não tolera o CDC, ao qual estão subordinadas.

6. *O diálogo das fontes entre o CDC e a Lei 9.656/1998, com a regulamentação dada pela Resolução CONSU nº 19/1999, exige uma interpretação que atenda a ambos os interesses: ao direito da operadora, que pretende se desvincular legitimamente das obrigações assumidas no contrato celebrado com a estipulante, corresponde o dever de proteção dos consumidores (beneficiários), que contribuíram para o seguro de saúde e cujo interesse é na continuidade do serviço.*

7. *Na ausência de norma legal expressa que resguarde o consumidor na hipótese de resilição unilateral do contrato coletivo pela operadora, há de se reconhecer o direito à portabilidade de carências, permitindo, assim, que os beneficiários possam contratar um novo plano de saúde, observado o prazo de permanência no anterior, sem o cumprimento de novos períodos de carência ou de cobertura parcial temporária e sem custo adicional pelo exercício do direito.*

8. *Hipótese em que se reconhece a abusividade da resilição pela operadora do plano de saúde, por inobservância do dever de notificação prévia, e, por conseguinte, a prorrogação dos efeitos do contrato, com a determinação de que os recorrentes sejam devidamente comunicados da extinção do vínculo contratual a fim de que possam exercer o direito de requerer a portabilidade de carência, nos termos da norma regulamentadora.*

9. *Recurso especial conhecido e parcialmente provido.*²²⁸

Ao que se vê, havia duas questões jurídicas a serem essencialmente abordadas e resolvidas na decisão. A primeira era a definição quanto à existência de obrigação da operadora de saúde privada consistente em oferecer (contrato de) plano de saúde individual ou familiar a beneficiários outrora contemplados por contrato firmado com pessoa jurídica para estabelecimento de plano coletivo de saúde por adesão, em razão da resilição unilateral desse mesmo contrato – que por consequência, levou à extinção do(s) contrato(s) envolvendo aquela operadora e os referidos beneficiários. O segundo ponto controvertido era a existência de dever da operadora em promover a notificação prévia individualizada dos usuários do plano coletivo acerca da resilição unilateral do contrato celebrado com a estipulante do plano coletivo promovida pela seguradora, bem como eventuais efeitos jurídicos do descumprimento desse dever, acaso estabelecida sua existência – como efetivamente restou decidido.

Para solucionar o primeiro imbróglio, os ministros da Terceira Turma do STJ afirmaram a necessidade de que fosse operado “diálogo das fontes entre o CDC e a Lei 9.656/1998” e, por extensão, à Resolução n. 19/1999 do CONSU, que regulamenta os pormenores da matéria com base na Lei dos Planos de Saúde. Especificamente, a dita resolução, editada com base no art. 35-A da Lei n. 9.656/1998, prevê que a companhia que opera ou administra um determinado plano coletivo empresarial com base em contrato firmado com pessoa jurídica estipulante terá a obrigação de disponibilizar contratos de planos na modalidade individual ou familiar para todos os beneficiários desse plano coletivo, em caso de “cancelamento desse benefício” (leia-

²²⁸ STJ, REsp 1739907/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/08/2020.

se: em caso de rescisão unilateral do contrato coletivo empresarial promovida pela própria operadora de saúde).²²⁹ Tal obrigação, vale dizer, não encontra previsão direta ou similar na própria Lei 9.656/1998. Entretanto, a própria resolução ressalva que sua aplicação fica restrita “somente às operadoras que mantenham também plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar” (art. 3º). Em outras palavras, para as operadoras que não comercializem, administrem ou operem contratos de planos de saúde nas modalidades individuais ou familiar, excepciona-se integralmente a aplicação da própria resolução do CONSU e, conseqüentemente, a previsão infralegal que positivaria obrigação de disponibilizar planos dessas modalidades em caso de rescisão unilateral do contrato coletivo.

Desta feita, considerando que a operadora recorrida não ofertava planos de saúde em modalidades individual ou familiar em sua carteira e diante desse cenário normativo, o acórdão partiu da premissa de que haveria falha em garantir “o dever de proteção dos consumidores (beneficiários), que contribuíram para o seguro de saúde e cujo interesse é na continuidade do serviço”. Afinal, ainda segundo o acórdão, não haveria “norma legal expressa que resguarde o consumidor na hipótese de rescisão unilateral do contrato coletivo pela operadora”.

Nessa linha e a partir (ou apesar) dessa estreita margem de cognição, o voto-condutor do acórdão concluiu o seguinte:

16. Então, se, de um lado, a Lei 9.656/1998 e seus regulamentos autorizam a rescisão unilateral injustificada do contrato pela operadora do plano de saúde coletivo por adesão, de outro lado, o CDC impõe que os respectivos beneficiários, que contribuíram para o plano, não podem ficar absolutamente desamparados, sem que lhes seja dada qualquer outra alternativa para manter a assistência a sua saúde e de seu grupo familiar.

17. Por todo o exposto, não há como fazer uma interpretação puramente literal do art. 3º da Resolução CONSU nº 19/1999, sob pena de se agravar sobremaneira a situação de vulnerabilidade do consumidor que contribuiu para o serviço, além de favorecer o exercício arbitrário do direito de rescidir pelas operadoras de planos de saúde coletivos, o que não tolera o CDC, ao qual estão subordinadas.

18. Na linha de todo esse raciocínio, o diálogo das fontes entre o CDC e a Lei 9.656/1998, com a regulamentação dada pela Resolução CONSU nº 19/1999, exige uma interpretação que atenda a ambos os interesses: ao direito da operadora, que pretende se desvincular legitimamente das obrigações assumidas no contrato celebrado com a pessoa jurídica e que não oferece plano na modalidade individual ou familiar, corresponde o dever de proteção dos consumidores (vinculados à pessoa

²²⁹ Art. 1º da Resolução n. 19/1999 do CONSU: “As operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, que administram ou operam planos coletivos empresariais ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-empregados, deverão disponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar ao universo de beneficiários, no caso de cancelamento desse benefício, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência.

§ 1º – Considera-se, na contagem de prazos de carência para essas modalidades de planos, o período de permanência do beneficiário no plano coletivo cancelado.

§ 2º – Incluem-se no universo de usuários de que trata o caput todo o grupo familiar vinculado ao beneficiário titular”.

jurídica), que contribuíram para o plano de saúde e cujo interesse é na continuidade do serviço.

A seu turno, a segunda questão jurídica delineada no acórdão, atrelada à aferição da obrigação de notificação prévia dos consumidores pela própria operadora acerca da rescisão unilateral, foi apresentada na fundamentação do acórdão como um argumento adicional para decisão do caso.

21. Soma-se a tudo isso o fato constatado pelo TJ/DFT de que “a operadora não comprovou a comunicação da rescisão unilateral do plano de saúde no prazo estabelecido – 60 dias de antecedência, descumprindo, assim, determinação da ANS, o que torna ilícito o ato do cancelamento” (fl. 465, e-STJ), conclusão essa que está em harmonia com o entendimento desta Corte (AgInt no AREsp 1.450.785/SP, Terceira Turma, julgado em 17/06/2019, DJe de 19/06/2019; AgInt nos EDcl no REsp 1.694.072/SP, Quarta Turma, julgado em 22/10/2018, DJe de 26/10/2018).

22. Diante desse contexto, embora não se possa coagir as recorridas a fornecer plano de saúde individual, tampouco impedi-las de extinguir o vínculo contratual existente, há de ser reconhecida a abusividade da rescisão, na forma como promovida, e, por conseguinte, permitido aos recorrentes exercer devidamente o direito de dar continuidade ao serviço de assistência à saúde, sem a contagem de novo prazo de carência

Todavia, o próprio dispositivo do acórdão acaba indicando, noutra giro, que essa circunstância acabou sendo ainda mais decisiva para a solução do caso, vez que o comando da decisão consistiu, essencialmente, em determinação voltada à *comunicação* da rescisão contratual:

23. Logo, merece parcial reforma o acórdão impugnado, para acolher, em parte, a pretensão deduzida pelos recorrentes, determinando que eles sejam devidamente comunicados da extinção do vínculo contratual, levando-se em consideração a data da efetiva cessação dos efeitos contratuais até então prorrogados, contando-se, a partir daí, o prazo normativo para o exercício do direito de requerer a portabilidade de carência, nos termos da norma regulamentadora.

DA CONCLUSÃO

Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO a fim de determinar que os recorrentes sejam devidamente comunicados da extinção do vínculo contratual, levando-se em consideração a data da efetiva cessação dos efeitos contratuais até então prorrogados, contando-se, a partir daí, o prazo normativo para o exercício do direito de requerer a portabilidade de carência, nos termos da norma regulamentadora.

Em suma, e em linhas gerais, o julgado acima invocou expressamente o “diálogo das fontes” entre atos normativos que regulam a matéria sob a justificativa de buscar perspectiva conciliadora dos interesses da operadora do plano de saúde que resiliu o contrato coletivo e dos

consumidores do plano, que teriam sido desamparados a partir da extinção do contrato de plano de saúde que mantinham, ancorado na avença coletiva que fora resilida.²³⁰

2.1.3. Cláusula de coparticipação em internações psiquiátricas prolongadas

Outro tema que desperta grandes controvérsias nos tribunais brasileiros – notadamente nos tribunais estaduais –, objeto de decisões judiciais que invocaram textualmente o diálogo entre fontes, é a discussão sobre a validade de cláusulas de coparticipação previstas em contratos de planos de saúde que estabelecem a necessidade de pagamento parcial, pelo beneficiário, dos custos de internação hospitalar com duração superior a trinta dias para tratamento de transtornos psiquiátricos.²³¹

Tratando dessa temática, dentre os arestos encontrados, merecem destaque dois julgados oriundos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²³² e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios,²³³ ambos com menções expressas à “teoria do diálogo das fontes” em suas ementas.

²³⁰ Nessa linha, relembre-se, *ipsis litteris*, trecho que consta da fundamentação e da ementa do acórdão: “Na linha de todo esse raciocínio, o diálogo das fontes entre o CDC e a Lei 9.656/1998, com a regulamentação dada pela Resolução CONSU nº 19/1999, exige uma interpretação que atenda a ambos os interesses: ao direito da operadora, que pretende se desvincular legitimamente das obrigações assumidas no contrato celebrado com a pessoa jurídica e que não oferece plano na modalidade individual ou familiar, corresponde o dever de proteção dos consumidores (vinculados à pessoa jurídica), que contribuíram para o plano de saúde e cujo interesse é na continuidade do serviço”.

²³¹ Para digressão acerca da matéria, permita-se remissão a OLIVEIRA E SILVA, Lucas de Castro. Cláusula de contrato de plano de saúde que estabelece coparticipação no custeio de internações psiquiátricas: análise a partir do Tema Repetitivo n. 1032 e da jurisprudência do STJ. *Civiltica.com*, v. 10, n. 3, p. 1-31, dez. 2021.

²³² “APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO COGENTE POSTERIOR. AUTOR DEPENDENTE QUÍMICO. NEGATIVA DE CUSTEIO INTEGRAL DA INTERNAÇÃO EM CLÍNICA PSIQUIÁTRICA POR PERÍODO SUPERIOR A 30 DIAS. DESRESPEITO AO DISPOSTO NO ARTIGO 12 DA LEI Nº 9.656/98. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE TEMPO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR. CLÁUSULA ABUSIVA, NOS TERMOS DO ARTIGO 51, IV, § 1º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA Nº 302 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUESTÃO PACIFICADA TAMBÉM NO ÂMBITO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, POR MEIO DO ENUNCIADO N.º 9, DO AVISO CONJUNTO TJ N.º 16/2015. FRUSTRAÇÃO DA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO CONSUMIDOR QUE, AO CONTRATAR PLANO DE SAÚDE, ESPERA O DEVIDO AMPARO E MELHORA NA QUALIDADE DE VIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) QUE SE REVELA ADEQUADO ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PROVIMENTO DO RECURSO ADESIVO DO AUTOR. DESPROVIMENTO DO RECURSO DO RÉU” (TJRJ, Apelação 0037223-57.2015.8.19.0001, Rel. Des. Sandra Santarém Cardinali, 26ª Câmara Cível, julgado em 02/06/2016).

²³³ “APELAÇÕES CÍVEIS. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. BRADESCO SAÚDE. INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA. COBRANÇA DE 50% DO VALOR DAS DESPESAS HOSPITALARES APÓS O PERÍODO DE 30 DIAS. ABUSIVIDADE. RN Nº 338/2013 DA ANS. NORMA QUE PREVÊ A COPARTICIPAÇÃO DE ATÉ METADE DO VALOR CONTRATADO - QUAL SEJA A MENSALIDADE PAGA PELO CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL EM DESACORDO COM O REGULAMENTO DA ANS, APESAR DA APARENTE

Em linhas gerais, os dois julgados afirmaram a abusividade de cláusulas de coparticipação nos moldes acima com base, principalmente, na Súmula n. 302 do STJ, segundo a qual “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Nos dois casos, compreendeu-se que a imposição do copagamento a partir de determinado período de internação seria equivalente à limitação do próprio prazo de internação.

A fundamentação do acórdão oriundo do TJRJ destacou a natureza consumerista da relação contratual entre o beneficiário e a operadora do plano de saúde, a justificar que o exame do caso fosse “realizado dentro do microssistema protetivo instituído pelo Código de Defesa

CONFORMIDADE. IMPOSIÇÃO QUE, NO CASO CONCRETO, IMPLICA EM LIMITAÇÃO DA INTERNAÇÃO, AINDA QUE POR VIA OBLÍQUA. ENUNCIADO Nº 302 DA SÚMULA DO STJ. ENTENDIMENTO EXTENSÍVEL AOS CASOS DE INTERNAÇÃO PARA TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. PRECEDENTES. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. APARENTE JUSTA CAUSA PARA NEGATIVA. INEXISTÊNCIA. PROVA. VIOLAÇÃO. DIREITO DA PERSONALIDADE. PRECEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DE ACORDO COM O VALOR DA CAUSA. SENTENÇA PROLATADA NA VIGÊNCIA DO CPC DE 2015. SENTENÇA REFORMADA. 1. Configura-se abusiva a cláusula inserta em contrato de seguro saúde consistente na imposição de 50% (cinquenta por cento) do valor das despesas da internação psiquiátrica, após ultrapassado o período de 30 (trinta) dias. 2. A Resolução Normativa nº 338/2013 da ANS, então vigente, previa em seu art. 21, que na internação psiquiátrica, haverá incidência de fator moderador passados os primeiros 30 (trinta) dias. 2.1. Contudo, a mesma norma infralegal fixa que a coparticipação será de no máximo 50% (cinquenta por cento), incidente sobre o valor contratado - o qual deve ser entendido como o da própria mensalidade paga pelo consumidor. 2.2. Sendo nítido caso de contrato de adesão, incidem, aos contratos de plano de saúde a regra de interpretação favorável ao consumidor aderente (art. 47 do CDC e art. 423 do CC/2002), aplicáveis simultaneamente pela teoria do diálogo das fontes. 3. Neste panorama, não se pode entender por equivalentes as expressões “despesas ocorridas”, da cláusula contratual combatida, com “valor contratado”, constante da parte final da alínea “b”, do inciso II, do art. 21 da RN nº 338/2013 da ANS. Assim, a disposição contratual está em flagrante desconformidade com a RN nº 338/2013. 3.1. Ainda assim não fosse, entender pela validade da cláusula contratual implica, na espécie, em impor à autora ônus desmesurado, em momento de necessidade, podendo redundar na impossibilidade de pagamento da parcela prevista no contrato e eventual paralisação do tratamento. 3.2. Em casos tais, deve ser privilegiado o direito à vida digna e à saúde, ambos com sedimento na Carta Magna, pois que a dignidade humana é vetor maior do ordenamento jurídico. 4. O Superior Tribunal de Justiça entende ser extensível, aos casos de internação para tratamento psiquiátrico, o entendimento cristalizado no enunciado nº 302 da sua Súmula: “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. 5. No caso sub examine a exigência do custeio de metade das despesas hospitalares implica, por via reflexa, em limitação da internação que, por si só, deve ser rechaçada. 6. A aparente justa causa à limitação da cobertura (arguição da força contratual), e diante da ausência da mínima evidência de que os fatos narrados tenham causado maiores repercussões ao seio social, pessoal e familiar da autora, resta descaracterizado o dano moral indenizável (CF, ART. 5º, V E X). 7. O inadimplemento contratual, por si só, não é causa suficiente para ensejar reparação por danos morais, posto que não configura dano que ocasione ofensa aos direitos da personalidade. O desconforto e a angústia provocados pelo descumprimento contratual não se converte, ipso facto, em dano moral que se recomponha em pecúnia. Precedente. 8. O arbitramento dos honorários advocatícios deve refletir não apenas a complexidade da matéria ou da tramitação do feito, mas, sobretudo, o compromisso ético e científico do patrono com a realização do direito em questão. 8.1. O percentual da verba honorária deve ser majorado para fiel observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de ser justo e equânime. 8.2. Tendo em vista que ao presente recurso aplicam-se as regras do CPC de 2015, vigente à época da prolação da sentença resistida, e considerando os termos do seu art. 85, § 2º é cabível a majoração dos honorários, a fim de que seja mensurado com base no valor atualizado da causa, e não de forma equitativa, conforme previa o art. 20, §4º, do CPC revogado. 9. Recursos conhecidos. Negado provimento ao recurso do réu e provido em parte o recurso do autor apenas para adequar a mensuração da verba honorária” (TJDFT, Apelação 20150111284885, Rel. Des. Alfeu Machado, 1ª Turma Cível, julgado em 31/08/2016).

do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor”.

Na sequência, pontuou-se que “a Teoria do Diálogo das Fontes permite a aplicação da legislação cogente mais benéfica superveniente, a fim de preservar a coerência do sistema normativo”. A partir dessa premissa, concluiu-se que a cláusula que previa a coparticipação era inválida, por suposta afronta ao artigo 12, inciso II da Lei n. 9.656/1998 e ao artigo 21, incisos I e II da Resolução Normativa n. 338/2013 da ANS, que proibiam “limitação de prazo” para cobertura de internações hospitalares e estipulavam a necessidade de cobertura de internação para tratamento de transtornos mentais. A esses dispositivos, foram somados os enunciados do artigo 51, inciso IV do CDC, que invalida cláusulas contratuais que situem o consumidor em desvantagem exagerada e os enunciados da referida Súmula n. 302 do STJ e da Súmula n. 9 do TJRJ,²³⁴ que caminham no sentido de vedar cláusulas de contratos de plano de saúde que limitem o tempo de internação dos usuários.

A seu turno, a fundamentação do acórdão TJDFT destacou que a cláusula contratual que previa a coparticipação no custeio de internação psiquiátrica superior a trinta dias parecia estar redigida em conformidade com a regulação setorial e, notadamente, com o teor do artigo 21, incisos I e II, alíneas “a” e “b” da então vigente Resolução Normativa n. 338/2013 da ANS. Todavia, entendeu-se que tal conformidade seria apenas aparente, a partir de interpretação segundo a qual a norma da ANS permitiria coparticipação em percentual de até 50% do valor da *mensalidade* paga pelo beneficiário, sendo esse o significado da expressão “valor contratado” constante do enunciado da agência. De outro lado, a cláusula reputada ilícita permitiria coparticipação de até 50% das “despesas ocorridas”, isto é, dos gastos dispendidos com a internação psiquiátrica, adotando referencial que não seria chancelado pela normativa do órgão regulador ou pela lei.

Consoante consta da fundamentação do aresto do TJDFT, “tal conclusão deriva do disposto nos arts. 47 e 423, do CDC e do CC/2002, respectivamente, aplicados em conjunto, pela teoria do diálogo das fontes”, que impõem a adoção da interpretação mais favorável ao consumidor aderente. Para além disso, como dito, o órgão julgador considerou que o mecanismo de coparticipação a partir do trigésimo primeiro dia de internação violava a Súmula n. 302 do STJ, pois representaria, por via reflexa, limitação do tempo de internação.

²³⁴ Eis o teor da aludida súmula do TJRJ: “É nula de pleno direito a cláusula, inserida em contratos de plano ou de seguro saúde, que limita o tempo de cobertura para internação, inclusive para tratamento psiquiátrico ou de dependência química”.

Interessante notar que os dois acórdãos invocaram a construção teórica do diálogo das fontes para fazer incidir a “legislação cogente mais benéfica” ou a “interpretação [mais] favorável ao consumidor”, nos dizeres do julgado do TJRJ e da decisão do TJDFT, respectivamente.

Procedendo de tal modo, as fundamentações das duas decisões sinalizaram que haveria, de um lado, “legislações” ou “interpretações” de cláusulas contratuais possivelmente aplicáveis que seriam menos benéficas aos consumidores e, de outro, contrapostas a estas, outras que lhes seriam menos favoráveis, o que seria suficiente para fazer com que as primeiras prevalecessem em face destas últimas. Tal premissa parece realmente familiar à invocação do diálogo das fontes como perspectiva norteadora da interpretação e aplicação do direito, enquanto vertente hermenêutica que pugna pela incidência da “lei mais favorável ao sujeito mais vulnerável”, como a “melhor lei”²³⁵ para o caso concreto.²³⁶

Sob esse aspecto, a temática da cláusula de coparticipação e, a seu lado, os outros temas analisados em casos práticos envolvendo contratos de planos de saúde, ilustram, enfim, a relevância de construções teóricas atreladas ao que se tem denominado de *diálogo das fontes* – ou, quando menos, a recorrência da invocação de tais construções – na solução de casos nessa seara.

A partir dos exemplos acima, torna-se mais clara a evidência de que algumas das premissas esposadas pelos adeptos de tais construções têm sido abraçadas pela jurisprudência brasileira em diversas oportunidades. A constatação tem lugar, sobretudo, em acórdãos que parecem reforçar a tendência do Judiciário em decidir em favor dos beneficiários dos contratos de planos de saúde e em desfavor das operadoras de tais contratos – ou, ainda, das estipulantes de planos coletivos – já verificada em uma série de estudos sobre o tema, em perspectivas quantitativa e qualitativa.²³⁷ Ainda que não se pretenda equiparar a fundamentação dos acórdãos estudados às análises e tomadas de posicionamento dogmáticas realizadas pelos adeptos da doutrina do diálogo das fontes, parece inevitável não reconhecer a proximidade entre os

²³⁵ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna, cit., p. 107.

²³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. A proteção da parte mais fraca em Direito Internacional Privado e os esforços da CIDIP VII de proteção dos consumidores, cit., p. 266; SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²³⁷ LAVECCHIA, Amanda Leopoldo. A intervenção judicial nos contratos de plano de saúde, cit.; CARLINI, Angélica; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e contratos de saúde privada no Brasil, cit.; TRETTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira; SCHEFFER, Mario César. Judicialização em planos de saúde coletivos, cit.

ideários defendidos por aqueles doutrinadores e os valores e fundamentos apresentados na justificação das decisões judiciais sob comento.

Tal cenário, ao que tudo indica, confere relevância prática às construções teóricas associadas ao diálogo das fontes no âmbito de litígios acerca de contratos de planos de saúde. Por consequência, ainda nesse âmbito, mostram-se igualmente relevantes as premissas associadas a essa corrente teórica que se veem empregadas em muitos desses julgados. Dentre tais premissas, destacam-se, principalmente: a unidade do ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, a pluralidade de fontes normativas incidentes sobre os fatos juridicamente relevantes; a insuficiência dos tradicionais critérios de solução de antinomias; a concepção de três tipos de diálogos entre as fontes normativas em sua aplicação (diálogo de coerência; diálogo de complementariedade ou subsidiariedade e diálogo de coordenação e adaptação sistemática); a existência de microssistemas normativos com lógicas e princípios autônomos; a prevalência da norma (e da solução) mais favorável à parte mais vulnerável como critério de hermenêutica; o *status* (natureza hierárquica) constitucional do Código de Defesa do Consumidor; a superioridade hierárquica do Código de Defesa do Consumidor em face de outras leis ordinárias – e, notadamente, da Lei n. 9.656/1998 –; e a consideração do CDC como norma principiológica e geral de relações jurídicas de consumo, a ser considerada como norte interpretativo das legislações específicas (e não o contrário).

Feitas tais digressões, passa-se a analisar de forma semelhante, a recorrência e o peso de construções que, no início do trabalho, foram selecionadas para investigação de sua relevância enquanto contrapontos argumentativos que seriam usualmente empregados em favor das pretensões das operadoras de planos de saúde, em face às construções associadas ao diálogo das fontes – que, como se viu, mostram-se tendencialmente favoráveis às pretensões dos beneficiários dos contratos de planos privados de assistência à saúde.

2.2. Consequencialismo e pragmatismo jurídicos em temas de contratos de planos de saúde: o outro extremo da corda?

Na introdução do trabalho, delineou-se o cenário de intensa litigiosidade entre os diversos atores envolvidos nas relações jurídicas permeadas pelos contratos de planos de saúde, que caracteriza o fenômeno da judicialização da saúde suplementar. De igual modo, indicou-se que, em boa parte desses conflitos, são verificados embates travados principalmente entre os beneficiários (consumidores) dos contratos de planos de saúde e as operadoras de saúde

privada, que desvelam na contraposição de linhas argumentativas que tendam a promover, respectivamente, maior proteção dos interesses de um grupo ou de outro.

Outrossim, com a investigação descrita no item 2.1 *supra*, demonstrou-se que, com frequência, a invocação textual de construções teóricas ligadas à(s) teoria(s) do *diálogo das fontes* é constatada principalmente em decisões que terminam por acolher – alegações e, consequentemente – as pretensões dos beneficiários de planos de saúde, sobretudo com base na prevalência de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e de princípios igualmente evocados para maximizar a proteção conferida aos consumidores.

Resta agora, investigar e analisar – ainda que de modo não exaustivo – construções teóricas invocadas “no outro extremo da corda”, ou seja, nas defesas de pretensões titularizadas, principalmente, pelas operadoras de saúde e entidades do mercado que advogam pelos interesses desses atores. Para tanto, escolheu-se, para análise como marco ilustrativo de algumas das principais linhas de discursivas destes atores, o estudo do que se pode denominar, em sentido amplo, de *argumentação*²³⁸ ou *argumentos consequencialistas*,²³⁹ *pragmáticos* ou *fundados em consequências*,²⁴⁰ por vezes identificados como *consequencialismo*²⁴¹ ou *pragmatismo*²⁴² jurídicos.

A exemplo do que se deu com a exposição de construções teóricas identificadas a doutrina do diálogo das fontes, não se pretende realizar nesse momento análise meritória aprofundada de cada uma das diversas premissas apresentadas pelos adeptos de tais correntes de pensamento. Nem mesmo seria possível fazê-lo, sob pena de se perder de vista o objeto

²³⁸ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, cit., p. 165; PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, v. 262, p. 95-144. Rio de Janeiro, jan.-abr. 2013; MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Argumentação consequencialista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV Congresso do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. São Paulo: Noeses, 2009.

²³⁹ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no direito. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, v. 6, n. 3. Constitucionalização dos direitos no Brasil, p. 4-27, 2015.

²⁴⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 135.

²⁴¹ MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018; SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 130-158. Rio de Janeiro, 2008; FRAZÃO, Ana. A importância da análise de consequências para a regulação jurídica: perspectivas e riscos do consequencialismo e do “consequenciachismo”. *JOTA*. São Paulo, 2019; FRAZÃO, Ana. Direito Civil Constitucional e a LINDB: reflexões sobre os impactos dos arts. 20 e 21 da LINDB sobre as abordagens e metodologias do Direito Civil. *JOTA*. São Paulo, 2019.

²⁴² MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018; POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003; POSNER, Richard A. Legal pragmatism defended. *The University of Chicago Law Review*, n. 71, p. 683-690. Chicago: University of Chicago, 2004.

central do trabalho e porque cada uma das múltiplas teorias abrangidas pelos ideários acima possui uma série de variações, a demandar análise demasiado extensa acerca de si. A bem ver, assim, o que primordialmente se pretende é verificar como a invocação destas ideias – e de suas premissas – tem ou não encontrado lugar ou causado impacto relevante na solução de casos envolvendo contratos de planos de saúde, tendo como parâmetro principalmente sua aceitação pela jurisprudência e doutrina brasileiras.

À semelhança do que se tem denominado de *diálogo das fontes*, também a argumentação consequencialista possui uma miríade de ramificações e concepções distintas, que se espriam pelos mais diversos ramos do direito. Efetivamente, não parece aconselhável, nem possível, falar em apenas um tipo de “consequencialismo” ou “argumentação consequencialista”²⁴³ no âmbito da ciência do direito, mas em várias abordagens que, de algum modo, atribuem peso à consideração de consequências na solução de questões jurídicas. Mesmo porque, “o significado do consequencialismo é discutido em diversos campos, como na teoria da argumentação e na ética”.²⁴⁴ Diante desse quadro, ainda que esta não seja a forma mais acurada de abordar tais correntes de pensamento, no decorrer deste trabalho, as expressões usadas para referência a esse tipo de abordagem serão empregadas quase sempre como equivalentes.²⁴⁵ Sem prejuízo disso, por vezes, serão trazidas breves exposições de alguns pormenores que as diferenciam a nível teórico, conforme se mostre conveniente para a compreensão da análise voltada ao objeto de estudo.

Em análise voltada ao teor do artigo 21 da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/1942), recentemente incluído pela Lei n. 13.655/2018, o Professor José Vicente Santos de Mendonça traz conceituação inicial interessante do que se tem compreendido, em linhas gerais, como *consequencialismo*:

²⁴³ Na mesma linha, conquanto afirme a possibilidade de diferenciação técnica entre “argumentos pragmáticos” e “argumentos consequencialistas”, confira-se a posição de José Vicente Santos de Mendonça, no sentido da fungibilidade das duas expressões para fins práticos e didáticos, com a qual se concorda: “É o caso de se aplicar a máxima pragmática à questão: que diferença vai fazer, ao mundo da aplicação do Direito, se as expressões ‘argumento pragmático’ e ‘argumento consequencialista’ forem diferenciadas? Provavelmente, muito pouca. Assim, registramos a polêmica conceitual, mas optamos pelo uso fungível das duas expressões” (*Direito constitucional econômico*, cit., p. 45).

²⁴⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB, cit., p. 46.

²⁴⁵ Adota-se, assim, postura semelhante à de Luis Fernando Schuartz, no que tange à reunião das diversas nomenclaturas utilizadas para diferenciar as várias abordagens consequencialista sob um único invólucro: “No âmbito deste artigo, a expressão consequencialismo jurídico será utilizada em um sentido extremamente amplo, *i. e.*, como qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas” (*Op. cit.*, p. 130-131).

De modo simples, pode-se dizer que o consequencialismo é característica de certa postura, interpretativa ou cognitiva, tendente a considerar as consequências de ato, teoria ou conceito. O consequencialismo jurídico é, por sua vez, postura interpretativa que considera, como elemento significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção interpretativa. Parece ser nesse sentido abrangente que a LINDB se aproxima ao tema.²⁴⁶

Enquanto as construções em torno do chamado diálogo das fontes encontraram como local de proliferação o ramo do direito do consumidor, parece possível afirmar que a argumentação jurídica consequencialista tem se popularizado principalmente em searas do direito público, com especial ênfase para o direito tributário e o direito administrativo. Em matéria tributária, por exemplo, tem sido comum o recurso do Supremo Tribunal Federal a considerações consequencialistas.²⁴⁷ O fenômeno ocorreria principalmente em julgamentos cuja solução invariavelmente acarreta impacto orçamentário considerável, levando a Corte a promover, ou ao menos analisar, com frequência, a modulação dos efeitos de suas decisões.²⁴⁸ Aliás, a modulação temporal dos efeitos das decisões tem sido apontada justamente como uma das hipóteses em que o direito positivo dá autorização expressa para que o Judiciário, enquanto aplicador do direito, promova análise pragmática das consequências de sua própria decisão²⁴⁹ e restrinja temporalmente seus efeitos, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, nos termos do artigo 27 da Lei n. 9.868/1999.

Ultimamente, porém, é na seara do direito administrativo, em análises de direito regulatório voltadas à intervenção e, mais especificamente, ao *controle* do Estado sobre as atividades econômicas, que têm se tornado mais frequentes os exames das consequências da aplicação das normas jurídicas. O fenômeno – que já vinha sendo constatado pela doutrina muito antes²⁵⁰ – tem se intensificado a partir de impulso dado pelo próprio direito positivo, a partir das alterações recentes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/1942), que parecem ter positivado as consequências das decisões como

²⁴⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB, cit., p. 47.

²⁴⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Argumentação consequencialista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 11).

²⁴⁸ Acerca da matéria, confira-se: LEAL, Fernando Angelo Ribeiro; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, pp. 818-843, 2017. Com postura crítica acerca do uso reiterado de argumentos consequencialistas pelo Judiciário em matéria tributária, confira-se: ROCHA, Sérgio André. Modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade e consequencialismo: instrumentos de desconstitucionalização do direito tributário. In: *Estudos de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 157-162.

²⁴⁹ MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*, cit., p. 90.

²⁵⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 172.

aspectos que não podem ser desconsiderados nas decisões estatais em geral. As mudanças foram promovidas pela Lei n. 13.655/2018, que ficou conhecida por alguns sob o rótulo de “Lei de Segurança Jurídica” ou “Nova LINDB”, a qual teria como objetivos trazer de maior segurança jurídica nas relações mantidas com o Poder Público e mais qualidade técnica nas decisões das autoridades públicas.²⁵¹

Substancialmente interessantes para esse fenômeno, merecem destaque os artigos 20 e 21 da LINDB, que aludem textualmente a “consequências” como elementos de relevo para as decisões judiciais, administrativas e controladoras, bem como os artigos 22, 23, 24, 27 e 30 da LINDB, que seguem linha parecida no sentido de atribuir relevo a considerações contextuais da realidade fática que permeia as decisões estatais, todos incluídos na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro pela Lei n. 13.655/2018.

Analizando as disposições citadas, parte da doutrina²⁵² afirma que tais enunciados realmente teriam sido cunhados para impor a “valorização do consequencialismo” e “a necessidade de análise do consequencialismo da decisão administrativa”, por influência dos juristas que trabalharam no projeto de lei e para reforçar a necessidade de fundamentação das decisões estatais. Entretanto, para a mesma corrente doutrinária, esses preceitos inseridos na LINDB por força da Lei n. 13.655/2018 não teriam aplicação ao Direito Privado, mas tão-somente ao Direito Público, em opinião que se fundamenta principalmente nessa gênese do projeto, que, segundo esse entendimento, “poderia ser batizado de Lei da Segurança Hermenêutica na Administração Pública”.²⁵³

Uma segunda corrente compartilha da opinião de que os dispositivos incluídos pela Lei n. 13.655/2018 na LINDB são normas de “Direito Público”. Por outro lado, afirma que, a partir delas, a avaliação consequencialista passou a ser exigida na motivação das decisões judiciais, advertindo que a proibição de decisão baseada apenas em valores abstratos e sem consideração

²⁵¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *RDA – Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, mai.-ago. 2020, p. 243.

²⁵² TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, n. 1.1.

²⁵³ Ibid., n. 1.1. Posição idêntica é defendida por LÔBO, Paulo. *Direito civil*, vol. 1: parte geral. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, n. 1.9, p. 52. “A Lei n. 13.655/2018 acresceu a LINDB com diversas normas relativas à segurança jurídica e o que denominou de eficiência na criação e na aplicação do direito público, adotando o princípio do consequencialismo das decisões administrativas e judiciais nessa área. Estabelece que nas esferas administrativa, controladora e judicial ‘não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão’. Essas normas não se aplicam ao direito privado, não apenas pela literalidade do âmbito de aplicação delas (direito público), mas também porque o princípio de estrita legalidade que as inspira orienta a administração pública, não sendo facultado ao administrador valer-se da autonomia privada”.

de consequências poderia contribuir para a diminuição da força normativa de princípios jurídicos importantes.²⁵⁴

De forma semelhante, outros autores entendem exagerada a premissa segundo a qual o julgador não poderá decidir com base em valores abstratos sem antes considerar as consequências de sua decisão. Em adição, critica-se a falta de clareza em definir o que seriam “valores jurídicos abstratos” e a suposta necessidade de um exercício de “futurologia” por parte dos aplicadores da lei, para que possam antecipar todas as consequências possivelmente derivadas de seus atos decisórios. Noutro giro, em que pesem as críticas à redação dos dispositivos, essa corrente parece concordar com a importância de juízos sobre as consequências das decisões, em prol de sua maior efetividade. Bem assim, parece anuir com a incidência dos comandos dos artigos 20 e 21 da LINDB sobre a aplicação do ordenamento por agentes públicos em geral – sem restrições quanto ao ramo do direito envolvido em cada análise específica:

Não somos contra o fato de o agente público — especialmente o juiz — ter de imprimir uma reflexão “consequencialista” ou “pragmática” dos impactos da sua decisão. Com efeito, isso é, inclusive, uma cautela recomendável, até mesmo para a efetivação da decisão, seja de natureza administrativa, seja judicial. Para isso, pode-se propugnar, inclusive, por um regime de transição, em verdadeira modulação de efeitos para garantir estabilidade das relações jurídicas. Nessa diretriz, buscam-se estabelecer marcos de segurança na aplicação das normas pelas autoridades públicas de qualquer natureza, que passam a ser, inclusive, estimuladas a estabelecer normas internas vinculantes, na forma do novel art. 30 da LINDB.²⁵⁵

A par das orientações acima delineadas, parece sobressair a ideia de que os dispositivos acrescidos à LINDB, conquanto preocupados com atividades realizadas por agentes públicos, não podem ter sua importância limitada apenas a decisões tomadas em searas tradicionalmente identificadas com a noção tradicional de “Direito Público”.

Como primeira justificativa para tanto, tem-se a constatação de que a própria *summa divisio* historicamente concebida entre as noções de Direito Público e Direito Privado tem, cada vez mais, apresentado rachaduras e sido questionada pelos juristas.²⁵⁶ A propósito, os contratos de plano de saúde estudados neste trabalho aparentam ser um bom exemplo de relações

²⁵⁴ “É como se o legislador introduzisse uma condicionante para a força normativa dos princípios: eles somente podem ser utilizados para fundamentar uma decisão, se o julgador considerar ‘as consequências práticas da decisão’. Trata-se, portanto, de uma reação retrógrada à força normativa dos princípios constitucionais” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 92).

²⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 87-88.

²⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 143-144.

jurídicas nas quais normas de direito público e direito privado se entrelaçam – ou até mesmo se confundem – diante da idêntica sobreposição de interesses públicos e privados, existenciais e patrimoniais, nesses acertos, sendo, no mínimo, difícil afirmar peremptoriamente que as questões nessa seara são exclusivamente de direito privado ou direito público.

Em segundo lugar, tais disposições aparentam ter vocação para influir sobre todo e qualquer tipo de atividade decisória exercida por agentes públicos, nas instâncias *administrativas, controladoras ou judiciais*, como expressamente mencionam os dispositivos acrescidos à LINDB. Assim, não se afigura razoável, à primeira vista, excluir do âmbito de incidência dos enunciados normativos atividades decisórias de interpretação e aplicação do direito realizadas em quaisquer dessas instâncias pelo simples fato de estarem voltadas à solução de matérias de direito privado. Mesmo porque, de modo amplo, as exigências de motivação inerentes ao processo de interpretação e aplicação do ordenamento per se considerado não parecem diferir em razão do ramo jurídico sobre o qual o intérprete se debruça. Não parece mesmo haver motivo idôneo para concluir que, na análise de questões de direito público, é relevante a análise das consequências das decisões jurídicas em sentido amplo, e que, em questões de direito privado, a consideração dos efeitos das decisões dos aplicadores da lei seja despida de valia ou totalmente dispensável. O que não significa que, em todos os casos e em todas as matérias deva ser uniforme o peso atribuído à análise de consequências na justificação.

Com a devida vênia aos entendimentos dissonantes, diante da redação dos artigos 20 e 21 da LINDB e da própria teleologia do estatuto para funcionar como norma introdutória de critérios de interpretação-aplicação do direito para searas do direito público e privado,²⁵⁷ revela-se razoável a compreensão de que tais dispositivos incidem indistintamente sobre atividades de interpretação e aplicação das normas jurídicas em todas essas searas. Nessa linha, segundo Fredie Souza Didier e Rafael Alexandria Oliveira, compreende-se que as alterações na LINDB – sobretudo seu artigo 20 – estabeleceram na ordem jurídica brasileira um “postulado hermenêutico” segundo o qual em sua atividade interpretativa e aplicadora das normas jurídicas, o operador precisa considerar as consequências de sua decisão, bem como uma regra

²⁵⁷ Relevante recordar que, em sua redação original, o Decreto-Lei n. 4.657/1942 era denominado “Lei de Introdução ao Código Civil”, e que apenas a partir da Lei n. 12.376/2010 tal diploma passou a ser denominado “Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro”. A mudança na nomenclatura consagrada no próprio texto legal caminha no sentido da orientação de que o diploma normativo possui normas introdutórias que dizem respeito a todos os ramos do ordenamento jurídico pátrio, sem excluir, por consequência, as normas de direito privado.

que “exige que o julgador explicita, na fundamentação, o caminho que seu raciocínio trilhou para chegar até elas”.²⁵⁸

Nessa esteira, a prática forense parece de fato caminhar no sentido de ampliar o uso da análise de consequências em questões que envolvem, de algum modo, matérias tradicionalmente relacionadas ao direito privado, com recurso às noções recentemente incorporadas pela Lei n. 13.655/2018 à LINDB – ainda que o recurso a tal espécie de argumentação ou motivação siga sendo predominante verificado na análise em questões de direito público, pelo menos a nível judicial.²⁵⁹

Exemplo disso é o fato de que em diversas discussões ligadas a contratos de planos de saúde tem sido comum identificar o apelo a considerações das consequências de decisões, via argumentos deduzidos por atores do mercado de saúde suplementar. Com frequência considerável, as manifestações dessas entidades defendem soluções jurídicas com base na prevenção ou busca de determinadas consequências, principalmente de cunho econômico, para os sujeitos envolvidos nas diversificadas relações inerentes aos contratos de planos de saúde.

A argumentação fundada em consequências econômicas pode ser encontrada sobretudo na discussão de tópicos umbilicalmente ligados ao financiamento e ao equilíbrio atuarial dos contratos de planos de saúde – e, por extensão, à sustentabilidade dos agentes econômicos do setor. Tome-se como exemplo o debate que circunda questão afetada ao rito dos recursos especiais repetitivos pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, quanto à “validade de cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária” e o “ônus da prova da base atuarial do reajuste” (Tema Repetitivo 1016). A discussão do tema no âmbito do STJ contou com a participação de diversas entidades de tutela de interesses de consumidores

²⁵⁸ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, jan.-mar. 2019, p. 151.

²⁵⁹ Ilustrando o ponto, em pesquisa de jurisprudência realizada por meio da ferramenta oficial do Superior Tribunal de Justiça com emprego das expressões trazidas pelos artigos 20 e 21 da LINDB para alusão a análise de consequências (“consequências práticas da decisão” ou “consequências jurídicas e administrativas”), foram encontrados 15 acórdãos e 204 decisões monocráticas publicados desde o início da vigência de tais dispositivos, em 25/04/2018. Desses acórdãos, 13 provinham de órgãos colegiados com competência regimental para análise de matérias de direito público (12 da Primeira Seção e 1 da Primeira Turma) e 2 eram oriundos de turmas com competência regimental para julgamento de matérias de direito privado (1 da Terceira Turma e 1 da Quarta Turma). Dentre as decisões monocráticas, 88 provinham da Presidência do Tribunal, 31 da Vice-Presidência, 2 da Corte Especial (que detêm competência ampla), 1 de ministro da Quinta Turma e 4 de ministros da Sexta Turma (estas duas últimas com competência para matérias de direito penal). Além destas, foram encontradas 25 decisões de ministros da Primeira Turma, 47 de ministros da Segunda Turma (com competência para matérias de direito público), bem como 1 decisão de ministro da Terceira Turma e 4 de ministros da Quarta Turma. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 03.dez.2021.

de planos de saúde e, ainda, de entidades setoriais ligadas às sociedades empresárias do ramo, que se manifestaram na qualidade de *amici curiae*.

Dentre as manifestações dos amigos da corte, destaque-se manifestação aportada pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS, intitulada “Parecer de Análise Econômica do Direito” e subscrita pelos Professores Thomas Victor Conti, Orlando Silva Neto e Luciana Yeung. Em síntese, o documento defende a validade das disposições contratuais que preveem reajustes etários nas mensalidades dos contratos de planos de saúde na forma da regulação editada pela ANS sobre o ponto,²⁶⁰ com base em análise dos “possíveis impactos jurídico-econômicos da decisão sobre a legalidade ou ilegalidade do sistema de reajuste de planos de saúde por grupos de faixa etária”.²⁶¹ Como principais argumentos para subsidiar conclusão pela validade apriorística das cláusulas de reajuste conformes à regulação da ANS, a manifestação cita “Efeitos de 1ª Ordem” e “Efeitos de 2ª Ordem” de eventual decisão “pela ilegalidade do sistema de reajuste de preço por faixa etária”.

A saber, os efeitos de primeira ordem seriam os prejuízos econômicos a todos os consumidores dos contratos de planos de saúde. Os consumidores mais jovens teriam acrescido ao cálculo de suas mensalidades “todo o risco maior e custos maiores com saúde dos atuais segurados mais idosos”, de maneira que “os jovens saudáveis seriam fortemente incentivados a não contratar qualquer tipo de plano”. Em adição, “a estabilidade atuarial do plano de saúde dos mais idosos, que custam mais à prestadora, depende estritamente da existência de um número significativo de jovens e pessoas saudáveis em geral que não trazem tantos custos ao sistema”, pelo que os preços para os consumidores idosos também acabariam aumentando severamente. Noutro giro, os efeitos de segunda ordem estariam atrelados à sobrecarga do Sistema Único de Saúde, pois “quanto mais pessoas que poderiam pagar pelo atendimento privado são expulsas pela regra de preços uniformes que sobretaxa os jovens, mais passam a depender do sistema de saúde público, prejudicando os mais pobres”.²⁶²

Em outra discussão relevante em matéria de contratos de planos de saúde verificou-se no bojo de manifestação de entidade representativa de operadoras de planos de saúde argumentação calcada nas consequências práticas – e, novamente, econômicas – de decisão a

²⁶⁰ Trata-se especificamente da Resolução n. 63/2003 da ANS, que “define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004”, estipulando dez faixas etárias para incidência das variações de preço (reajustes), bem como as regras para apuração dos percentuais de reajuste com base em proporção entre as faixas de idade.

²⁶¹ CONTI, Thomas Victor; SILVA NETO, Orlando; YEUNG, Luciana. “Parecer de Análise Econômica do Direito”. Autos do REsp. 1.715.798/RS (Fls. 1691/1723).

²⁶² Idem, ibidem.

ser tomada pelo STJ em mais um tema afetado ao rito dos recursos especiais repetitivos. Tratava-se da “definição da tese alusiva à obrigatoriedade ou não de cobertura, pelos planos de saúde, da técnica de fertilização *in vitro*”, nos exatos termos da questão submetida a julgamento na 2ª Seção da corte.²⁶³

Na qualidade de *amicus curiae*, a Federação Nacional de Saúde Suplementar – FENASAÚDE trouxe uma série de fundamentos no sentido da licitude das cláusulas contratuais que excluem da cobertura assistencial dos contratos de plano de saúde o custeio de procedimentos de fertilização *in vitro*. Como argumento de reforço, a organização setorial teceu as seguintes considerações:

Se, de um lado, o direito à saúde constitui-se como garantia de todo cidadão, de outro, devem-se levar em consideração os efeitos econômicos resultantes da imposição às operadoras de planos de saúde do custeio de procedimentos de fertilização *in vitro*, tendo em vista que, na maioria das vezes, trata-se de técnicas que demandam elevados custos. Ao excluir procedimentos que são de cobertura obrigatória pela OPS, estima-se que o custo para realização da FIV é de aproximadamente R\$ 13.000,00 (treze mil reais).

De acordo com um estudo elaborado pela MAPESolutions, “os gastos com a incorporação de FIV podem ser superiores a 3 bilhões de reais por ano” (cf. Análise de impacto orçamentário, doc. 05), o que evidencia o alto impacto orçamentário a ser suportado pela OPS na hipótese de FIV ser incluída no rol de cobertura obrigatória.²⁶⁴

Não à toa, o caráter consequencialista da argumentação acima é explicitamente assumido no decorrer da manifestação da própria entidade, que menciona as disposições dos artigos 20 a 30 da LINDB como fundamento para a positivação de uma análise consequencialista como imperativo para atuação dos julgadores:

Atualmente, a análise das consequências práticas da decisão a ser tomada não é mera recomendação ao julgador, mas exigência positivada em lei. Tal como preconizam os arts. 20 e 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro –LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), introduzidos pela Lei nº 13.655/2018, as autoridades e órgãos públicos, dentre os quais o Poder Judiciário, devem considerar as consequências práticas de sua decisão e agir para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas.²⁶⁵

Efetivamente, a consideração de influxos das ciências econômicas tem sido tônica comum nos discursos de atores do mercado de saúde suplementar que ressaltam as

²⁶³ STJ, Tema Repetitivo n. 1067, REsp 1822420/SP, REsp 1822818/SP e REsp 1851062/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, 2ª Seção, afetação em 07/10/2020.

²⁶⁴ A manifestação consta das folhas 1.025-1.045 dos autos do REsp 1822420/SP, um dos recursos afetados ao Tema Repetitivo n. 1067 pela 2ª Seção do STJ. Os dados econômicos e o estudo mencionado no excerto também constam dos autos do referido processo, às folhas 1.089-1.129.

²⁶⁵ Idem, ibidem.

consequências das decisões judiciais como ponto nodal para solução de litígios.²⁶⁶ Ainda nessa seara, a lógica argumentativa parece ladear a assunção de um viés consequencialista nas análises que relacionam Direito e Economia,²⁶⁷⁻²⁶⁸ como, aliás, defendem alguns dos expoentes dessa corrente de pensamento,²⁶⁹ inclusive com orientações no sentido de que as interações entre Direito e Economia exsurtem como principal paradigma para compreensão das análises de consequências pugnadas pelos dispositivos acrescidos à LINDB pela Lei n. 13.655/2018.²⁷⁰

Apresenta-se aparentemente consolidada a ideia de que a argumentação jurídica baseada nas relações entre Direito e Economia tem em sua gênese viés filosófico essencialmente consequencialista ou pragmático.²⁷¹ Ademais, as interações entre Direito e Economia se exprimiriam no âmbito de tendência que buscaria o aperfeiçoamento do Direito enquanto prática científica socialmente referenciada, tendo a Economia enquanto principal norte

²⁶⁶ Em outra manifestação às folhas 652-671 do REsp 1870834/SP a FENASAÚDE teceu considerações semelhantes, sobre os riscos de quebra do “equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de plano de saúde” e de ruína das operadoras, em decorrência de ampliações irrestritas das obrigações de cobertura assistenciais a elas impostas. O processo mencionado foi afetado ao rito dos recursos especiais repetitivos pela 2ª Seção do STJ, para “definição da obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica” (STJ, Tema Repetitivo n. 1069, REsp 1870834/SP e REsp 1870834/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 2ª Seção, afetação em 09/10/2020).

²⁶⁷ Nessa rota, destaque-se manifestação da Fundação São Francisco Xavier indicando que até mesmo quando operados na modalidade de autogestão, que não visa a obtenção de lucro, é preciso que os planos de saúde “sejam autossustentáveis”, sob pena de se “colocar fim ao necessário equilíbrio do sistema”. A argumentação consta de petição juntada às fls. 1.206-1245 dos autos do REsp 1818487/SP – tendo sido reproduzida em manifestação da União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (UNIDAS) às fls. 1.321-1.344 dos mesmos autos. O processo foi afetado ao rito dos recursos especiais repetitivos pela 2ª Seção do STJ, para “definir quais condições assistenciais e de custeio do plano de saúde devem ser mantidas a beneficiários inativos, nos termos do art. 31 da Lei n. 9.656/1998”, outro tema relevante tangenciando aspectos econômicos dos contratos de planos de saúde (STJ, Tema Repetitivo n. 1034, REsp 1818487/SP, REsp 1816482/SP, e REsp 1829862/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, 2ª Seção, afetação em 05/11/2019).

²⁶⁸ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil, cit., p. 198.

²⁶⁹ “Enquanto os juristas debatem se as decisões judiciais deveriam ou não deveriam se preocupar com as consequências, economistas e jus economistas afirmam categórica e positivamente que as decisões judiciais têm consequências, quer goste ou não” (YEUNG, Luciana (Org.). Comportamento judicial, decisões judiciais, consequencialismo e “efeitos bumerangues”. In: *Análise econômica do direito: temas contemporâneos*. São Paulo: Actual, 2020, p. 337).

²⁷⁰ CAON, Guilherme Maines. *Análise econômica do direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2020, p. 13.

²⁷¹ CARVALHO, Vinícius Soares. *Análise Econômica do Direito e sua problemática constitucional*. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, v. 25, n. 27, 2015, p. 73-98). Semelhantemente, confira-se a lição de POSNER, Richard. *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*. *John M. Olin Law and a Economics Working Paper n° 53 (2D Series)*. Chicago, 1998, p. 3 e p. 7: “A maioria das análises econômicas consiste em traçar as consequências de se presumir que as pessoas são mais ou menos racionais em suas interações sociais. No caso das atividades que interessam ao direito, essas pessoas podem ser criminosos ou promotores, ou partes em acidentes, ou contribuintes, ou coletores de impostos, ou trabalhadores em greve – ou até mesmo estudantes de direito. (...) Como esses exemplos ilustram, o papel da economia no debate moral e político é chamar a atenção para as consequências ou implicações que as pessoas que ignoram a economia geralmente ignoram. O que você faz com essas consequências é problema seu. O trabalho básico do economista é nos lembrar das consequências, muitas vezes, embora nem sempre adversas ou pelo menos onerosas, de atos ou práticas que, de outra forma, poderíamos considerar claramente boas ou claramente más”. Em adição, v. POSNER, Richard. *Encyclopedia of Law & Economics - Foreword*. In BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. *Encyclopedia of Law & Economics*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 1999.

comparativo, a partir de concepção da ciência econômica como “rainha das ciências sociais”.²⁷² Nessa linha, a interação mais frequente entre Direito e Economia nas análises jurídicas caminhará junto ao movimento de maior aplicação de influxos de outras ciências sociais para compreensão dos fenômenos jurídicos, em esforço de maior alinhamento à concepção do próprio Direito como ciência social.²⁷³

Verdadeiramente, a atenção científica aos impactos econômicos parece imprescindível para uma série de decisões relevantes para a ordem jurídica. Especialmente no que tange à regulação de atividades econômicas, a apreciação de consequências mercadológicas mostra-se imprescindível na formação dos enunciados normativos²⁷⁴ e, por consequência, em seus processos de interpretação e aplicação – os quais, segundo a melhor doutrina, também configuram atos de criação do direito.²⁷⁵ Segundo essa mesma lógica, espera-se que as normas jurídicas produzam *incentivos* a comportamentos cujos efeitos (sociais e) econômicos sejam desejáveis conforme os valores do ordenamento e as políticas públicas almejadas na elaboração de tais atos normativos. Nesse mister, o papel das análises econômicas seria avaliar a eficiência das prescrições normativas para premiar ou desincentivar determinados comportamentos, com intuito de maximizar a realização das condutas que sejam buscadas por aquele instrumental jurídico. Tudo isso para, em último grau, tornar mais eficientes os próprios enunciados normativos –²⁷⁶ sobretudo aqueles vocacionados a servir de regramento a um setor econômico específico, como, por exemplo, a saúde suplementar. Partindo dessas premissas, parece possível associar posturas decisórias que pretendam alcançar eficiência em termos econômicos a concepções pragmáticas ou consequencialistas acerca de como as normas de direito devem ser pensadas e aplicadas.²⁷⁷

De outra parte, não parece adequado eventual raciocínio indutivo que reduza a argumentação consequencialista apenas a razões de economia. Afinal, as consequências das decisões jurídicas, em sentido amplo, – incluídas não só as que provêm do Judiciário, mas do

²⁷² GREMBI, Veronica, *The Imperialistic Aim of Economics: At the Origin of the Economic Analysis of Law. Social Science Research Network – SSRN*: May 2021, 2007, p. 3.

²⁷³ SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 12-13.

²⁷⁴ “É que, quanto a mercados e concorrência, qualquer regulação prestável passa por prévia e competente análise econômica, seja para evitar super-regular as condutas, seja para que os efeitos regulatórios, no médio e longo prazo, não inviabilizem a atividade” (SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2005, p. 78).

²⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, n. 10.1, p. 332.

²⁷⁶ CAON, Guilherme Maines. *Análise econômica do direito*, cit., p. 79; ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR., Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, vol. 1, n. 1, ago-dez. 2009, p. 16.

²⁷⁷ POSNER, Richard A. *Legal pragmatism defended*, cit., p. 685.

Executivo, Legislativo e até mesmo de particulares – não necessariamente serão de ordem econômica, sobretudo quando se preserva a concepção de análise do Direito enquanto ciência que leva em conta uma série de condicionantes das relações sociais. Sob essa premissa, Neil MacCormick enfatiza a demanda por avaliações de *consequências jurídicas*, pelo que o emprego do que entende por “argumentação consequencialista é focado não tanto em estimar a probabilidade de mudanças comportamentais, mas na conduta possível e em seu determinado *status* normativo à luz da decisão que está sendo considerada”.²⁷⁸ Reconhecendo que os magistrados já se valem com frequência de argumentações consequencialistas fundadas em noções de justiça, o autor defende que tais argumentações devem levar em conta principalmente a possibilidade de *universalização* das decisões a que conduzem, sempre com base em valores que tenham fundamento no próprio ordenamento jurídico²⁷⁹ – e que vão além de considerações de utilidade econômica.²⁸⁰

Noutra via, ao que tudo indica, a constatação de que exames de consequências acabam sendo inevitavelmente realizados pelos magistrados não implica na verificação frequente do recurso à argumentação consequencialista de forma assumida pelos julgadores, enquanto caminho validamente reconhecido para alcançar a melhor decisão.²⁸¹ Possivelmente por conta de “falta de tradição jurídica”²⁸² atrelada à utilização ostensiva de argumentações e soluções fundadas em análises de consequências, a doutrina tem apontado que os exames consequencialistas são realizados de forma disfarçada pelos julgadores, sob pretexto de emprego de valores que o ordenamento consagra, com maior aceitação na prática jurídica.²⁸³

²⁷⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*, cit., p. 147.

²⁷⁹ “Os valores perseguidos através e sustentados pelas regras jurídicas são propriamente considerados como objetivos para os efeitos do Direito. Deve então contar em favor de uma decisão jurídica que ela promova ou dê apoio a um certo valor, e isso pode ser expresso em algum tipo de argumento de objetivo” (*Ibidem*, p. 160).

²⁸⁰ “Na verdade, os juízes frequentemente se referem à justiça, a uma política pública ou ao bem comum da comunidade, à conveniência e ao bom senso como critérios ostensivamente diferentes para avaliação, que eles aplicam às consequências jurídicas e aos possíveis resultados ulteriores das decisões que são cogitadas nos casos contenciosos. Observar isso é alertar sobre a probabilidade de a avaliação jurídica operar sobre uma pluralidade de valores, e não sobre um único parâmetro tal como o já referido ‘prazer’ ou a ‘satisfação de preferências’ ou a ‘utilidade’, e isso é importante para começar” (*Ibidem*, p. 150).

²⁸¹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad.: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 177-178.

²⁸² FRAZÃO, Ana. A importância da análise de consequências para a regulação jurídica: perspectivas e riscos do consequencialismo e do “consequenciachismo”. *JOTA*. São Paulo, 2019.

²⁸³ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos Christopoulos. Argumento consequencialista no direito, cit., p. 4. Semelhantemente: “Raciocínios pragmáticos são, antes de tudo, uma incontornável realidade. O que costuma ocorrer, no Brasil e em diversos países de Ordenamento da linhagem romano-germânica, é que o pragmatismo, no cotidiano jurídico, aparece às escondidas. Por questão menos de subteorização, e mais de preconceito, advindo da percepção, por parte dos operadores do Direito e da sociedade, de que o papel do juiz é o de ‘aplicar a lei’, e não o de operar com resultados, argumentos relativos a consequências são mascarados dentro de argumentos formais e normativos. É o cripto-consequencialismo, um pragmatismo que não ousa dizer seu nome, mas que está bem vivo” (MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Direito constitucional econômico*, cit., p. 24).

A esse respeito, as evidências apuradas indicam que a recorrência do uso de argumentos consequentialistas em manifestações de companhias e associações ligadas ao mercado de saúde suplementar – sobretudo em demandas coletivas ou repetitivas – não tem conduzido ao maior acolhimento dessa modalidade de argumentação, ao menos de forma explícita, nas decisões judiciais sobre matérias de contratos de planos de saúde.

Nessa esteira, tal como se almejou fazer para análise da invocação textual da doutrina do diálogo das fontes, buscou-se realizar pesquisa de jurisprudência para avaliar a incidência de evocações expressas das construções teóricas consequentialistas em julgados em matéria de contratos de planos de saúde. Para tanto, com uso das respectivas ferramentas oficiais de pesquisa de jurisprudência de cada um dos tribunais examinados, realizou-se busca por julgados com os seguintes parâmetros:

a) No Superior Tribunal de Justiça,²⁸⁴ buscou-se por decisões que trouxessem, em seu inteiro teor, ao menos uma das seguintes expressões do primeiro grupo: “plano de saúde” ou “seguro de saúde” e, simultaneamente, ao menos uma das seguintes expressões do segundo grupo: “consequencialismo”, “consequencialista”, “pragmatismo”, “pragmático”, “consequências práticas da decisão” ou “consequências jurídicas e administrativas”;

b) Nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo²⁸⁵ e do Rio de Janeiro²⁸⁶ e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios,²⁸⁷ buscou-se por acórdãos que trouxessem, em sua respectiva ementa, ao menos uma das seguintes expressões do primeiro grupo: “plano de saúde” ou “seguro de saúde” e, simultaneamente, ao menos uma das seguintes expressões do segundo grupo: “consequencialismo”, “consequencialista”, “pragmatismo”, “pragmático”, “consequências práticas da decisão” ou “consequências jurídicas e administrativas”;

c) Optou-se por não incluir no segundo grupo de expressões pesquisadas os termos “consequências” ou “consequências jurídicas”, tendo em vista a multiplicidade de significados e usos que podem assumir e a generalidade do uso coloquial de tais termos, sem relação necessária com o emprego de argumentações de cunho consequentialista. Alternativamente, como exposto, preferiu-se fazer uso das expressões consagradas pela redação da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro que englobam o vocábulo “consequências”, inseridas nos artigos 20 e 21 da referida lei (“consequências práticas da decisão”) e (“consequências jurídicas e administrativas”).

²⁸⁴ Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 24/11/2021.

²⁸⁵ Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 24/11/2021.

²⁸⁶ Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/consultas/jurisprudencia>. Acesso em 24/11/2021.

²⁸⁷ Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia>. Acesso em 24/11/2021.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foram encontrados 1 acórdão e 21 decisões monocráticas que atendiam aos parâmetros acima indicados. O único acórdão encontrado provinha da Quarta Turma do STJ. Dentre as decisões monocráticas, 8 advieram de ministros componentes dessa mesma turma e 10 de ministros da Terceira Turma, o que decorre da já anotada competência desses órgãos e da Segunda Seção do STJ para julgar matérias de Direito Privado, incluídas aqui as principais celeumas em matérias de contratos de planos de saúde.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a pesquisa resultou em 5 acórdãos, prolatados por Câmaras Cíveis daquele tribunal. Já na esfera do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a consulta resultou em 8 acórdãos oriundos de Câmaras de Direito Privado daquela corte estadual. Por fim, a pesquisa na ferramenta oficial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios levou a 7 acórdãos, exarados pelas Turmas ou Câmaras Cíveis daquela corte estadual.

Nesse universo, merece destaque o acórdão do Agravo Interno no Recurso Especial 1879645/SP, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no âmbito da Quarta Turma. O julgado envolvia tema já ventilado aqui, ligado à amplitude das coberturas assistenciais do contrato de plano de saúde e ao Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde editado pela ANS.

Na origem, cuidava-se de ação movida por beneficiário de contrato de plano de saúde diagnosticado com Transtorno do Espectro Autista, na qual pretendia obrigar a operadora do plano à cobertura de tratamento multidisciplinar pelo método *ABA (Applied Behavior Analysis)*, com sessões de tratamento com psicólogo, fonoaudiólogo e terapeuta ocupacional, todas sob o método mencionado. Em suma, a cobertura do tratamento havia sido recusada pela operadora com base na limitação contratual da cobertura a procedimentos e eventos contemplados no rol editado pela ANS. A ação fora julgada procedente em primeiro grau, em sentença mantida por acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que desproveu apelação interposta pela operadora. Tanto em primeiro quanto em segundo grau, o principal fundamento da decisão teria sido o enunciado da Súmula n. 102 do TJSP, que possui o seguinte teor: “Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol da ANS”.

O caso chegou ao STJ por recurso especial interposto pela operadora do plano, pautado em ofensa ao artigo 10, §4º da Lei n. 9.656/1998 e ao artigo 4º, inciso II da Lei n. 9.961/2000, que dispõem acerca da competência normativa da ANS para editar rol disciplinador da amplitude das coberturas assistenciais dos contratos de planos de saúde. Em resumo, com base no entendimento de que o rol editado pela ANS não poderia ser visto como “meramente

exemplificativo”, o Ministro Luis Felipe Salomão deu provimento ao recurso especial da OPS em decisão monocrática assim ementada:

Planos e seguros de saúde. Recurso especial. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde elaborado pela ANS. Atribuição da autarquia, por expressa disposição legal e necessidade de harmonização dos interesses das partes da relação contratual. Caracterização como relação exemplificativa. Impossibilidade. Inviabilidade. Recurso especial provido.²⁸⁸

A isso se sucedeu a interposição de agravo interno pelo beneficiário do contrato de plano de saúde, que levou o feito à apreciação da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, à unanimidade, o órgão colegiado manteve o entendimento exposto na decisão monocrática agravada, a partir de extenso voto-condutor elaborado pelo relator do caso e que apontou uma série de justificações para a decisão. A orientação teve seus fundamentos sumarizados na igualmente extensa ementa do acórdão que julgou o agravo interno, destacando-se os trechos grifados abaixo:

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATO ESTATAL, DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, COM EXPRESSA PREVISÃO EM LEI, AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDA PELO LEGISLADOR PARA HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL, NO EXERCÍCIO DA MISSÃO INSTITUCIONAL DA ANS DE DEFENDER O INTERESSE PÚBLICO, NO ÂMBITO DA SAÚDE SUPLEMENTAR (ART. 3º, CAPUT, DA LEI N. 9.961/2000). CARACTERIZAÇÃO COMO EXEMPLIFICATIVO. DESRESPEITO À TRIPARTIÇÃO DE PODERES E MANIFESTO FATOR DE ENCARECIMENTO INSUSTENTÁVEL DA SAÚDE SUPLEMENTAR. ENUNCIADO N. 21 DAS JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ, PROPUGNANDO A OBSERVÂNCIA AO ROL, RESSALVADAS AS COBERTURAS ADICIONAIS CONTRATADAS. TERAPIA DE ALTO CUSTO, IMPOSTA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, QUE, À LUZ DOS PRECEITOS DE SAÚDE BASEADA EM EVIDÊNCIAS - SBE, NÃO TEM NEM SEQUER EVIDÊNCIA DE EFICÁCIA, CONFORME NOTAS TÉCNICAS DO BANCO DE DADOS E-NATJUS DO CNJ. PRESERVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE DA SAÚDE SUPLEMENTAR. DEVER DA MAGISTRATURA. TESE, COM INVOCAÇÃO DE JULGADO DA TERCEIRA TURMA, DE QUE O PLANO DE SAÚDE PODE ATÉ MESMO ESCOLHER AS DOENÇAS QUE SERÃO COBERTAS, MAS NÃO PODE RECUSAR O CUSTEIO DE NENHUM TRATAMENTO, INCLUSIVE OS EXPERIMENTAIS. INCOMPATIBILIDADE COM A NORMATIZAÇÃO DE REGÊNCIA E COM O ENTENDIMENTO SUFRAGADO PELA SEGUNDA SEÇÃO.

[...] 5. "Conforme adverte a abalizada doutrina, o fenômeno denominado 'judicialização da saúde' exige redobrada cautela e autocontenção por parte de toda a magistratura, para não ser levada a proferir decisões limitando-se ao temerário exame

²⁸⁸ STJ, REsp 1879645/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Decisão Monocrática, julgado em 21/08/2020.

insulado dos casos concretos 'que, somados, correspondem à definição de políticas públicas, feita sem qualquer planejamento (que o Judiciário, pela justiça do caso concreto, não tem condições de fazer) e sem atentar para as deficiências orçamentárias que somente se ampliam em decorrência de sua atuação, desprovida que é da visão de conjunto que seria necessária para a definição de qualquer política pública que se pretenda venha em benefício de todos e não de uma minoria. [...] (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos)" (AgInt no AREsp 1619479/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/03/2021, DJe 05/04/2021). Ademais, com a modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, os arts. 20 a 30 exigem dos operadores do Direito um viés consequencialista, tanto na tomada de decisões pelas autoridades administrativas - que passam também a ter um ônus maior de transparência, por meio de consultas públicas -, como para o Judiciário - que tem inequívoca obrigação legal de levar em conta as consequências de suas decisões no mundo jurídico, no mundo fático, antes de proferi-las. Precedente.

6. Cumpre ao Poder Judiciário evitar decisões desastrosas, com a autorização de acesso a medicamentos, produtos e serviços sem base em evidência científica ou por falta de cobertura contratual, porque isso causa abalo indevido na sustentação econômica das operadoras de saúde, e também devido ao fato de que o aumento da sinistralidade norteia o aumento das mensalidades do ano seguinte, penalizando indevidamente os demais participantes dos planos individuais e coletivos de saúde [...] (DRESCH, Renato Luís. As medidas de otimização da judicialização: o Nat-jus e as Câmaras Técnicas. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 122-126). Com efeito, o magistrado deve levar em consideração que o próprio Judiciário pode afetar claramente os custos das atividades, caso não aprecie detidamente todas as razões e os fatos das causas trazidas ao Estado-juiz. Muito embora seja certo que há uma vinculação de todas as relações contratuais à função social, "não se pode confundir a função social do contrato com a justiça social a ser implementada pelo Estado através de políticas públicas" (TIMM, Luciano Benetti. O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 113-125).

7. Agravo interno não provido.²⁸⁹

Da ementa acima, optou-se por grifar os trechos que parecem ilustrar claras alusões a argumentações fundadas em consequências e, efetivamente, à afirmação literal de que “os arts. 20 a 30 [da LINDB] exigem dos operadores do Direito um viés consequencialista”, considerado importante o suficiente para justificação do acórdão a ponto de constar de sua ementa.

Nessa mesma direção, impende mencionar acórdão da Vigésima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob relatoria do Desembargador Luiz Roberto Ayoub. O julgado também menciona as alterações promovidas na LINDB pela Lei n. 13.655/2018 como dispositivos que consagram a análise consequencialista como imperativo para a atuação jurisdicional, inclusive em lides que não envolvam diretamente a Administração Pública.²⁹⁰

²⁸⁹ STJ, AgInt no REsp 1879645/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 27/04/2021.

²⁹⁰ APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. MANUTENÇÃO POR SEIS MESES APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRETENSÃO DE DISPONIBILIZAÇÃO DE PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL APÓS O ESGOTAMENTO DO PRAZO DE MANUTENÇÃO, SEM CARÊNCIA E NAS MESMAS CONDIÇÕES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. “APELAÇÃO DA RÉ. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE QUE PODE ENCERRAR O CONTRATO DO TRABALHADOR DEMITIDO SEM JUSTA CAUSA APÓS O TÉRMINO DO PRAZO LEGAL DE PERMANÊNCIA TEMPORÁRIA NO PLANO DE SAÚDE. ART. 30, CAPUT E §1º DA LEI 9.656/98.

Na origem, cuidava-se de ação movida por beneficiária que fora demitida sem justa causa pela pessoa jurídica estipulante de contrato de plano de saúde coletivo que mantinha, em razão do emprego. Por conta da demissão, a autora teve seu vínculo contratual com a operadora do plano extinto após a vigência do prazo de prorrogação previsto no artigo 30, §1º, da Lei n. 9.656/1998.²⁹¹

Em primeiro grau, a ação fora julgada procedente para “determinar manutenção do contrato de seguro de saúde da autora, incluindo seus dependentes, observadas as cláusulas contratuais vigentes no momento do rompimento do contrato de trabalho”. Em grau de apelação, no aludido acórdão, deu-se provimento a recurso da operadora, que teria alegado, em síntese: “a impossibilidade de manutenção da mesma apólice coletiva, em razão da perda da condição de empregada, tampouco em apólice individual, que não é por ela comercializado”; e a legalidade da extinção do contrato, “em observância ao disposto na Lei 9.656/98, sendo garantido à autora a manutenção do benefício do seguro saúde por mais seis meses após a data da sua demissão sem justa causa”. Tais premissas foram acolhidas *in totum* pela decisão, que se pautou em entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça²⁹² para concluir que, “obedecidos os prazos previstos no artigo 30, caput e §1º da lei nº 9.656/98, não se verifica qualquer abusividade da operadora do plano de saúde que encerra o contrato de assistência à

AUTORA QUE LABOROU NA EMPRESA POR APENAS 4 (QUATRO) MESES, SENDO-LHE GARANTIDA A MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE POR MAIS 6 (SEIS) MESES. MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE QUE TEM POR ESCOPO GARANTIR AO BENEFICIÁRIO A CONCESSÃO DE PRAZO PARA REORGANIZAÇÃO DE SUA SITUAÇÃO APÓS A DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA, CABENDO A ELE A ADOÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS NO SENTIDO DE ADERIR A OUTRO PLANO, A FIM DE EVITAR EVENTUAL PRAZO DE CARÊNCIA OU OUTRO PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ABUSIVIDADE NÃO CARACTERIZADA, EIS QUE OBSERVADOS OS PRAZOS LEGAIS. PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 13.655/18 QUE, APESAR DE SE REFERIR À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SERVE COMO VETOR A QUALQUER RAMO DO DIREITO. CONSAGRAÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO, CABENDO AO JULGADOR CONSIDERAR AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DE SUA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPELIR O PLANO DE SAÚDE A GARANTIR ASSISTÊNCIA MÉDICA À AUTORA DE FORMA DIVERSA DAQUELA PREVISTA EM LEI E NO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES, SOB PENA DE CARACTERIZAR DESEQUILÍBRIO FINANCEIRO. RECURSO PROVIDO PARA REFORMAR INTEGRALMENTE A SENTENÇA E JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO DA AUTORA, CONDENANDO-A AO PAGAMENTO DAS CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ESTES FIXADOS EM 10% DO VALOR DA CAUSA” (TJRJ, Apelação 0078763-17.2017.8.19.0001, Rel. Des. Luiz Roberto Ayoub, 24ª Câmara Cível, julgado em 27/02/2019).

²⁹¹ “Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

§ 1º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o caput será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)”.

²⁹² Especificamente, o acórdão mencionou o seguinte acórdão do STJ: STJ, REsp 1592278/DF, Terceira Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, publicado em 20/06/2016.

saúde”. Por fim, em adição a isso, a fundamentação do voto-condutor apôs as considerações acerca das consequências práticas de eventual decisão num sentido ou noutro, enfatizando “seus impactos econômicos, não se justificando a imposição de ônus ao plano de saúde, que não pode ser compelido a garantir assistência médica à autora de forma diversa daquela prevista em lei e no contrato firmado entre as partes, sob pena de causar desequilíbrio financeiro”. Anote-se que, no voto-condutor do acórdão, à referência ao consequentialismo jurídico se soma também menção à “teoria do diálogo das fontes”, com o fito de indicar a incidência do CDC ao caso, em concomitância com a Lei n. 9.656/1998.²⁹³

Outrossim, dignos de nota cinco acórdãos oriundos da Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob relatoria do Desembargador Grava Brazil, que, conforme expressões empregadas na ementa dos próprios julgados, procuraram dar “desfecho pragmático” a casos que versavam sobre contratos de planos de saúde ou, ao menos, solucionar “de forma pragmática” pedidos de tutela provisória nessa seara.²⁹⁴ Dentre eles, destaca-se decisão que analisou pleito de manutenção de usuários como contratantes de plano coletivo após a extinção do contrato celebrado entre a operadora e a estipulante do plano.²⁹⁵

²⁹³ *In verbis*: “De início, cumpre ressaltar que a questão trazida a Juízo encerra relação de consumo, na medida em que autor e réu subsumem-se aos conceitos de consumidor e fornecedor constantes, respectivamente, dos artigos 2º e 3º da Lei 8.078/90. Por tal razão, aplicam-se ao presente julgamento as normas, princípios e regras insculpidas no Código de Defesa do Consumidor. Aplicam-se à hipótese, além dos ditames do Código do Consumidor, os preceitos da Lei nº 9.656/1998, já que ambas as disposições podem incidir à hipótese do caso concreto, conforme doutrina de Cláudia Lima Marques, inspirada em Erik Jayme, acerca da teoria do diálogo das fontes, em abandono aos critérios tradicionais de antinomia aparente das normas”.

²⁹⁴ Nesse sentido, todos julgados pela 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP e sob relatoria do Des. Grava Brazil, confira-se: Agravo de Instrumento 2261541-94.2015.8.26.0000, julgado em 16/03/2016; Agravo de Instrumento 2271573-61.2015.8.26.0000, julgado em 19/02/2016; Agravo de Instrumento 2189808-68.2015.8.26.0000, julgado em 03/12/2015; e Agravo de Instrumento 2162462-45.2015.8.26.0000, julgado em 07/10/2015.

²⁹⁵ “Plano de saúde – Ação cominatória c.c. indenizatória por danos materiais e morais – Procedência em parte – Inconformismo da ré – Acolhimento em parte – Autor que manteve plano de saúde operado pela ré, para si e sua dependente, por força do art. 31, da Lei nº 9.656/98 – Contrato coletivo estipulado entre a ré e a ex-empregadora do autor (Dersa), que foi extinto no curso da demanda – Inexistência de direito dos autores, à luz do art. 31, da Lei nº 9.656/98, de manterem o plano de saúde operado pela ré, com as mesmas condições, notadamente econômicas, do contrato coletivo extinto – Ré que tampouco comercializa planos de saúde individuais/familiares, inviabilizando, no caso, a migração para produto desta modalidade, ainda que com suas próprias condições – Direito dos autores, à luz do dispositivo legal acima referido e da situação verificada no caso, que consiste na integração ao novo contrato coletivo empresarial celebrado pela Dersa com outra operadora, nas mesmas condições oferecidas para os funcionários ativos, ressalvado o pagamento integral da mensalidade – Jurisprudência do C. STJ – Particularidades do caso concreto que impõem, contudo, desfecho pragmático, modulado, de modo que, embora aplicada a solução jurídica cabível, seja mantido o plano de saúde dos autores temporariamente, por prazo suficiente para que possam fazer valer seu alegado direito em face da Dersa e da nova operadora – Sucumbência recíproca que se mantém – Sentença reformada em parte – Recurso provido em parte” (TJSP, Apelação Cível 1067595-05.2014.8.26.0100, Rel. Des. Grava Brazil, 8ª Câmara de Direito Privado, julg. em 07/06/2017).

Antes de alcançar a solução consignada na ementa do acórdão, o voto-condutor do desembargador relator pontuou uma série de questões, que contrapunham os interesses da operadora e dos beneficiários litigantes.

De um lado, ressaltou-se orientação consolidada da jurisprudência do STJ, no que tange: à licitude, em regra, da rescisão unilateral do contrato firmado entre a operadora e a pessoa jurídica estipulante de plano de saúde coletivo “com amparo em cláusula contratual que preveja tal prerrogativa a ambas as partes”, por não incidir aos contratos coletivos de planos de saúde o artigo 13, parágrafo único, inciso III da Lei n. 9.656/1998;²⁹⁶ à inexistência de direito do beneficiário à manutenção em contrato de plano coletivo extinto pela estipulante ou pela operadora; e à inexistência de direito do beneficiário do contrato de plano de saúde coletivo extinto de exigir a migração para plano individual ou familiar da mesma sociedade que operava o plano coletivo terminado, quando tal sociedade empresária se limita à comercialização de planos coletivos e não oferece em sua carteira de serviços planos individuais ou familiares. Nessa linha, entendeu-se que os beneficiários apelados “não têm [tinham] direito de manter o plano de saúde operado pela apelante, com as mesmas condições, notadamente econômicas (preço e reajustes), do contrato coletivo extinto”. Ainda nesse particular, ressaltou-se que os beneficiários poderiam pleitear junto à estipulante do plano objeto do contrato que cumprisse com seu dever de integrá-los no novo contrato de plano de saúde empresarial que, à época do julgamento, já havia celebrado com outra operadora.

De outro lado, ponderou-se que o caso possuía “peculiaridades, que exigem solução *pragmática*, que aplique o entendimento jurisprudencial atualmente dominante [...], sem, contudo, deixar os apelados repentinamente desamparados, sem plano de saúde”. Nesse particular, o voto-condutor alinhavou, em suma, os seguintes aspectos: um dos beneficiários sofria de leucemia, pelo que correria riscos graves caso ficasse sem assistência; o plano desse beneficiário havia sido cancelado antes mesmo da extinção do contrato coletivo, sob justificativa que não teria sido bem esclarecida nos autos, no sentido de que tal beneficiário não teria preenchido o requisito de dez anos de contribuição para o plano de saúde exigido pelo artigo 31 da Lei n. 9.656/1998 para sua manutenção como beneficiário da avença coletiva; à

²⁹⁶ Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: [...] III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

época, ainda seria recente a consolidação do entendimento do STJ acerca da ausência de direito à manutenção do beneficiário no contrato de plano de saúde coletivo resilido; e haveria necessariamente um intervalo potencialmente perigoso para os beneficiários até que fossem incluídos no novo plano coletivo contratado pela estipulante do contrato extinto.

Com base nessas circunstâncias, decidiu-se que deveria ser “mantido o plano de saúde dos autores temporariamente”, até a integração destes no contrato de plano de saúde empresarial posteriormente firmado pela estipulante do plano extinto ou até sessenta dias contados do julgamento, valendo o que ocorresse primeiro.

Analisando a decisão, observa-se que o recurso à solução classificada como “pragmática” pela fundamentação serviu para, ao fim e ao cabo, alcançar desfecho eminentemente favorável aos beneficiários do contrato de plano de saúde coletivo. No caso, a tônica das razões de decidir parece ter sido a busca de uma solução intermediária entre, a uma, o total restabelecimento do plano coletivo objeto do contrato extinto entre a operadora e a estipulante e, a duas, a conclusão de que os beneficiários não fariam jus a qualquer direito em face da operadora nesse particular. De modo analítico, a motivação do acórdão listou fundamentos normativos e orientação jurisprudencial que obstarium a pretensão dos consumidores. A par disso, o julgado considerou outras circunstâncias, como a inexistência de provas acerca da regularidade do cancelamento do plano de um dos beneficiários antes mesmo da extinção do negócio pactuado entre estipulante e operadora do plano e, paralelamente, a novidade do entendimento jurisprudencial outrora mencionado e as possíveis consequências de eventual decisão que deixasse os beneficiários desprovidos da assistência privada, no que tange à frágil condição de saúde de um deles e à possível demora na inclusão dos consumidores em novo plano coletivo

Por um lado, não há como desconsiderar a contundência dos trechos dos arestos colacionados que indicam a assunção de perspectiva consequencialista como uma das razões de decidir – ou melhor, como perspectiva adotada para interpretação e aplicação da normativa aplicável ao caso concreto. Todavia, mais parece que essa argumentação serve apenas ou principalmente como reforço de outros fundamentos previamente elencados nas ementas do acórdão – e, de modo mais aprofundado, nas fundamentações de seus respectivos votos-condutores – do que como norte interpretativo para razões de decidir que autonomamente pudessem levar a uma ou outra solução específica na formação do ordenamento do caso concreto.

Mesmo no último julgado analisado, parece que o apelo a uma conclusão que fora denominada como “pragmática” se aproxima mais de argumento de reforço à conclusão que já

parecia ter sido alcançada no julgamento com base em outros fundamentos (jurídicos ou extrajurídicos). Quer parecer, a toda evidência, que o recurso a uma ponderação de consequências surge como mais um teste argumentativo, que aprova – ou desaprova – uma ou outra já solução aventada com base noutras premissas e justificações.

O proceder acima descrito parece se coadunar com o que se tem denominado de consequencialismo ou pragmatismo de “tipo fraco”, que em vez de atribuir à avaliação de consequências peso preponderante sobre os demais fundamentos da interpretação-aplicação do direito, situa o exame de consequências como um dentre os variados elementos que precisam ser considerados na atividade jurisdicional. A essa concepção se contrapõe, em alguma medida, o que se tem denominado de consequencialismo ou pragmatismo de “tipo forte”, que atribui peso preponderante à consideração de consequências enquanto elemento principal – e inafastável – da fundamentação das decisões tomadas pelos intérpretes aplicadores do direito, como explica Luis Fernando Schuartz:

Nesses termos, denominar-se-á de “consequencialista” não apenas a posição segundo a qual uma decisão *D* é correta se e somente se não se encontra, com relação a ela, alguma decisão alternativa a que se associem consequências preferíveis àquelas associadas a *D*. Esse tipo de consequencialismo, que será denominado de “forte”, é somente um dos extremos de um conjunto de tipos ordenado de acordo com a *prioridade* atribuída à valoração de consequências no juízo de adequação de uma determinada decisão judicante, ou, alternativamente, com a *exclusividade* atribuída a essa forma de valoração na formulação desse juízo. [...] A concepção particular que se propõe a defender as valorações de consequências enquanto elementos *constitutivos* da fundamentação de decisões judicantes, que devem, no entanto, ser inseridas e contempladas no âmbito dos processos decisórios com peso *no máximo* igual ao peso conferido a argumentos não consequencialistas, caracterizará então o tipo “fraco” de consequencialismo jurídico.

Nesse limiar, a atribuição de menor peso à argumentação fundada em consequências parece exsurgir como resposta às críticas frequentemente confrontadas à adoção de matriz de pensamento consequencialista ou pragmática.²⁹⁷ Como resultado dessa postura, surgem propostas que principiam pelo emprego da argumentação pragmática ou consequencialista de forma contida, como uma dentre as várias possibilidades argumentativas consideradas na justificação das decisões jurídicas. Trata-se de propostas que buscam compatibilizar a argumentação fundada em consequências com os demais recursos à disposição dos intérpretes-

²⁹⁷ Acerca das críticas frequentemente opostas ao pragmatismo e ao consequencialismo jurídico, v. POSNER, Richard A. *Legal pragmatism defended*, cit., p. 684 e MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*, cit., p. 56-57.

aplicadores do direito, identificadas como modelos mais “cautelosos”²⁹⁸ ou de “tipo fraco” de pragmatismo ou consequencialismo jurídicos.

Caminhando nessa trilha de compatibilização de argumentos, em sede doutrinária, a contraposição entre a lógica do diálogo de fontes normativas e a análise de consequências não parece ser um choque de posições inconciliáveis, mas sim o cotejo de aspectos de um todo que precisa ser considerado na avaliação de cada celeuma concreta. Nessa esteira, confira-se a lição de Fernando Rodrigues Martins, que denota a relevância das duas acepções para a correta aplicação do ordenamento às questões ligadas a contratos de planos de saúde:

Em termos de dogmática jurídica, os seguintes pontos merecem destaques: i) o abandono da interpretação advinda do monismo normativo rumo à interpretação sediada no pluralismo jurídico; ii) a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas; iii) o axioma da dignidade da pessoa humana apto em exigir a adequação dos objetos e conteúdos do Direito em torno da intangibilidade da esfera jurídica última: a pessoa; iv) a elevação do contrato como relação jurídica fundamental, em que se desenvolve, para fora da circulação de riquezas, o respeito às situações existenciais; v) a assunção da obrigação no campo da legitimidade procedimental compreendendo, ademais dos deveres primários e secundários da prestação, os deveres integrativos de fidúcia; vi) o reconhecimento do contrato de prestação de serviço de saúde como existencial e relacional e, via de consequência, aberto à maior incidência dos deveres inerentes à boa-fé por parte do parceiro predisponente; vii) a nítida preponderância do conteúdo finalístico (direito de prestação à saúde) ensejando a incidência da ordem pública contratual; viii) o verificável diálogo de fontes entre o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei federal 9.656/98.

[...] Há, aqui, o cuidado necessário em balancear, nos casos conflituosos e de grave ameaça, a favor da saúde ou vida de determinado consumidor-paciente frente a imposições contratuais. Entrementes é de rigor igualmente a preocupação com a gestão de recursos dos fundos das operadoras que militam nesse setor, porquanto o extremismo e desapego ao acervo financeiro, sem controle consequencialista, podem colocar em risco a existência das operadoras – enquanto estruturas organizadas juridicamente – afetando todo o nicho de demais consumidores.²⁹⁹

Em suma, de um lado, parece crescente o interesse dos juristas e dos aplicadores do direito na análise das consequências das decisões jurídicas em sentido amplo, sobretudo a partir da exigência expressa de avaliações de consequências incluída na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro pela Lei n. 13.655/2018.

Paradoxalmente, com base nos exemplos jurisprudenciais analisados acima e nos demais dados examinados, a percepção que se tem é no sentido de que a invocação (cada vez) mais frequente da argumentação consequencialista pelos atores do mercado de saúde suplementar ainda não acarretou maior aceitação de tais razões por parte das decisões judiciais

²⁹⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*, cit., p. 93.

²⁹⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. A saúde privada suplementar como sistema jurídico hipercomplexo e a proteção à confiança, cit.

em montante significativo. A percepção é especialmente reforçada quando o acolhimento desses argumentos é comparado à aceitação de argumentação fundada na doutrina dos diálogos das fontes, frequentemente empregada em decisões simpáticas às pretensões dos beneficiários dos contratos de planos de saúde.

Na mesma linha, ainda que essas duas linhas teóricas acabem sendo contrapostas nos embates argumentativos travados entre as partes dos litígios envolvendo os contratos de assistência privada à saúde, a investigação realizada não parece suportar a conclusão de que a argumentação consequencialista representaria efetivamente um “outro extremo da corda” que a une – e a separa – das premissas do diálogo das fontes. Ao revés, a pesquisa parece indicar a vocação do uso da argumentação fundada em consequências tanto para suportar soluções favoráveis aos beneficiários dos contratos de planos de saúde, quanto desfechos que privilegiam – alternativa ou cumulativamente – os interesses das operadoras dos planos de saúde, a revelar, a princípio, que “os argumentos consequencialistas podem ser introduzidos num debate sobre direitos não apenas pelo proponente de um direito, mas também por seus adversários”.³⁰⁰

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 454.

3. CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE SOB A ÓTICA DA METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL

3.1. Metodologia civil-constitucional: cotejo com a doutrina dos diálogos das fontes e com o consequentialismo jurídico em matéria de contratos de planos de saúde

Nos capítulos anteriores foram analisadas as invocações do que se tem denominado como “diálogo(s) das fontes” e, após, de argumentação jurídica “consequencialista” ou “pragmática” na solução de contendas envolvendo contratos de planos de saúde, no intuito de ilustrar algumas das principais visões sobre os conflitos nessa seara.

Prosseguindo com a análise, pretende-se realizar breve cotejo comparativo entre essas correntes de pensamento e a metodologia que funciona como marco teórico ao presente trabalho, no bojo de investigação acerca da possibilidade de sem emprego na solução desses mesmos conflitos. Acerca de tal metodologia, pode-se descrever sumariamente a escola do direito civil-constitucional como corrente metodológica que preza pela consideração e efetivação dos valores, princípios e regras constitucionais no âmbito de todo ordenamento, encarado e aplicado de forma unitária na resolução de cada caso concreto.³⁰¹

Especificamente no Brasil, a metodologia civil-constitucional prega a aplicação direta da axiologia da Constituição de 1988, que alçou a personalidade humana como valor situado no topo da ordem jurídica, levando à necessidade de releitura de todos os demais estatutos com base na unidade constitucional.³⁰² A essa releitura estão sujeitos todos os institutos tradicionais de direito privado – e, por consequência, de direito civil – o que inclui, por óbvio, toda teoria contratual tão relevante para o estudo de negócios como os contratos de planos de saúde, permeados pelo compromisso estabelecido na Constituição entre a livre iniciativa e a solidariedade social.³⁰³

Na mesma linha, reconhece-se a “tendência normativo-cultural” de “despatrimonialização do direito civil”, nas palavras de Pietro Perlingieri,³⁰⁴ que traduz a

³⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 2.

³⁰² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos Cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje”. In TEPELINO, Gustavo (Coord.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 263.

³⁰³ RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Notas sobre o contrato de seguro no Código Civil de 2002. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 272; e MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, mai-ago. 2016, p. 391.

³⁰⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 121.

prioridade atribuída pelo ordenamento ao personalismo e aos interesses existenciais, em prol dos quais devem ser funcionalizados os interesses patrimoniais típicos da lógica individualista que outrora imperava sobre o estudo do direito civil.³⁰⁵

Segundo Anderson Schreiber,³⁰⁶ a constitucionalização do direito civil parte das seguintes premissas: “(i) natureza normativa da Constituição; (ii) unidade e complexidade do ordenamento jurídico; (iii) interpretação com fins aplicativos;³⁰⁷ (iv) reconhecimento da historicidade e funcionalização dos institutos do direito privado”.³⁰⁸ Diretamente atrelada aos pressupostos de unidade, complexidade e aplicação unitária do ordenamento – bem como ao caráter uno e simultâneo das atividades de interpretação e aplicação das normas jurídicas –, pode ser da mesma forma apresentada como norte da metodologia o “ocaso da subsunção”³⁰⁹ enquanto método silogístico de individuação normativa, em face da consideração de todo ordenamento jurídico na definição da normativa de cada caso concreto.

Ademais, por também ter como premissa a fidelidade do jurista ao ordenamento,³¹⁰ é certo que tal metodologia guarda raízes positivistas, ainda que não se limite às amarras dessa corrente de pensamento, nem desconsidere a concepção do direito enquanto ciência social aberta a influxos extrajurídicos e às modificações da realidade.³¹¹

Nesse particular, a opção pela metodologia civil-constitucional, ou por qualquer outra, é, sem dúvida, conduta permeada por concepções ideológicas. Notadamente, incorpora-se a percepção ideológica de que o ordenamento calcado na ordem constitucional possui não só

³⁰⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade, cit., p. 5.

³⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 70.

³⁰⁷ Na mesma esteira, indicando a unidade entre as atividades de interpretação e aplicação das normas jurídicas – e do ordenamento, como um todo – como premissa da corrente metodológica civil-constitucional: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais* (Prefácio). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XVIII; SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., p. 77. Sobre o caráter unitário da interpretação e aplicação do direito em geral, v. GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 284 e ss.

³⁰⁸ Nessa direção, Pietro Perlingieri ressalta que “os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém, encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis” (*Perfis do direito civil*, cit. p. 18).

³⁰⁹ Consoante lição de Gustavo Tepedino, “se o ordenamento é unitário, moldado na tensão dialética da argamassa única dos fatos e das normas, cada regra deve ser interpretada e aplicada a um só tempo, refletindo o conjunto das normas em vigor. A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias (atras na qual incide, sendo extraída do conjunto normativo em que se constitui o ordenamento como um todo)” (TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, abr.-jun. 2008). Em idêntico sentido: TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: *Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 26.

³¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 3.

³¹¹ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil, cit., p. 200; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 1.

potencial para conformar e ordenar a sociedade, mas para promover valores relevantes e possibilitar transformações em um determinado contexto histórico-social.³¹²

Noutro aspecto, a adoção da metodologia civil-constitucional em nada impõe a rejeição integral e acrítica de outras matrizes de pensamento acerca da interpretação e aplicação do direito. Ao revés, o pluralismo é nota característica dessa escola,³¹³ sendo possível, a partir disso, conceber análise comparativa que indique premissas compatíveis entre as correntes de pensamento examinadas no presente trabalho. Sem prejuízo disso, avalia-se igualmente necessário o exame de eventuais incompatibilidades de propostas, lá e cá. Tudo isso sempre com enfoque em aspectos dessas metodologias que pareçam relevantes para a solução de conflitos ligados a contratos de planos de saúde.

A começar pelas construções tipicamente associadas ao diálogo das fontes expostas no item 2.1 *supra*, para os fins do estudo, mostra-se lícito tomar em consideração as seguintes concepções: unidade do ordenamento;³¹⁴ pluralidade de fontes normativas;³¹⁵ existência de microssistemas normativos;³¹⁶ insuficiência dos critérios tradicionais de resolução de antinomias;³¹⁷ aplicação simultânea e coordenada de fontes normativas;³¹⁸ aplicação da “lei mais favorável ao sujeito mais vulnerável”;³¹⁹ e *status* constitucional, natureza geral, principiológica e superioridade hierárquica do Código de Defesa do Consumidor em relação à Lei dos Planos de Saúde.³²⁰

Iniciando a análise a partir da concepção de *unidade* do ordenamento jurídico, impende ressaltar que tal construção não é desconhecida dos teóricos clássicos do direito (civil) e, ao menos à primeira vista, não haveria grande inovação para além das lições tradicionais sobre o

³¹² KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil, cit., p. 193-194.

³¹³ PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 59-60.

³¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. A teoria do “diálogo das fontes” hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira, cit., p. 25.

³¹⁵ JAYME, Erik. Visões Para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013, p. 122.

³¹⁶ GREGORI, Maria Stella. A lei dos planos de saúde: aspectos históricos e jurídicos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 121, jan-fev. 2019, p. 347-364; MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil, cit.

³¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes, cit., p. 42-45.

³¹⁸ RÊGO, Werson. Contratos de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde sob a Ótica do Direito do Consumidor. In: *Judicialização da saúde, Parte I: saúde suplementar no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011, p. 493-494; FIGUEIREDO, Chrislayne Aparecida Pereira de; FIGUEIREDO, Elizo Lemes de. Diálogo das fontes: harmonização sistêmica, unidade e papel constitucional. *Actio Revista de Estudos Jurídicos*. Maringá, Faculdade de Maringá, n. 28, vol. 1, jan.-jun. 2018, p. 87.

³¹⁹ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna, cit., p. 107; No mesmo sentido: BARRETO, Luciano Silva. Plano e contrato de saúde. In: *Judicialização da saúde, Parte I: saúde suplementar no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011, p. 229.

³²⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 548; SODRÉ, Marcelo. *A construção do direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68; e GREGORI, Maria Stella. Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 108, n. 1004, p. 123-143, jun. 2019.

tema. Nesse viés, segundo Norberto Bobbio,³²¹ a própria noção de *ordenamento jurídico* enquanto conjunto de normas que se relacionam entre si traz tendencialmente como ideal almejado a concepção de que essas normas formem uma *unidade*. Além disso, essa unidade traria a pretensão de ser *sistemática* e *completa*, fazendo surgir os problemas da “coerência” entre fontes através da solução de *antinomias* (sejam elas reais ou aparentes) e da integração ou colmatação das chamadas *lacunas*.³²²

Realmente, a compatibilização entre a unidade do ordenamento e pluralidade de fontes normativas por ele compreendidas – que lhe atribui a característica de *complexidade* – é pressuposto de boa parte das correntes metodológicas de interpretação, aplicação e integração das normas. Não à toa, a metodologia civil-constitucional é exemplo de abordagem em que se verifica essa mesma premissa, assentando a unidade do ordenamento na centralidade da Constituição.³²³ Nas palavras de Pietro Perlingieri, “a unidade do ordenamento não exclui a pluralidade e a heterogeneidade das fontes: esta pluralidade encontra o seu momento unificador no ordenamento que concorre a produzir”.³²⁴ E consoante ensina Gustavo Tepedino, é na Constituição e nos valores por ela consagrados que o ordenamento precisa encontrar suas raízes unificadoras para que possa ser verdadeiramente unitário e, ao mesmo tempo, aberto e plural:

A atenção, portanto, se volta para a indispensável unidade interpretativa exigida no cenário de pluralidade de fontes normativas, a partir dos valores constitucionais, cuja utilização direta na solução das controvérsias do direito privado assegura, a um só tempo, a abertura do sistema e a sua unidade. [...] Se são verdadeiras, como parecem, tais observações, pode-se aduzir que a aplicação direta dos princípios constitucionais constitui resposta hermenêutica a duas características essenciais da própria noção de ordenamento: unidade e complexidade. O conceito de ordenamento pressupõe um conjunto de normas destinadas a ordenar a sociedade segundo um determinado modo de vida historicamente determinado. Daqui decorrem duas consequências fundamentais: (i) o ordenamento não se resume ao direito positivo; e (ii) para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado.³²⁵

³²¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 34-35.

³²² DINIZ, Maria Helena. A antinomia real e a polêmica do diálogo das fontes. *Revista Jurídica Unicuritiba*. Curitiba, v. 03, n. 53, jul-set. 2019, p. 230.

³²³ “Dessa superioridade constitucional decorre a unidade e complexidade do ordenamento jurídico: ainda que se diversifiquem suas fontes, se multipliquem suas normas e se especializem os seus setores, o ordenamento permanece unitário, pois centrado sobre os valores constitucionais. Com tal abordagem, a metodologia civil-constitucional opõe-se à clássica *summa divisio* do ordenamento, cindido em direito público e direito privado, sobre a qual se constroem, na sociedade moderna, as rígidas separações entre autoridade e liberdade, política e economia, Estado e sociedade, direito e moral, e, dentro do direito, a dicotomia entre direito público e direito privado” (SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional, cit., p. 12).

³²⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 7-8.

³²⁵ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento. In *Temas de Direito Civil*, t. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 7-9.

Todavia, a noção de unidade do ordenamento, como congregação sólida das normas de determinado sistema jurídico em um corpo unido por um elo comum de justificação (Constituição) parece conflitar com outra premissa usualmente associada à doutrina do diálogo das fontes: a afirmação de que existem *microssistemas* de normas, munidos de lógicas e princípios autônomos em relação aos demais componentes do ordenamento – tornando-o, assim, um mosaico de polissistemas responsáveis por regulações isoladas de fragmentos específicos do contexto jurídico-social.³²⁶ Confirma-se, acerca dessa contradição, o alerta de Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder, fundado nas premissas da escola civil-constitucional:

Na mesma direção, a proliferação de estatutos protetivos no Brasil (Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso etc.) não deve ser encarada como a oportunidade para a construção de novos ‘guetos’ doutrinários, ancorados em ‘lógicas próprias’, permeadas por princípios e conceitos setoriais. A unidade do ordenamento centrado sobre a Constituição da República impõe que as normas especiais se insiram no sistema jurídico unitário, atendendo aos conceitos gerais que o embasam, evitando-se o desenvolvimento de uma terminologia setorial e, conseqüentemente, de uma hermenêutica setorial, distinta daquela aplicada à ordem jurídica em sua totalidade³²⁷

Ainda nesse tópico, vale pontuar que a construção da ótica dos microssistemas tem suas raízes históricas no fenômeno comumente designado como *descodificação*,³²⁸ que descreve a retirada gradativa da centralidade do Código Civil como estatuto regulamentar completo e unitário das relações privadas, com o surgimento de outras fontes legislativas – e, paralelamente, o reconhecimento da força normativa da Constituição. O termo remete à superação – total ou parcial – da concepção exegética do Código Civil como corpo único sob o

³²⁶ “Disto decorre o equívoco, apontado por Pietro Perlingieri, de se conceber o sistema jurídico mediante modelos binários, dividindo-se ora os destinatários das normas jurídicas (legislador e sujeitos de direito); ora a produção legislativa e jurisdicional; ora os campos de conhecimento (direito público e direito privado); ora os setores da sociedade (que consagraríamos microssistemas), e assim por diante. Ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico” (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento., cit., p. 10).

³²⁷ SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional, cit., p. 22-23. Semelhantemente: “Advirta-se, ao propósito, de que a existência de núcleos legislativos setoriais, chamados de microssistemas, não pode legitimar hermenêutica que os aplique isoladamente, o que acarretaria grave fragmentação do sistema. Com efeito, a perda de centralidade do Código Civil não pode significar a perda de fundamento unitário do ordenamento” (OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor, cit., p. 19).

³²⁸ Segundo Francisco AMARAL, “a descodificação é um fenômeno contemporâneo que consiste na fragmentação do sistema unitário do Código Civil, com a proliferação de leis civis especiais que reduzem o primado do Código e criam uma pluralidade de núcleos legislativos, os chamados microssistemas jurídicos. Representa o ocaso dos Códigos Civis e a passagem do monossistema jurídico da modernidade, centralizado no Código, ao polissistema, centralizado na Constituição” (A descodificação do direito civil brasileiro”. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Imprensa: Rio de Janeiro, Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1985. Referência: v. 13, n. 13/14, jan.-dez., 1998, p. 120).

qual devem ser reunidas todas as disposições de direito privado, típica do ideal liberal-burguês que levou à edição de códigos civis individualistas, principalmente na Europa, a partir do século XVIII.³²⁹

Por sua vez, o surgimento dos chamados microssistemas como resultado – e, ao mesmo tempo, força-motriz – da decodificação nos sistemas romano-germânicos repousa, sobretudo, na doutrina do jurista italiano Natalino Irti, que assim os descreve:

A bem de se ver, as leis, ainda usualmente ditas “especiais” vão subtraindo da disciplina do código civil matérias inteiras ou grupos de relações, constituindo *microssistemas de normas*, com lógicas próprias e autônomas. [...] Leis especiais, ao se apropriarem de determinados assuntos e classes de relações, esvaziam de conteúdo a disciplina codificada e expressam princípios que assumem um significado decididamente geral. Tendo atingido um alto grau de consolidação, as leis especiais, que antes apareciam como mero desenvolvimento de disciplinas gerais, revelam *lógicas autônomas e princípios orgânicos*, que inicialmente contrastam com os estabelecidos no código civil e acabam suplantando-os totalmente. A uma fase de *conflito* se segue, portanto, uma fase definitiva de prevalência e *substituição* (tradução livre; itálico no original).³³⁰

Ainda segundo o autor italiano, a identificação da nota de especialidade de uma lei dependeria sempre da existência de uma norma geral, de maior amplitude, com a qual possa ser comparativamente analisada. Trata-se, portanto, de uma análise necessariamente referencial – ou, mais precisamente, *referenciada*. Nessa linha, as leis especiais seriam “as normas que venham a regular instituições desconhecidas do sistema do código, ou para regular categorias particulares de relacionamentos de uma maneira diferente”, com pretensão de exauri-las em seu regramento. Justamente por essas características, o surgimento dessas leis, criadoras dos ditos “microssistemas de normas”, seria uma “ameaça” à pretensão de completude almejada pelos tradicionais códigos civis no que tange à regência das relações de direito privado.³³¹

Especificamente na doutrina do diálogo das fontes, a concepção de que haveria microssistemas fechados de normas, com lógicas próprias e insusos à influência de outras regras, parece contrastar com a defesa de uma aplicação *coordenada* de várias fontes

³²⁹ TIMM, Luciano Bennetti. “Decodificação”, constitucionalização e reprivatização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, RJLB, Ano 1 (2012), nº 10, p. 6421.

³³⁰ IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. In.: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil (Revista dos Tribunais), 2011. No original: “A ben vedere, le leggi, che si sogliono ancora denominare “speciali” sottraggono a mano a mano intere materie o gruppi di rapporti alla disciplina del codice civile, costituendo *micro-sistemi di norme*, con proprie ed autonome logiche. [...] Le leggi speciali, appropriandosi di date materie e classi di rapporti, svuotano di contenuto la disciplina codificata, ed esprimono principi che assumono una portata decisamente generale. Giunte ad un alto grado di consolidazione, le leggi speciali, apparse un tempo come mero svolgimento di discipline generali, rivelano *logiche autonome e principi organici*, che dapprima si contrappongono a quelli fissati nel codice civile e poi finiscono per soppiantarli del tutto. Ad una fase di *conflitto* segue così una fase definitiva di prevalenza e di *sostituzione*”.

³³¹ Idem, ibidem.

normativas. Não à toa, esse aspecto particular da teoria tem sido alvo de críticas pautadas na metodologia civil-constitucional, que indicam essa contradição interna e igualmente ressaltam que tal orientação confronta a *unidade* do ordenamento.

Ainda aqui, a proposta de polissistemas autônomos abraçada pelo diálogo das fontes não se coaduna com a premissa de que não só é uno o ordenamento, como de igual modo deve ser *unitária* sua aplicação integral a todos os casos concretos, sob paradigma segundo o qual a normativa da *fattispecie* concreta é formada a partir da consideração ampla de diversas normas e valores – e não a partir de mera subsunção isolada a um artigo ou dispositivo legal específico, por mais especializado que seja.³³² A propósito do ponto, veja-se a lição de Eduardo Nunes de Souza, ressaltando a incompatibilidade entre as concepções destacadas:

Embora, à primeira vista, semelhante concepção pareça negar o pensamento microssistemático, na medida em que sugere a aplicação dos estatutos com referência a todo o sistema jurídico, a perspectiva do diálogo das fontes conduz aos mesmos resultados da doutrina dos microssistemas, inviabilizando a proposta hermenêutica do direito civil-constitucional. [...] A doutrina do diálogo das fontes, ao contrário, como sugere a própria expressão, embora considere as diversas fontes normativas que poderiam incidir sobre cada caso concreto, considera-as individualmente, e não como um todo unitário (bastaria argumentar, a esse propósito, que, para que se possa cogitar de um “diálogo”, é preciso haver dois interlocutores: um emissor e um receptor).³³³

Efetivamente, em nome da unidade do ordenamento, não há como criar uma separação – e, conseqüentemente, um choque – entre guetos normativos que não estejam submetidos constantemente à releitura com base na Constituição. Nesse limiar, transpondo o raciocínio para a temática dos contratos de planos de saúde, nem a Lei n. 9.656/1998 nem o CDC podem ser isoladamente aplicados como fundamentos únicos de resolução de litígios, sem que sejam considerados o *big picture* do sistema normativo e, principalmente, as demais normas constitucionais e infraconstitucionais que tratam detidamente da assistência privada à saúde.³³⁴

³³² “Com efeito, sabe-se hoje ser uma perspectiva ilusória aquela que considerava a operação de aplicação do direito como atividade puramente mecânica, que se resumiria no trabalho de verificar se os fatos correspondem aos modelos abstratos fixados pelo legislador. A análise do caso concreto, com frequência, enseja prismas diferentes e raramente pode ser resolvida através da simples aplicação de um artigo de lei ou da mera argumentação de lógica formal. Daí a necessidade, para os operadores do direito, do conhecimento da lógica do sistema, oferecida pelos valores constitucionais, pois que a norma ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para a sua aplicação naquele caso concreto”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. *Revista de Direito Civil*. Ano 17, Volume 65, 1993, p. 29). De forma análoga, v. KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil, cit., p. 208.

³³³ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*, cit., p. 86-88.

³³⁴ “Se admitirmos que cada setor da nossa economia, através de pressões no Parlamento, produza leis com tais características, e que a atividade interpretativa vincule-se exclusivamente à tábua de valores setoriais – imaginemos os conflitos de interesses entre fornecedores e consumidores, entre locadores e locatários, entre latifundiários e camponeses, e assim por diante –, leis que mais e mais se tornam leis – contratos, leis negociadas,

Com maior razão, há que se breçar soluções pautadas na consideração solitária de um desses diplomas ou de seus dispositivos quando não estiverem em consonância com os valores e o desenho institucional que a Constituição estabeleceu para a saúde suplementar, ou quando estiverem desalinhadas com os valores das normas do setor,³³⁵ respeitados aqui os critérios de resolução de eventuais antinomias e, notadamente, a hierarquia normativa calcada na própria Constituição da República.

Dessa forma, tampouco parece compatível com a unidade e a aplicação unitária do ordenamento o primado por um diálogo de complementariedade que acarrete prevalência inarredável das normas do CDC em face de outras disposições de igual hierarquia – e, por vezes, de maior especialização – como é o caso dos enunciados da Lei n. 9.656/1998. A afirmação parece pertinente, sobretudo quando o fundamento de tal prevalência repousa exclusivamente na escolha hermenêutica por norma ou interpretação mais favorável a um determinado sujeito, encarado como mais “vulnerável” ou mais “fraco”. De igual modo, os alertas acima parecem apropriados com relação a orientações que pugnam pela prevalência apriorística do CDC não apenas com base na afirmada hierarquia constitucional do diploma consumerista, mas também em sua natureza “principiológica”, termo frequentemente repetido por autores que invocam o diálogo das fontes para reforçar a argumentação pela superioridade hierárquica do Código de Defesa do Consumidor face à Lei dos Planos de Saúde e outras leis específicas.³³⁶

Em comum, essas concepções atreladas ao diálogo das fontes parecem voltadas à atribuição de traços distintivos ao CDC e justificativas para que a aplicação de suas normas – que, aliás, nem sempre se veem claramente individualizadas na fundamentação das decisões – venha a ser o único ou principal critério norteador da solução dos casos concretos, inclusive e principalmente em matéria de contratos de planos de saúde. Entretanto, por mais bem intencionadas que possam ser, tais premissas – e, logo, as soluções que decorrem de sua invocação – parecem carecer de fundamento normativo no ordenamento jurídico.

compromissos setoriais –, estaremos a admitir uma sociedade inteiramente fragmentada, sem a espinha dorsal de princípios suprassetoriais. [...] Os valores que presidem o ordenamento necessariamente são os mesmos. É preciso que tenhamos em mente que tais princípios (os que foram introduzidos pelo Código de Defesa do Consumidor) traduzem a tabua axiológica de um sistema constitucional, não de um microssistema fragmentado, que mais faria lembrar uma espécie de gueto legislativo. A força do Código não se reduz às suas próprias normas, localizando-se, sobretudo, na ordem constitucional que o fundamenta e o assegura” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2019, n. 9.1).

³³⁵ Raciocínio semelhante já foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em precedente de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão: “Dessa maneira, penso que, a par de o rol da ANS ser solução concebida pelo próprio legislador para harmornização da relação contratual buscada nas relações consumeristas, também não caberia a aplicação insulada do CDC alheia às normas específicas inerentes à relação contratual, como, aliás, estabelece o art. 35-G da Lei dos Planos e Seguros de Saúde” (STJ, REsp 1733013/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2019).

³³⁶ SARRUBO, Mariângela. A saúde na Constituição Federal, cit., p. 20;

Por sinal, a carência de fundamento normativo parece verificável em uma das principais premissas de tal fenômeno: a iterativa menção a uma suposta hierarquia constitucional atribuída ao CDC. Nesse ponto, com as devidas vênias às orientações em contrário, as normas constitucionais que tratam da proteção e defesa do consumidor não parecem permitir a conclusão de que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, isto é, a Lei n. 8.078/1990 e seus dispositivos, estariam no mesmo patamar hierárquico da própria Constituição ou de suas emendas. Tampouco parece adequado inferir que o CDC possui hierarquia supralegal que o coloque em grau de supremacia face às demais leis ordinárias, a justificar que a aplicação da norma consumerista sempre prevaleça frente a estas com base em critério hierárquico,³³⁷ ressalvadas, novamente, orientações que afirmam justamente o contrário com base na propalada origem constitucional da norma consumerista – em que pese reconheçam a natureza de lei ordinária do CDC.³³⁸

Com efeito, o artigo de abertura do CDC lista os principais dispositivos constitucionais frequentemente apontados como justificativa para o reconhecimento da estatura constitucional do Código, ao dispor que “o presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”. Nessa linha, mostra-se interessante colacionar *ipsis litteris* tais dispositivos, para depois expor, brevemente, racional contrário ao entendimento de que estes poderiam conferir natureza (hierarquia) constitucional à lei consumerista:

Art. 5º [da CRFB/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: [...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170 [da CRFB/1988]. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

³³⁷ “Considerando-se o princípio da hierarquia, a discussão irá convergir para uma questão controvertida: os consumeristas dizem que o CDC é norma supralegal ou é hierarquicamente superior ao Código Civil. *Data venia*, não é assim. Esse não é o tratamento dado pela Constituição Federal. O Código de Defesa do Consumidor não é lei complementar, é lei ordinária, assim como o Código Civil. O fato de a Constituição mencionar que as relações de consumo serão regidas por lei especial não atribui *status* hierárquico superior a tal lei. Se assim fosse, seria forçoso dizer que a Lei de Diretrizes Orçamentárias é lei de categoria superior à lei orçamentária ou a qualquer outra lei, e não é”. (NORONHA, João Otávio de. Crise de fontes normativas: Código Civil x Código de Defesa do Consumidor. *Justiça & Cidadania*, v. 134, out. 2011).

³³⁸ V.g.: “Nesse sentido, a Lei 9.656/98, que regulamenta os contratos de saúde, apesar de ser norma de hierarquia ordinária, tanto quanto o CDC, a ele se submete, em razão da raiz constitucional deste último” (PRADO, Daniella Alvarez. Considerações sobre Saúde Suplementar no Brasil e a incidência da Lei 9.656/98 diante dos princípios do Código de Defesa do Consumidor. In: *Judicialização da saúde, Parte I: saúde suplementar no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011, p. 115).

V - defesa do consumidor;
 Art. 48 [do ADCT/1988]. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Para fins didáticos, inicia-se a análise pelo artigo 170, inciso V da Constituição da República. Examinando o artigo, parece correto afirmar que a *defesa do consumidor* possui, inequivocamente, *status* constitucional, enquanto princípio da ordem econômica expressamente declarado pela Constituição – e, por consequência, enquanto objetivo de políticas nela inspiradas. Cuida-se da positivação explícita de um princípio constitucional, que certamente detém sua própria carga de normatividade, já que *princípios* são verdadeiramente *normas*, tal como as regras jurídicas tradicionais, em que pese seu peculiar modo de incidência.³³⁹

Por outro lado, sem jamais menoscar a importância que tal princípio constitucional possui, não parece acertado admitir que os significantes do enunciado normativo constante do artigo 170, inciso V da Constituição possam ter seu(s) significado(s) infundadamente alargado(s) a ponto de pretender afirmar que uma lei ordinária – ou, menos ainda, que toda e qualquer lei ordinária – editada com vistas à concretização de objetivos ligados a esse mesmo princípio deva ser reconhecida como *norma constitucional*, para fins de hierarquia e superioridade normativa frente a (outras) normas infraconstitucionais.

Estranhamente, se o raciocínio contrário fosse admitido, não seria desarrazoado se concluir que não só o Código de Proteção e Defesa do Consumidor editado com vistas à concretização do princípio da *defesa do consumidor* teria *status* constitucional, mas também que outras leis ordinárias diretamente voltadas à concretização de outros princípios elencados no artigo 170 da Constituição igualmente deveriam ter sua “hierarquia constitucional” reconhecida. Cite-se, exemplificativamente, a Lei n. 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e a recente Lei n. 13.874/2018, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, as quais se dirigem inequivocamente à concretização de outros dois princípios da ordem econômica elencados no mesmo artigo 170 da Constituição (*livre iniciativa e livre concorrência*).

³³⁹ Na tradicional distinção de Ronald Dworkin: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 39 e p. 42).

Assim se daria, apesar de todas essas leis – inclusive o CDC – terem sido editadas via processos legislativos próprios de lei ordinária, na forma do artigo 47 da Constituição. Ou seja, nenhuma dessas leis foi submetida a processo legislativo que tenha demandado maioria de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, como o artigo 60, § 2º da Constituição exige para a aprovação de emendas constitucionais. Na mesma linha, sequer houve submissão de tais leis ao rito de aprovação de leis complementares, que exige aprovação por maioria absoluta em cada Casa do Congresso Nacional, nos termos do artigo 69 da Constituição. Tampouco qualquer dessas leis foi elaborada pela própria Assembleia Constituinte, por óbvio.

O argumento, que poderia parecer meramente formalista a um primeiro olhar, tem fundamento na própria Constituição. Esta estabeleceu processo rígido de elaboração e aprovação de emendas constitucionais no intuito de conferir a distinção e a segurança necessárias aos enunciados constitucionais, para que não sejam facilmente alterados, removidos ou criados como se simples dispositivos ordinários fossem, sem impedir que ocorram mudanças eventualmente necessárias. Veja-se, nessa linha, a explicação de Ingo Wolfgang Sarlet:³⁴⁰

A circunstância de o processo de emenda constitucional previsto no art. 60 da CF/1988 ser mais gravoso do que o legislativo ordinário revela a opção do constituinte de 1988 por uma constituição rígida, destinando-se os referidos rigores procedimentais a zelar pela estabilidade da constituição, visto que um processo de emenda muito fácil – no limite, idêntico ao processo legislativo ordinário, à moda das constituições flexíveis – permitira a alteração da constituição ao sabor da vontade política do momento. Todavia, o extremo oposto, qual seja, o da imutabilidade do projeto constitucional, tenderia à ruptura institucional, vez que desconsideraria tanto a (i) necessidade de adaptar a constituição à realidade superveniente, quanto (ii) a falibilidade humana, pois impediria a correção de eventuais falhas no que diz com os prognósticos do constituinte; além disso, (iii) redundaria em espécie de “governo dos mortos sobre os vivos”, já que impediria a geração atual de viver de acordo com as normas de sua livre eleição.

Raciocínio semelhante se aplica quando a análise se volta à invocação das previsões do artigo 5º, inciso XXXII da Constituição e do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias como fundamentos normativos da aventada estatuta constitucional do CDC. *Grosso modo*, as duas disposições estabelecem, respectivamente: um dever atribuído ao Estado para promoção da *defesa do consumidor* “na forma da lei”; e a obrigação de edição pelo Congresso Nacional de um “código de defesa do consumidor”, em prazo de 120 dias que havia de ser contado da promulgação da Constituição.

³⁴⁰ *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2151-2152.

Ao que parece, trata-se aqui novamente de disposições que não tencionam, de forma alguma, atribuir *status* constitucional ao CDC ou a qualquer lei (ordinária) que viesse a ser editada com vistas à proteção dos interesses envolvidos nas relações de consumo.

De um lado, a norma do artigo 5º, inciso XXXII reforça (aliás, inaugura) a lógica de que a *defesa do consumidor* deve ser promovida pelo Estado, incluindo-a entre as garantias fundamentais tuteladas pela Constituição,³⁴¹ ao lado de tantos outros ideais (princípios) já mencionados – como a própria livre iniciativa, que além de também constar do rol de princípios da ordem econômica listados no artigo 170 da Carta Magna, encontra guarida como fundamento da República no artigo 1º, inciso VI da Constituição.

De outro lado, o artigo 48 do ADCT traz comando dirigido diretamente ao Congresso Nacional, determinando a elaboração de um “código” que trate da defesa do consumidor. Vale lembrar que o dispositivo consubstancia norma transitória e, portanto, sua eficácia tende a se exaurir com o passar do tempo. Frente a isso, parece um contrassenso atrelar a ideia de que um *código* elaborado em atenção a norma prevista em disposição constitucional transitória poderia ser considerado norma com hierarquia idêntica à própria Constituição ou, sequer, com hierarquia de emenda constitucional. O contrassenso diz respeito não apenas à clara superioridade e distinção entre o enunciado normativo constitucional que *ordena* a elaboração do diploma legislativo infraconstitucional e este mesmo diploma, que não apenas deve obediência ao mandamento constitucional, como a ele tributa sua própria existência. Mais do que isso, parece um contrassenso a concepção de uma codificação que, à diferença de todas as demais positivadas no ordenamento brasileiro, teria inexplicável estatura constitucional.

Nesse prisma, cumpre lembrar que o texto constitucional prevê uma série de comandos que impõem ou facultam a elaboração de leis infraconstitucionais para disciplinar pormenores de matérias tratadas de modo mais ou menos extenso pela própria Constituição – sem que isso signifique, decerto, que tais leis teriam *status* constitucional. Algumas dessas hipóteses podem ser facilmente identificadas por meio do uso de expressões como “na forma da lei”, “nos termos da lei”, “a lei definirá”, “a lei disporá”, “a lei disciplinará”, “que a lei determinar” e tantas outras presentes no texto da Constituição da República.

Bom exemplo disso é o já examinado artigo 197 da Constituição, que afirma a relevância pública das ações e dos serviços de saúde públicos e privados, “cabendo ao Poder Público *dispor, nos termos da lei*, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle [...]”. Em mira,

³⁴¹ NUNES, Luis Antonio Rizzato. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*, cit., p. 715.

tem-se enunciado que atribui ao Poder Público o dever – ou, quando menos, a faculdade – de elaborar lei(s) dispondo sobre a regulamentação, fiscalização e controle dos sistemas de assistência à saúde. Não é exagerado afirmar que tal enunciado é, em último grau, um fundamento – ou, quiçá, *mandamento* – constitucional expreso para a edição da Lei n. 9.656/1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde e para outras leis ordinárias que cuidam de matérias de assistência à saúde, como a Lei n. 8.080/1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências” nessa temática. Contudo, não se cogita da atribuição de estatura constitucional a tais enunciados legislativos ordinários ou a quaisquer outros apenas com base na existência de referência textual na Constituição prevendo a possibilidade ou necessidade de edição de leis em sentido amplo ou restrito, ordinárias ou complementares.

Parece mesmo ser esse o caso da edição do CDC, pautada, dentre outras razões, no mandamento expreso do artigo 48 do ADCT: trata-se de norma ordinária elaborada com fundamento na concretização de políticas pautadas em princípio constitucional (defesa do consumidor), mas que, nem por isso, deixa de ser norma ordinária.³⁴²

Assim sendo, impende concluir que eventuais interpretações dos dispositivos constitucionais gestadas para atribuir hierarquia constitucional ao CDC parecem contrariar toda e qualquer lógica de interpretação sistemática dos enunciados da Constituição. Mais do que isso, sobreleva a percepção de que eventual interpretação nesse sentido extrapola os limites textuais dos próprios enunciados analisados, o que, ao menos como regra, não se deve admitir,³⁴³ sobretudo quando o assunto é a atribuição de *status* constitucional a um determinado conjunto de normas dispostas num código.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também já afastou o argumento favorável ao reconhecimento da estatura constitucional do CDC. O STF acabou

³⁴² Conforme pontua FILOMENO, José Brito et al. *Constituição Federal Comentada*. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 311: “Quanto ao disposto pelo art. 48 das Disposições Finais e Transitórias, reconhece-se que a promoção da defesa do consumidor adquiriu *status* constitucional. A Constituição só a estabeleceu a previsão esquemática do direito do consumidor, por meio da obrigação estatal de prover sua defesa. Ela criou uma regra, entre os direitos e garantias individuais e coletivos, de eficácia limitada, porque sua aplicabilidade ficou na dependência de lei ordinária que, no entanto, já foi promulgada – com o que a norma se tornou eficaz e aplicável na forma da lei –, que é o Código de Defesa do Consumidor, estabelecido pela Lei 8.078/1990. Cuida-se, portanto, a nosso sentir, de dispositivo programático de duração temporária e de eficácia exaurida, diante da promulgação do Código de Defesa do Consumidor”.

³⁴³ “O texto constitucional só pode ser superado em casos excepcionais. [...] A hipótese, contudo, não é corriqueira. A regra é a da restrição do intérprete às possibilidades interpretativas a que se abre o texto, razão pela qual o elemento gramatical cumpre um papel indispensável também na interpretação constitucional”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*, cit., n. 10.4.1, p. 337).

tangenciando o tema, ao analisar o conflito entre o código consumerista e convenções internacionais acerca da reparação de danos em razão de extravio de bagagem em transportes aéreos internacionais. Especificamente, analisou-se o choque entre a lógica de reparação integral prevista no CDC, que impossibilita a limitação das indenizações devidas aos consumidores por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços (artigo 6º, incisos VI e VII e artigo 51, inciso I) e as limitações de valores para indenizações decorrentes de danos por extravio de bagagem, previstas na Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (artigo 22), internalizada por meio do Decreto n. 5.910/2006 e aprovada pelo Decreto Legislativo n. 59/2009 do Congresso Nacional – que se somou às disposições da Convenção de Varsóvia (Decreto n. 20.704/1931), que igualmente previam limitação do dever de indenizar do transportador nesses casos.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 636.331/RJ, o Plenário do STF fixou tese para o Tema 210 de Repercussão Geral, no sentido de que “nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. Por ocasião do julgamento do *leading case*, o STF deu provimento ao recurso extraordinário interposto por companhia aérea internacional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que havia afirmado a prevalência do CDC em relação às disposições das convenções internacionais, rechaçando a limitação do dever de indenizar nelas prevista.

É certo que pesou no julgamento a existência de norma expressa na Constituição prevendo a necessidade de “quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União” (art. 178). Todavia, para solução da antinomia entre o CDC e a normativa diplomática, o entendimento prevalente na Corte Constitucional também levou em conta análise comparativa da hierarquia entre os diplomas conflitantes e os critérios tradicionais de resolução de antinomias. Dentre outras premissas, o voto-condutor do acórdão lavrado pelo Ministro Gilmar Mendes partiu do pressuposto de que, em regra, não haveria superioridade hierárquica do CDC frente às convenções internacionais internalizadas na ordem jurídica brasileira, porquanto ambos teriam *status* de lei ordinária³⁴⁴ – ressalvados os tratados internacionais que

³⁴⁴ A concepção ficou ainda mais clara no voto proferido pelo saudoso Min. Teori Zavascki, em consonância com a orientação adotada pela maioria do Pleno do STF no julgamento do RE 636.331/RJ: “A orientação firmada pacificamente no Supremo Tribunal Federal é de que as normas de direito internacional - os tratados e convenções de caráter normativo -, uma vez regularmente incorporadas ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, inclusive para efeito de controle difuso de constitucionalidade e, obviamente, também do controle concentrado.

versem sobre direitos humanos, os quais possuiriam natureza *supralegal*³⁴⁵ ou *status* de emenda constitucional, a depender de sua aprovação fora ou dentro do trâmite previsto no artigo 5º, §3º da Constituição.³⁴⁶

Em outras palavras, renovadas as vênias aos entendimentos contrários, não parece correto admitir que, apesar de tudo isso, pela simples menção à defesa do consumidor dentre os princípios da ordem econômica ou no ADCT, os dispositivos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor possam ser considerados enunciados normativos de estatura constitucional. Nessa linha, não há razão aparente para deixar de tomar o CDC como verdadeira *lei ordinária* – o que não retira, de modo algum, a importância de suas previsões para o ordenamento jurídico e para a concretização do princípio da ordem econômica positivado pela Constituição e para proteção de outros valores identicamente promovidos pela ordem jurídica. Assim, se de um lado a “subsidiariedade” da aplicação do CDC prevista no artigo 35-G da Lei n. 9.656/1998 não deve ser interpretada no sentido de contrariar a aplicação unitária do ordenamento, relegando ao estatuto consumerista o papel de atuar apenas nas lacunas da Lei dos Planos de Saúde,³⁴⁷ de outro, não se pode atribuir ao Código prevalência apriorística sobre a lei específica do setor – aliás, nem o contrário – na falta de fundamento constitucional para tanto.³⁴⁸

Isso decidiu o Supremo. Eu cito aqui jurisprudência mais antiga, mas sobre a questão do controle constitucionalidade, que, no caso, acho que seria relevante, o Supremo decidiu na ADI 1.480, relator Ministro Celso”.

³⁴⁵ Nesse sentido já havia decidido o próprio STF: “Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*” (STF, RE 466343, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008).

³⁴⁶ Confira-se, a propósito, o seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: “Em segundo lugar, quanto à aparente antinomia entre o disposto no Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Varsóvia e demais normais internacionais sobre transporte aéreo, deve-se considerar que, nesse caso, não há diferença de hierarquia entre os diplomas normativos em conflito. Os diplomas normativos internacionais em questão não gozam de estatura normativa supralegal de acordo com a orientação firmada no RE 466.343, uma vez que seu conteúdo não versa sobre a disciplina dos direitos humanos. Sendo assim, a antinomia deve ser solucionada pela aplicação ao caso em exame dos critérios ordinários, que determinam a prevalência da lei especial em relação à lei geral e da lei posterior em relação à lei anterior”.

³⁴⁷ Em sentido contrário: FREITAS, Marco Antonio Barbosa de. *Tutelas provisórias individuais nos contratos de plano de saúde*, cit., p. 43.

³⁴⁸ “Sob a perspectiva do diálogo das fontes, não parece adequada a eleição apriorística de uma lei em detrimento da outra, relegada à aplicação subsidiária, especialmente quando a norma preterida é de ordem pública e visa a efetivar direito fundamental. O melhor entendimento, assim, consiste na aplicação simultânea do CDC e da Lei nº 9.656/98. O vocábulo subsidiariamente não pode ser literalmente interpretado, sob pena de se esfacar o sistema. A rigor, a alusão à subsidiariedade quer significar não a negação à aplicação simultânea do CDC, mas que o legislador já tentou desdobrar os preceitos deste diploma na específica atividade, tendo reconhecido expressamente que o beneficiário é consumidor e buscando assim protegê-lo” (OLIVA, Milena Donato. *Desafios contemporâneos da proteção do consumidor*, cit., p. 22).

Paralelamente, há ainda outra premissa associada à doutrina do diálogo das fontes empregada para levar à prevalência de normas do CDC em conflitos que envolvem contratos de planos de saúde. Cuida-se da lógica segundo a qual a interpretação que conduz à solução mais favorável ao consumidor envolvido no litígio concreto haveria de ser sempre adotada, em razão de sua vulnerabilidade – em que pese a incidência de outras normas.³⁴⁹ A solução é calcada principalmente no artigo 47 do próprio CDC e, ainda, no artigo 423 do Código Civil.

A esse respeito, em que pese a nobreza do raciocínio, tampouco parece imbuída de fundamento normativo a pretensão de aplicar as normas do estatuto consumerista de forma individualizada e isolada do contexto do ordenamento, sob o pretexto de tutelar os mais fracos.

Eis aquela que talvez seja a principal contradição que se vislumbra nesse tipo de argumentação: enquanto de um lado se prega a necessidade de reconhecer a aplicação complementar de toda pluralidade de normas do ordenamento, com vistas à superação do paradigma de revogação de uma norma em caso de conflito tópico (antinomia) aparente ou real; de outro lado, o raciocínio acaba consagrando a preponderância irrevogável de uma ou mais normas determinadas sobre outras de igual estatura em todo e qualquer caso, o que acarreta efeitos idênticos ou muito próximos aos da revogação das normas – que, na prática, deixam de ser aplicadas e consideradas nas análises dos casos concretos.

A tal contradição, soma-se outra circunstância: a utilização unívoca de um critério estanque de favorecimento de uma das partes, tomada como mais vulnerável no caso concreto, igualmente parece contrastar com a consideração da incidência de outras normas e, consequentemente, de outros valores que eventualmente possam ter relevo na solução daquele caso individualizado. A advertência parece ainda mais relevante quando se trata da resolução de casos que envolvem coletividades, nos quais as justificações das soluções precisam ter atenção ainda maior às peculiaridades dos indivíduos (e do grupo) envolvidos, sob pena de impor arranjos iguais para *fattispecies* substancialmente distintas. A advertência é particularmente cara no campo dos litígios envolvendo contratos de planos de saúde: além do aumento exponencial de contratos coletivos, decisões de caráter coletivo e sistêmico acerca do tema têm sido cada vez mais frequentes, incluindo casos nos quais se busca firmar precedentes jurisprudenciais vinculantes, como recursos especiais repetitivos, temas de repercussão geral, incidentes de assunção de competência e incidentes de demandas repetitivas.

³⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 548; JAYME, Erik. *Direito internacional privado e cultura pós-moderna*, cit., p. 107.

Em todos esses cenários, a identificação das normas jurídicas condicionantes da situação concreta não pode ser realizada de maneira casuística e pouco ortodoxa, tampouco de forma enviesada, como se já se soubesse a resposta da pergunta antes mesmo de ser formulada. Em vez de perquirir quais conclusões devem ser extraídas do ordenamento jurídico para o alcance da solução do caso concreto, levando em conta os valores, regras e princípios nele previstos, o intérprete-aplicador do direito não deve fixar previamente a necessidade de alcançar solução específica que será favorável a determinada parte, tomada como mais justa ou adequada, para só depois pavimentar os caminhos argumentativos que poderiam ser considerados para que a ela se chegasse. Colocando de outro modo, não se pode fixar como ponto de partida da decisão a própria solução – que deveria ser o ponto de chegada da argumentação e da fundamentação da interpretação e aplicação do ordenamento. Tal postura autorizaria que a argumentação jurídica empregada se tornasse processo de *cherry-picking*³⁵⁰ de normas e valores, afastando e desconsiderando implícita ou expressamente as normas que se mostram inconvenientes à solução previamente desejada pelo aplicador-intérprete. De outro lado, seriam prestigiadas exclusivamente aquelas que corroborem sua pretensão – tudo isso, sem fundamento objetivo no ordenamento ou efetiva análise de todos os valores que se mostrem relevantes no caso.

Nas palavras de Eduardo Nunes de Souza, o método descrito acima possui caráter *indutivo*, quando deveria, ao contrário, ser *dedutivo*. Em outras palavras, em vez de se deduzir a solução dos elementos do ordenamento e da própria argumentação jurídica que os considere, o intérprete fixa como premissa inicial a própria solução – mais “favorável” ao consumidor –,

³⁵⁰ O estrangeirismo remete na sua literalidade ao procedimento de colheita de cerejas, no qual se espera do indivíduo que subjetivamente escolha as frutas que lhe aparentem mais agradáveis em seu aspecto visual – o que não garante, necessariamente, a qualidade das frutas escolhidas. No âmbito das escolhas e da argumentação jurídica, a expressão remete a circunstância em que o agente desconsidera pontos e argumentos contrários a premissas a que se afeiçoa, as quais toma como verdadeiras, atribuindo peso apenas a circunstâncias que as reforçam e ignorando as demais variáveis que não lhe apeteçam: “Longe de incorporar a curiosidade, a humildade, a abertura cognitiva, o relator se engaja no chamado *cherry-picking*, cuidadosamente selecionando casos, argumentos e dados que corroboram os seus pontos de vista prévios, ignorando ou rejeitando apressadamente qualquer dado ou indício contrários a essas crenças” (CUNHA FILHO, Marcio. Direito e ciência: uma relação difícil. *Revista Direito GV*, v. 17, n. 1, 2021, p. 10-11).

O fenômeno se verifica em outros campos ligados ao comportamento dos agentes, como as escolhas econômicas, conforme exemplo dado por Gustavo Binenbojm: “Essa mesma situação se verifica na concessão de serviços de transporte rodoviário municipal, em que, por vezes, é desejável a restrição da competição. Nesses casos, o fato de haver uma elevada disparidade entre linhas superavitárias e deficitárias, aliado à necessidade de universalização do serviço e à perseguição de modicidade tarifária, justifica a criação de barreiras de entrada, mediante a exclusão de outros prestadores, com a criação de um modelo mais rigoroso de outorga. Em um ambiente em que se operasse a livre concorrência, os agentes tenderiam a focar nos mercados mais rentáveis (fenômeno conhecido como ‘*cherry picking*’, ou seja, realizar escolhas seletivas para operar apenas nas áreas consideradas as ‘cerejas do bolo’). Com isso, as demais áreas – justamente as mais necessitadas – ficariam desassistidas, ou não seriam atendidas satisfatoriamente, muito menos a preços módicos” (BINENBOJM, Gustavo. Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 9, n. 3, p. 1281).

por meio da qual induz os argumentos e elementos normativos que serão valorados ou simplesmente desconsiderados.³⁵¹

A despeito de não ser imune a críticas, a argumentação identificada como indutiva – que por vezes caracteriza a invocação do diálogo das fontes voltada aprioristicamente à solução mais favorável ao consumidor – é frequentemente assumida pelos aplicadores do direito, de modo implícito e até explícito.³⁵² A propósito, em entrevista, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Melo já afirmou em solenidade pública do próprio STF em sua homenagem que assim seria o seu proceder como magistrado: “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio”.³⁵³

Nessa senda, comentando acórdão da lavra do Ministro Marco Aurélio que trazia tal concepção em sua ementa,³⁵⁴ Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder³⁵⁵ alertam para a necessidade de que a aplicação de conceitos, valores e cláusulas abertas não escape ao controle da fundamentação das decisões em seu aspecto argumentativo, sob pena de se substituir a ineficiência do raciocínio silogístico formal pelo subjetivismo imotivado.

Semelhantemente, Neil McCormick³⁵⁶ ressalta a necessidade de que, ao menos por força de princípio, todas as decisões judiciais devem ser objeto de *justificações* coerentes e

³⁵¹ “Porque o Código Civil ‘dialogaria’ com o Código de Defesa do Consumidor é que seria possível extrair de cada diploma algumas regras aplicáveis à relação de consumo. Trata-se de pensamento indutivo, por meio do qual o intérprete poderia buscar em cada lei as regras mais adequadas (e se afirma, de modo geral, que tais regras devem ser sempre aquelas que oferecerem maior benefício ou proteção ao consumidor)” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico*, cit., p. 88).

³⁵² Acerca do tema, confira-se: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

³⁵³ “MARCO Aurélio vê sua homenagem como ‘estímulo’”. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>. Acesso em: 17 nov. 2021.

³⁵⁴ O julgado comentado é o seguinte: STF, RE 111787, Relator Ministro Aldir Passarinho, Relator p/ Acórdão: Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 16/04/1991.

³⁵⁵ “Reconhecida a inaplicabilidade do regime da lógica formal, silogística e subsuntiva, à hermenêutica jurídica, recorre-se ao regime da lógica informal e argumentativa. Trata-se de um modo de pensar, orientado por valores, pautado por uma racionalidade que também pode ser objeto de análise científica, eis que se vincula a uma pretensão de correção, guia-se por postulados de razoabilidade, e assim viabiliza a aceitação racional das decisões judiciais com base na qualidade dos argumentos levantados cuja verificação permite que o processo argumentativo seja concluído quando, desse todo coerente, resultar um acordo racionalmente motivado. A hermenêutica revela a conexão fundamental entre realidade e interpretação, impondo ao intérprete restrições como adequação, razoabilidade, proporcionalidade, coerência e congruência” (SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Uma agenda para o direito civil constitucional*, cit., p. 15-16).

³⁵⁶ “Não poderia ser verdadeira a afirmação de que, em todos os casos, os tribunais conseguem explicar com clareza os fundamentos justificadores para decisões pronunciadas sobre problemas difíceis. Contudo, esta tese pretende estabelecer como – de acordo com os padrões observados por juízes e advogados – as decisões *deveriam* ser justificadas” (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad.: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 192-193).

aceitáveis sob o prisma da argumentação – ainda que se reconheça a existência de casos difíceis em que seja mais árdua a tarefa de produzir fundamentações lineares e integralmente coerentes.

A análise ora exposta tem correlação direta com os temas tratados diretamente em dois precedentes da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça comentados no segundo capítulo deste trabalho (AgInt no AREsp 1759394/SP e REsp 1876630/SP, no item 2.1.1, *supra*). Como se adiantou, nesses precedentes, o tribunal superior discutiu questões ligadas à amplitude das coberturas dos contratos de planos de saúde: no primeiro julgado, tratou-se de “cláusula contratual de plano de saúde excludente de cobertura para internação domiciliar (*home care*)”; e, no segundo, de “negativa de cobertura de cirurgia de mamoplastia bilateral”.

Realmente, não parece haver dentre os temas de contratos de planos de saúde outro tópico em que a “idealização” da solução mais justa e mais favorável ao consumidor seja tão sedutora ao julgador quanto a definição da amplitude das coberturas assistenciais. É fácil imaginar que, nesses casos, a solução que aparenta maior grau de justiça,³⁵⁷ ao menos à primeira vista, acabará sendo sempre aquela que privilegia o fornecimento ou o custeio do tratamento de saúde ou insumo pleiteado pelo consumidor, em detrimento de toda e qualquer outra que signifique a chancela da negativa de cobertura advogada pela operadora. Não à toa, como visto, tem sido esta a tendência do Judiciário.

Apesar de sua inegável nobreza, a simplicidade de uma escolha perene e cega sempre pela parte identificada, por padrão e sem maior consideração do caso concreto, como o “lado mais fraco” não é compatível com a complexidade do ordenamento e, mais especificamente, com o desenho institucional da saúde suplementar em que se situam os contratos de planos de saúde. Com a devida vênia a eventuais entendimentos contrários, as evidências apontam que, enquanto as definições apriorísticas de regras são típicas da tarefa de legislar, o ofício de decidir casos concretos não pode se dar ao luxo de ignorar as diversas variáveis normativas envolvidas em cada situação e, em adição, os possíveis impactos sistêmicos de cada decisão.

Nesse particular, mostra-se pouco palpável o intento de um consequencialismo de tipo “forte” de tomar a consideração sistêmica de consequências como critério suficiente para resolver isoladamente as celeumas dos usuários e operadoras dos contratos de planos de saúde. Todavia, a atribuição de algum peso a tais consequências sistêmicas na justificação das decisões

³⁵⁷ Aqui o termo “justiça” é tomado em acepção com o maior grau de abrangência possível, podendo-se fazer uso da ideia de John Rawls segundo a qual todos os indivíduos têm uma concepção básica da justiça social enquanto noção associada à “necessidade de um conjunto de princípios para atribuir direitos e deveres básicos e para determinar o que eles consideram como a distribuição adequada dos benefícios e encargos da cooperação social” (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6).

parece exigida pelo ordenamento, sobretudo em razão da ótica solidarista imprescindível à funcionalização desses contratos aos fins pugnados pelo ordenamento.³⁵⁸

Isso não significa que o peso atribuído a tais aspectos deva ser sempre o mesmo em todos os casos, sendo de se cogitar, por exemplo, que a avaliação das consequências sistêmicas possua maior relevância em casos que afetem coletividades ou, principalmente, definições acerca da interpretação de tais contratos e de sua normativa como um todo, formadas em precedentes vinculantes. Não se trata simplesmente de ceder a argumentos *ad terrorem* formulados exclusivamente em termos econômicos: cuida-se de atenção a possíveis impactos de interpretações que, embora se apresentem à primeira vista como soluções fixadas em decisões pontuais, podem servir de impulso à prolação de soluções idênticas em lógica de *universalização*, tendo em vista, ainda, que o primado constitucional de isonomia pugna pela aplicação de regimes idênticos a situações jurídicas assemelhadas.³⁵⁹

Sob esse prisma, o cotejo entre a metodologia civil-constitucional e a argumentação consequencialista ou pragmática parece, em algum grau, plausível e necessário. É o ordenamento, ao qual o jurista deve fidelidade – salvo em situações excepcionais e tautológicas³⁶⁰ –, que exige a consideração das consequências práticas e jurídicas das decisões, a exemplo dos dispositivos consagrados na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro analisados no item 2.2, *supra*. Essa consideração, noutro viés, pode e deve ser realizada conforme os valores do próprio ordenamento, formulando-se a análise em termos de argumentação jurídica calcada na axiologia constitucional.³⁶¹

³⁵⁸ RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Notas sobre o contrato de seguro no Código Civil de 2002, cit., p. 284.

³⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. Violação direta à Constituição pela aplicação de regimes distintos à mesma posição jurídica. In: *Relações obrigacionais e contratos*, vol. I. (Coleção soluções práticas de direito: pareceres). São Paulo: RT, 2012, p. 151-158.

³⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 3

³⁶¹ Nesse limiar, confira-se a lição de Ana Frazão, tratando justamente da compatibilização entre a metodologia civil-constitucional e a análise de consequências enquanto dimensão da justificação das decisões jurídicas em sentido amplo: “O que se exige do intérprete é que, dentro do possível, valorize a dimensão pragmática do discurso jurídico, estimando as consequências das suas decisões com cuidado, missão para a qual poderá e, a depender do caso, deverá contar com diversas metodologias que poderão ajudá-lo a fazer análises mais consistentes. Conforme a natureza do assunto, os afetados pela decisão, o tempo disponível para a tomada da decisão e mesmo os custos financeiros e operacionais envolvidos em cada tipo de análise, determinadas metodologias poderão se mostrar superiores ou mais adequadas do que outras. De toda sorte, a avaliação das consequências deve se casar à necessária análise valorativa que se espera igualmente do intérprete, razão pela qual é fundamental que a racionalidade jurídica voltada para os valores seja mantida” (FRAZÃO, Ana. *Direito Civil Constitucional e a LINDB*, cit.).

3.2. Revisitando temas de conflitos relacionados a contratos de planos de saúde à luz da metodologia civil-constitucional

A partir do cotejo entre as vertentes hermenêuticas examinadas anteriormente, parece útil retornar brevemente aos temas de contratos de planos de saúde analisados no bojo do capítulo 2 do estudo, com intuito de revisitá-los à luz da metodologia civil-constitucional. Na mesma ordem do referido capítulo, começa-se pela questão da amplitude das coberturas assistenciais obrigatórias que devem ser oferecidas pelas operadoras aos beneficiários dos contratos de planos de saúde; passa-se pela discussão acerca da resilição unilateral e manutenção de vínculos de beneficiários em contratos coletivos de planos de saúde; e, ao fim, retoma-se a discussão sobre a cláusula de coparticipação no custeio de internações psiquiátricas prolongadas.

3.2.1. Amplitude de coberturas obrigatórias: a taxatividade do Rol da ANS

Como já se viu, a delimitação da cobertura assistencial obrigatória é fundamental para a predeterminação dos riscos inerente à natureza securitária dos contratos de planos de saúde. Por conta disso, a matéria é objeto de regulação minuciosa por parte da própria Lei n. 9.656/1998 e, de forma mais detida, pela ANS, que regula cada uma das exclusões contratuais de cobertura autorizadas e edita periodicamente o “Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde”, que define as diretrizes acerca das coberturas assistenciais mandatórias.

O referido rol tem fundamento no artigo 10 da Lei n. 9.656/1998, que traz, dentre outros aspectos, as exigências mínimas e obrigatórias de cobertura que devem ser ofertadas com base no chamado “plano-referência” e as exceções a tais exigências, em seus incisos e parágrafos. Na esteira do art. 10, §4º, cabe à ANS editar norma responsável por estabelecer “a amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar”, em atribuição reforçada pelo art. 4º, incisos II, III, XII e XLI, alínea “g” da Lei n. 9.961/2000. À vista disso, a autarquia vem editando resoluções normativas com base nessa prerrogativa há anos, por meio das quais estabeleceu e tem atualizado o aludido “Rol de Procedimentos e Eventos”, constante da vigente Resolução Normativa n. 465/2021 da ANS. Ademais, destacam-se os §§4º a 9º do referido artigo 10 e o art. 10-D da mesma lei, todos com redações recentemente alteradas ou incluídas pela Medida Provisória n. 1.067/2021, em disposições que tratam minuciosamente do “Rol da ANS” e dos procedimentos para sua atualização periódica.

Como o nome sugere, o rol é o documento editado pela ANS que lista os eventos e procedimentos de cobertura obrigatória nos contratos de planos de saúde sujeitos à Lei n. 9.656/1998. Aqui, o cerne das controvérsias diz respeito à natureza *taxativa* ou *exemplificativa* do rol. Debate-se se a lista encerra em *numerus clausus* os procedimentos e eventos de cobertura obrigatória que a legislação impõe às operadoras ou se é meramente exemplificativa, pelo que haveria outros eventos igualmente obrigatórios por força da legislação – sem afastar, nos dois casos, a viabilidade da previsão de coberturas adicionais no próprio instrumento contratual, em “plano ou seguro ampliado”.³⁶²

Ainda parece prevalecer em jurisprudência e doutrina³⁶³ orientação pelo caráter exemplificativo do Rol da ANS. Em suma, as posições nesse sentido costumam afirmar uma aparente abusividade *a priori* de cláusulas de limitação de cobertura e a decorrente impossibilidade de exclusão de quaisquer tratamentos para as doenças cobertas pelo plano, desde que tenham sido prescritos pelos profissionais que assistem os beneficiários.³⁶⁴ De igual modo, a orientação tende a questionar a validade dos atos normativos editados pela ANS com base nas leis ordinárias de regência do setor e da própria agência reguladora (Leis n. 9.656/1998 e 9.961/2000). Não raro, o entendimento se funda em invocações mais ou menos genéricas de princípios orientadores e regras do CDC e de comandos normativos que resguardam o direito constitucional à saúde, a dignidade humana e outros valores conjurados em conotação usualmente abstrata,³⁶⁵ como a boa-fé e a frustração das expectativas dos consumidores³⁶⁶ com relação ao objeto dos contratos de planos de saúde.

Frente a tudo isso, embora não se ignorem os relevantes interesses tangenciados por esses e outros contratos que já foram designados, na expressão cunhada por Antônio Junqueira de Azevedo,³⁶⁷ *contratos existenciais* (eis que relacionados à subsistência de uma das partes

³⁶² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à lei de plano e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 5.

³⁶³ Entre outros, v. GOMES, Josiane Araújo. *Lei dos planos de saúde*, cit., p. 42; RIBEIRO, Rafael Pacheco Lanes. *Judicialização da saúde suplementar: um estudo de caso*, cit., p. 108.

³⁶⁴ Cf., por todos, a orientação consolidada na Terceira Turma do STJ (AgInt no AREsp 1.834.599/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., julg. 30/08/2021, publ. 02/09/2021; AgInt no REsp 1.930.050/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª T., julg. 16/08/2021, publ. 18/08/2021; AgInt no REsp 1936452/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., julg. 16/08/2021, publ. 19/08/2021) e o enunciado da Súmula nº 102 do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS”.

³⁶⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 37.

³⁶⁶ A esse respeito, v. OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional, cit., p. 111-116.

³⁶⁷ Entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 34. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun. 2008, p. 304.

contratantes), não se pode, por outro lado, desconsiderar que a delimitação da cobertura securitária é tão essencial a essas relações jurídicas, e tão delicadas são as suas repercussões socioeconômicas, que a matéria é objeto de política normativa bastante específica pela agência reguladora do setor – política que, dentre outros aspectos, leva em conta justamente os referidos interesses existenciais.³⁶⁸ Afinal, mesmo quando o intuito é maximizar a proteção dos interesses existenciais, é necessário equilíbrio para que os demais interesses e estruturas – que a eles se funcionalizam e se mostram imprescindíveis à sua efetiva tutela – possam ser concretizados de modo sustentável. Em outras palavras, conquanto se reconheça a prioridade das situações existenciais em face das patrimoniais, não se pode negar que, principalmente na estruturação das redes de contratos de planos de saúde, o equilíbrio econômico dos contratos e do setor é aspecto essencial à garantia dos interesses dos beneficiários de tutela da saúde e da vida, que são mediatamente protegidos pelos contratos de planos de saúde.³⁶⁹

Por isso mesmo, exige-se do intérprete cautela redobrada nas tentativas de extensão do rol editado pela ANS e das coberturas assistenciais asseguradas em lei para além do que consta do contrato. Não parece bastante para tal intuito a indicação abstrata e isolada de valores jurídicos que, obviamente, já foram sopesados na ponderação normativa feita pelo legislador e pela autoridade reguladora³⁷⁰ – inclusive, para permitir explicitamente a exclusão contratual de uma série de itens listados na Lei dos Planos de Saúde, reforçando a previsibilidade das avenças.³⁷¹

Mais recentemente, nesse sentido, tem se ampliado o entendimento doutrinário em favor da taxatividade da listagem dos tratamentos de cobertura obrigatória editada pela ANS,³⁷²

³⁶⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito de saúde suplementar*, cit., p. 181-182; SOUZA, Eduardo Nunes de; OLIVEIRA E SILVA, Lucas de Castro. Considerações sobre a inclusão de vacinas contra a COVID-19 no âmbito da cobertura obrigatória de contratos de planos de assistência privada à saúde. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; BODIN DE MORAES, Maria Celina; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Vacinação: questões jurídicas e políticas*. 2021. No prelo.

³⁶⁹ CARLINI, Angélica; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e contratos de saúde privada no Brasil, cit., p. 151; GREGORI, Maria Stella. Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde, cit.

³⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde* (Parecer). São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2010, p. 48-49.

³⁷¹ SANTOS, Ricardo Bechara. O seguro-saúde e seus aspectos jurídicos relevantes. In: *Direito de seguro no cotidiano: coletânea de ensaios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 43.

³⁷² GREGORI, Maria Stella. ANS: taxatividade do rol de procedimentos. *Revista Jurídica de Seguros*. Rio de Janeiro, n. 14, mai. 2021, p. 63; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Ob. cit., p. 186-187; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Limites da intervenção judicial nos contratos de plano de saúde. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, a. 5, n. 11, jan-abr. 2016, p. 93-94; BINENBOJM, Gustavo. O rol de procedimentos da ANS e seu caráter taxativo. *Revista Consultor Jurídico*, 09.09.2021, *passim*.

fortalecido por julgados recentes da 4ª Turma do STJ.³⁷³ Outrossim, contribuem para a difusão dessa orientação a chancela de cláusulas de exclusão de coberturas assistenciais ancoradas em outras permissões expressas trazidas pelos incisos do *caput* do artigo 10 da Lei n. 9.656/1998.³⁷⁴

Nessa toada, uma série de fundamentos são elencados para corroborar as orientações pela taxatividade do Rol da ANS. Em primeiro lugar, cuida-se da conclusão que mais prestigia as previsões específicas do artigo 10, §§1º e 4º da Lei n. 9.656/1998 e do artigo 4º, inciso III da Lei n. 9.961/2000,³⁷⁵ que atribuem à agência o papel de regular as exclusões de coberturas cabíveis nos contratos de planos de saúde,³⁷⁶ bem como de estabelecer “a amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar”,³⁷⁷ através do múnus de “elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde”.³⁷⁸

Acerca do ponto, como visto, não faltam entendimentos que afirmem a abusividade (*rectius*: ilicitude) de cláusulas de contratos de planos de saúde que restringem a cobertura

³⁷³ Cf., respectivamente, o *leading case* que promoveu *overruling* na matéria e acórdão recente, reforçando a orientação: STJ, REsp 1.733.013/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., julg. 10/12/2019, publ. 20/02/2020; STJ, AgInt no AREsp 1.768.069/SC, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., julg. 31/05/2021, publ. 04/06/2021.

³⁷⁴ Dentre as exclusões de cobertura permitidas pelos incisos do art. 10 da Lei n. 9.656/1998 que já foram chanceladas pelo STJ, mencione-se, v.g.: (i) a exclusão do fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados (sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária), em que se firmou tese sob o rito dos recursos repetitivos no sentido de que “as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA” (Tema 990/STJ, REsp 1726563 SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 08/11/2018); e (ii) a exclusão da cobertura de procedimentos de inseminação artificial e fertilização in vitro (STJ, REsp 1590221/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, dentre outros).

³⁷⁵ Nessa linha: “Tanto o art. 10 quanto o art. 12 da Lei nº 9.656/98, ao tratarem do plano-referência, mencionam ‘exigências mínimas’ de cobertura. Ora, ao fixar ‘exigências mínimas’, pretende-se estabelecer que o mínimo que o plano-referência está obrigado a oferecer é o que consta do rol da ANS, sendo facultativa a oferta de quaisquer outras coberturas, a partir do livre exercício da autonomia privada, mediante retribuição compatível, tendo em vista tratar-se, como apontado, de contrato sinalagmático, intensamente impactado pelo mutualismo e para o qual o equilíbrio da equação econômico-financeira se afigura essencial. Em verdade, se o rol fosse exemplificativo, sequer haveria razão para ele existir, já que qualquer outro procedimento ou serviço poderia ser considerado obrigatório por decisão do médico-assistente. Quem tem a competência e a expertise para definir o que é obrigatório, portanto, não é o médico-assistente – e tampouco o Poder Judiciário –, mas a ANS” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Planos privados de assistência à saúde e boa-fé objetiva, cit., p. 187).

³⁷⁶ “Art. 10 [da Lei n. 9.656/1998]. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: [...] § 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)”.

³⁷⁷ Art. 10, § 4º da Lei n. 9.656/1998: “§ 4º A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes, de procedimentos de alta complexidade e das dispostas nas alíneas “c” do inciso I e “g” do inciso II do caput do art. 12, será estabelecida em norma editada pela ANS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.067, de 2021)”.

³⁷⁸ “Art. 4º [da Lei n. 9.961/2000] Compete à ANS: I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar; II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;”.

oferecida apenas aos procedimentos incluídos no Rol da ANS, sob a compreensão de que é abusiva, por ferir o CDC, qualquer cláusula que exclua a cobertura de “tratamento de doenças previstas pelo referido plano”.³⁷⁹ Há ainda, quem entenda que os dispositivos da Lei n. 9.656/1998 não trazem parâmetros para que se possa apreciar quais cláusulas dos contratos de planos de saúde são ou não abusivas e, por conta disso, a análise de abusividade precisaria ser feita com recurso exclusivo ao estatuto consumerista, por meio de “interpretação da lei especial com base no CDC”³⁸⁰ nesse particular.

Com a devida vênia, no entanto, entende-se que a especificidade das disposições da Lei n. 9.656/1998 as qualifica para que sirvam de parâmetros de aferição da abusividade das cláusulas (e, igualmente, das práticas das operadoras) inerentes aos contratos de planos de saúde, para os fins de incidência das disposições do artigo 51 (e do artigo 39) do CDC. Não significa que as disposições da Lei dos Planos de Saúde devam ser os únicos nortes empregados nesse controle valorativo, mesmo porque, tal postura contrariaria a lógica de aplicação unitária das fontes do ordenamento e a multiplicidade das esferas em que tal controle pode ser realizado.³⁸¹ Noutro giro, não se pode ignorar que tais dispositivos oferecem parâmetros que precisam ser considerados nas soluções do tema. Afinal, atender aos anseios de maior segurança e previsibilidade de tais soluções parece ter sido a *mens legis* da legislação específica,³⁸² que tencionou, dentre outros aspectos, corporificar em normais mais precisas, proteções mínimas aos beneficiários, que antes eram conferidas casuisticamente com base em cláusulas gerais encartadas no Código de Defesa do Consumidor.³⁸³

³⁷⁹ O entendimento consolidado do STJ nesse sentido fora registrado no item n. 5 da Edição n. 2 da Jurisprudência em Teses editada pela Corte Superior: “05) 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” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em Teses*, n. 2, Brasília, nov. 2013).

³⁸⁰ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, cit., p. 179. Semelhantemente: “Uma vez coberta a doença, não se admitem limitações no seu tratamento, sob pena de, em última análise, não ser a doença o verdadeiro objeto do contrato, mas apenas serviços limitados, tais como alguns dias de internação, algumas sessões de quimioterapia, intervenções cirúrgicas específicas e restritas etc. [...] Em definitivo, as restrições impostas por planos de saúde têm sido consideradas abusivas quando prejudicam a eficácia do tratamento inerente à cobertura contratada. Nota-se, nesse contexto, que a Lei nº 9.656/98 não oferece parâmetros para valoração das cláusulas abusivas, sendo imprescindível o recurso ao CDC para a adequada proteção do beneficiário” (OLIVA, Milena Donato. *Desafios contemporâneos da proteção do consumidor*, cit., p. 24).

³⁸¹ Acerca das diferentes esferas e lógicas de controle valorativo dos atos de autonomia, renove-se a menção a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela*, cit.

³⁸² “Nosso principal problema hoje é como escapar da incerteza no processo de interpretação-aplicação. A certeza do direito – ou segurança jurídica – é aspiração comum a todas as sociedades em todas as épocas, ainda que a própria ideia de certeza deva ser historicamente relativizada” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O jovem direito civil-constitucional*. Editorial. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a.1, n. 1, jul.-set. 2012, p. 3).

³⁸³ “Diferentemente do Código de Defesa do Consumidor, que é uma norma fundamentalmente principiológica, a Lei 9.656 de 1998 instituiu um conjunto de regras para os contratos de assistência à saúde, assegurando alguns direitos aos usuários da saúde suplementar, procurando enfrentar o problema das cláusulas abusivas existentes nestes contratos. A técnica legislativa utilizada pelo legislador da lei dos planos de saúde foi a da casuística, procurando definir de forma exaustiva e completa todas as hipóteses de aplicação da norma, formando um sistema

Para além disso, parece razoável incluir na ponderação acerca da licitude de tais cláusulas contratuais o fato de que, no mais das vezes, trata-se de disposições que incorporam ordenanças da agência reguladora do setor. Especificamente quanto à restrição da cobertura obrigatória ao Rol da ANS, não se deve olvidar que a listagem é elaborada pela agência tendo em conta diversas diretrizes que buscam preservar, principalmente, a saúde e a segurança dos beneficiários – e, por óbvio, tornar mais segura também a atividade das operadoras da saúde suplementar.³⁸⁴ Nesse prisma, anuir com a taxatividade do rol parece a postura hermenêutica mais consentânea com tais diretrizes e com a necessidade de prestar, em algum grau, deferência às decisões tomadas pela agência que detém expertise e atribuição legal para regular o setor.³⁸⁵ Ademais, as próprias cláusulas contratuais passam pelo crivo da ANS quando da aprovação e registro dos planos comercializados pelas operadoras. Tal fato reforça, ao menos a um primeiro olhar, a presunção de validade dessas convenções, ainda que não signifique um *laissez-faire* nesse aspecto. Mesmo porque, ainda que suas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade reguladora, tais negócios não deixarão de ser contratos de adesão para os fins do CDC, na esteira do que dispõe seu artigo 54 – o que implica necessidade de controle valorativo mais apurado, reconhecida pelo ordenamento a partir de disposições do próprio CDC e, ainda, do artigo 423 do Código Civil.

Caminhando na mesma direção, afirma-se que a taxatividade do Rol da ANS também se ancora (i) nas necessidades de previsibilidade das coberturas e de equilíbrio econômico³⁸⁶

rígido e com pouca flexibilidade, limitando a atuação do julgador para encontrar a solução mais justa para o caso, diferentemente da técnica legislativa que utiliza as cláusulas gerais” (NÓBREGA, João Neumann Marinho da. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. *Revista de Direito Privado*. v. 23, jul. 2005, p. 147-148).

³⁸⁴ Nessa linha, confira-se o artigo 3º da recente Resolução Normativa n. 470/2021 da ANS, que dispõe modificou o rito de atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde: “Art. 3º O processo de atualização do Rol observará as seguintes diretrizes: I - a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, de modo a contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país; II - as ações de promoção à saúde e de prevenção de doenças; III - o alinhamento com as políticas nacionais de saúde; IV - a utilização dos princípios da avaliação de tecnologias em saúde – ATS; V - a observância aos princípios da saúde baseada em evidências – SBE; VI - a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor; e VII - a transparência dos atos administrativos”.

³⁸⁵ “Ou seja: o Judiciário deve deferência aos atos das agências reguladoras porque se trata de atos da Administração Pública – isto é: de um outro poder político – e atos criados e praticados por entidades aparelhadas de forma específica pelo Legislativo para a regulação de determinado setor. A mera possibilidade, em tese, da prática de atos inválidos, não tem o condão de autorizar o Judiciário a subtrair das agências reguladoras o pleno exercício de atribuições e prerrogativas que lhes foram conferidas por lei e que, a rigor, justificam a sua própria criação” (BARROSO, Luís Roberto. *Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde*, cit., p. 48); Na mesma direção: LACERDA, Maurício Andere von Bruck. Breves reflexões sobre a intervenção estatal nos contratos privados de plano de saúde, cit., p. 1579.

³⁸⁶ Em sentido contrário, v. AFFONSO, Filipe José Medon. A limitação genérica de cobertura nos contratos de seguro saúde: uma análise da jurisprudência do TJRJ a partir do princípio do equilíbrio econômico. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. São Paulo: Foco, 2019. p. 305-324.

dos contratos de saúde privada, bem como (ii) no papel *suplementar e complementar* reservado pela Constituição à atuação da iniciativa privada na área da saúde.

Quanto ao primeiro ponto, a segurança jurídica é valor reforçado pela concepção em ao menos duas nuances: a uma, a listagem contribui para reduzir a desigualdade de informações entre operadoras e consumidores, publicizando e “definindo um conteúdo mínimo que deve constar de todos os planos de saúde ofertados no Brasil”³⁸⁷ no que toca aos tratamentos obrigatoriamente cobertos. A duas, torna-se mais palpável a análise de custos efetivada pelas operadoras na precificação dos planos de saúde. E nesse limiar, a delimitação regulamentar e contratual dos riscos cobertos, tanto no aspecto de certificação, quanto na limitação quantitativa dos procedimentos e eventos que precisarão assegurados, terá reflexo nos preços das mensalidades dos contratos dos planos de saúde – que certamente seriam mais elevadas caso as operadoras fossem obrigadas pela legislação a cobrir todo e qualquer tratamento aventado pelos médicos assistentes dos beneficiários.³⁸⁸

Quanto ao segundo ponto, é preciso rememorar que os planos privados de assistência à saúde se sujeitam a lógica distinta do Sistema Único de Saúde de responsabilidade do Poder Público. Enquanto o último se guia por ideal de universalização e acesso igualitário gratuito, o sistema de saúde suplementar é regido por lógica mercadológica, em construção securitária que depende de contrapartidas financeiras dos usuários e delimitação de riscos para que possa se sustentar.

Nesse sentido, não parece apropriado o emprego do CDC e nem mesmo a invocação generalizada de fundamentos constitucionais como o direito à saúde, o direito à vida e a própria dignidade humana³⁸⁹ para alterar o desenho institucional cunhado pela própria Constituição e impor aos planos de saúde a cobertura de todo e qualquer tipo de tratamento³⁹⁰ – sobretudo quando nem mesmo ao SUS parece possível atribuir tal ônus, diante da existência de limitações orçamentárias³⁹¹ e de razões de segurança³⁹² que recomendam um filtro dos serviços oferecidos.

³⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. O rol de procedimentos da ANS e seu caráter taxativo, cit.

³⁸⁸ FREITAS, Marco Antonio Barbosa de. *Tutelas provisórias individuais nos contratos de plano de saúde*, cit., p. 59; LAVECCHIA, Amanda Leopoldo. A intervenção judicial nos contratos de plano de saúde, cit., p. 289.

³⁸⁹ Advertindo acerca do “risco de uma generalização absoluta do princípio da dignidade humana”, confira-se: BODIN DE MORAES, Maria Celina. O jovem direito civil-constitucional, cit.;

³⁹⁰ CARLINI, Angélica; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e contratos de saúde privada no Brasil, cit., p. 152-153; FREITAS, Marco Antonio Barbosa de. *Tutelas provisórias individuais nos contratos de plano de saúde*, cit., p. 55.

³⁹¹ MARINHO, Alexandre. A crise do mercado de planos de saúde: devemos apostar nos planos populares ou no SUS? *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 49. Brasília/DF, jul.-dez. 2017, p. 59.

³⁹² “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 de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos

3.2.2. Resilição unilateral e manutenção de beneficiários em contratos de planos coletivos: a lógica da portabilidade de carências

A exemplo do tema da amplitude das coberturas assistenciais obrigatórias, a temática da resilição unilateral de contratos de planos de saúde coletivos e seus desdobramentos é intensamente regulada pela legislação específica da saúde suplementar. Mais precisamente, os pormenores da matéria são regulados pela Resolução n. 19/1999 do CONSU, editada com base no art. 35-A da Lei n. 9.656/1998.

A dita resolução prevê que a companhia que opera ou administra um determinado plano coletivo empresarial com base em contrato firmado com pessoa jurídica estipulante terá a obrigação de disponibilizar contratos de planos na modalidade individual ou familiar para todos os beneficiários desse plano coletivo, em caso de “cancelamento desse benefício” (leia-se: em caso de resilição unilateral do contrato coletivo empresarial promovida pela própria operadora de saúde).³⁹³ Tal obrigação, vale dizer, não encontra previsão direta ou similar na própria Lei 9.656/1998. Entretanto, a própria resolução ressalva que sua aplicação fica restrita “somente às operadoras que mantenham também plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar” (art. 3º). Em outras palavras, para as operadoras que não comercializem, administrem ou operem contratos de planos de saúde nas modalidades individuais ou familiar, excepciona-se integralmente a aplicação da própria resolução do CONSU e, conseqüentemente, a previsão infralegal que positivaria obrigação de disponibilizar planos dessas modalidades em caso de resilição unilateral do contrato coletivo.

três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União” (STF, RE 657718/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. para acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019).

³⁹³ Art. 1º da Resolução n. 19/1999 do CONSU: “As operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, que administram ou operam planos coletivos empresariais ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-empregados, deverão disponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar ao universo de beneficiários, no caso de cancelamento desse benefício, sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência.

§ 1º – Considera-se, na contagem de prazos de carência para essas modalidades de planos, o período de permanência do beneficiário no plano coletivo cancelado.

§ 2º – Incluem-se no universo de usuários de que trata o caput todo o grupo familiar vinculado ao beneficiário titular”.

No bojo do acórdão da Terceira Turma examinado no item 2.1.2 do trabalho,³⁹⁴ restou consignado que a operadora de saúde que figurava como recorrida no recurso especial em análise não ofertava planos de saúde em modalidades individual ou familiar em sua carteira e diante desse cenário normativo, o acórdão partiu da premissa de que haveria falha em garantir “o dever de proteção dos consumidores (beneficiários), que contribuiriam para o seguro de saúde e cujo interesse é na continuidade do serviço”. Afinal, ainda segundo o acórdão, não haveria “norma legal expressa que resguarde o consumidor na hipótese de resilição unilateral do contrato coletivo pela operadora” – que, como visto, fora a hipótese que ocorrera no caso.

Trata-se de premissa que, à primeira vista, parece acertada, sobretudo tomando em conta apenas os dispositivos e dados expressamente considerados pela decisão. Contudo, salvo melhor juízo, a análise ampla e integrada da regulação setorial acerca da matéria parece apontar um cenário um tanto distinto.

Isso porque, apesar de não haver na Resolução n. 19/1999 do CONSU – nem na Lei 9.656/1998 – previsão expressa acerca da obrigatoriedade de disponibilização de plano individual ou familiar por conta de resilição unilateral de contrato coletivo empresarial, é certo que a própria regulação dessa modalidade de planos coletivos prevê, a seu turno, a inexistência de carências ou restrições de cobertura parcial temporária como regra. É o que preveem os artigos 6º e 7º da Resolução n. 195/2009 da ANS:

Art. 6º No plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial com número de participantes igual ou superior a trinta beneficiários não poderá ser exigido o cumprimento de prazos de carência, desde que o beneficiário formalize o pedido de ingresso em até trinta dias da celebração do contrato coletivo ou de sua vinculação a pessoa jurídica contratante (Redação dada pela RN nº 200, de 2009)
[...] Art. 7º No plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial com número de participantes igual ou superior a trinta beneficiários não poderá haver cláusula de agravio ou cobertura parcial temporária, nos casos de doenças ou lesões preexistentes, desde que o beneficiário formalize o pedido de ingresso em até trinta dias da celebração do contrato coletivo ou de sua vinculação à pessoa jurídica contratante. (Redação dada pela RN nº 200, de 2009)

Significa dizer que, a princípio, sequer seria necessária “portabilidade de carências” para que o usuário antes beneficiado pelo contrato coletivo resilido pela operadora pudesse, sem o decurso de qualquer outro lapso temporal de carência, tornar-se beneficiário de novo contrato coletivo, firmado por sua empregadora com outra prestadora da saúde suplementar.

Vale lembrar que a adesão de cada beneficiário ao plano coletivo empresarial demandará a existência de um contrato “guarda-chuva”, celebrado por sua empregadora

³⁹⁴ STJ, REsp 1739907/DF, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 18/08/2020.

(estipulante) com a operadora ou administradora do plano. Dito de outro modo, à pessoa jurídica empregadora caberá obrigação de contratar novo plano diante da rescisão unilateral promovida pela operadora – que, ademais, precisa ser sempre efetivada mediante notificação prévia à estipulante e com antecedência de prazo razoável entre esta notificação e a cessação dos serviços da operadora do plano. Por conta disso, espera-se do empregador que promova em tempo hábil a celebração de novo contrato para não deixar seus trabalhadores desprovidos de plano de saúde, sobretudo ante à já mencionada importância que a oferta de planos de saúde tem adquirido no seio das relações de trabalho. E como visto, conforme garante a regulação setorial, o novo contrato coletivo celebrado não poderá conter qualquer previsão de carências, tornando desprovida a preocupação com a portabilidade de carências, desde que seja minimamente diligente a empregadora estipulante.

Assim o é na medida em que tal ponderação acerca da portabilidade de carências, conforme análise da legislação setorial, só teria lugar caso fosse necessária a busca autônoma dos empregados por planos individuais ou familiares. Afinal, é com vistas ao ingresso nessas modalidades que o próprio instituto da *portabilidade de carências* encontra seu âmbito de aplicação por excelência, conforme norma específica sobre o tema (Resolução n. 439/2018 da ANS),³⁹⁵ já que para essas categorias de contratação não se verificam previsões semelhantes às dos artigos 6º e 7º da Resolução n. 195/2009 da ANS.³⁹⁶ Nessa linha, o próprio acórdão chega a mencionar a Resolução n. 438/2018 da ANS,³⁹⁷ sem, contudo, atentar para as particularidades de cada modalidade de contratação (individual, familiar, empresarial ou por adesão) na forma delineada acima, com base na Resolução n. 195/2009 da ANS – que não é mencionada na fundamentação do acórdão da Terceira Turma, conquanto tenha sido objeto de análise pelo acórdão do TJDF contra o qual o recurso especial por ela examinado fora interposto.

³⁹⁵ “Dispõe sobre a regulamentação da portabilidade de carências para beneficiários de planos privados de assistência à saúde, revoga a Resolução Normativa - RN nº 186, de 14 de janeiro de 2009, que dispõe sobre a regulamentação da portabilidade das carências previstas no inciso V do art. 12 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e sem a imposição de cobertura parcial temporária, e revoga os artigos 1º, 3º, 4º e 7º e o §2º do artigo 9º, todos da RN nº 252, de 28 de abril de 2011, que dispõe sobre as regras de portabilidade e de portabilidade especial de carências”.

³⁹⁶ Registre-se que a própria Terceira Turma do STJ possui precedente recente albergando orientação na exata linha do que se expôs, ressaltando apenas a impossibilidade de se interromper a assistência médica prestada a beneficiário que se encontre sob tratamento médico: STJ, REsp 1846502/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/04/2021.

³⁹⁷ *In verbis*: “Essa conclusão é reforçada pelo fato de que, recentemente, a Resolução ANS 186/2009 foi revogada pela Resolução ANS 438/2018, a qual prevê, expressamente, a possibilidade de portabilidade de carências na hipótese específica de rescisão do contrato coletivo por parte da operadora ou da pessoa jurídica contratante (art. 8º, IV), dentre outras mudanças favoráveis ao consumidor, como a extinção de um período-limite para a solicitação da portabilidade (janela) e o fim da exigência de compatibilidade de cobertura para a mudança de plano [...]” (STJ, REsp 1739907/DF, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 18/08/2020).

Interessante notar que, conforme o relatório do acórdão, o recurso especial interposto pelos beneficiários teria apontado unicamente violações apenas aos artigos 497 do CPC/2015³⁹⁸ e 84 do CDC,³⁹⁹ que possuem redação parecida e tratam exclusivamente da necessidade de concessão de tutela específica ou garantia do resultado prático equivalente ao adimplemento em ações cujo objeto seja obrigação de fazer ou não fazer.

Seja dito que é possível que os limites de cognição e admissibilidade de análise do recurso especial podem ter influenciado a conclusão alcançada pelo STJ, no sentido de que os consumidores do plano estariam efetivamente desprotegidos. Sem mencionar que os próprios filtros de admissibilidade impostos em enunciados de súmulas editados pelo STJ podem ter desestimulado que a decisão promovesse consideração ainda mais abrangente da legislação setorial, que envolve, consoante se viu, atos de normativos de natureza infralegal.

Nesse viés – e em que pese a solução final calcada de forma praticamente exclusiva na propalada ausência de notificação prévia dos consumidores acerca da rescisão –, ao que parece, apesar da premissa de integração entre as variadas fontes normativas calcada na doutrina do diálogo das fontes, a fundamentação do acórdão acabou desconsiderando preceitos normativos que igualmente precisariam ser levados em conta para a resolução do caso, na esteira do que se extrai da regulamentação específica da matéria.

De tal modo, o “diálogo” entre fontes parece ter sido realizado de forma incompleta no que tange à necessidade de consideração de todas as fontes legislativas incidentes sobre a hipótese,⁴⁰⁰ com destaque para os enunciados normativos que disciplinavam pormenorizadamente a possibilidade de portabilidade de carências e estabeleciam arranjo no qual competiria à estipulante do plano coletivo a inclusão de tais beneficiários em novo plano por ela contratado – precisamente no intuito de conciliar o direito da operadora à rescisão do contrato coletivo e os direitos dos beneficiários à conservação do acesso a serviços de assistência privada à saúde.

³⁹⁸ “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

³⁹⁹ “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

⁴⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 5.

3.2.3. Cláusula de coparticipação em internações psiquiátricas prolongadas: a orientação consagrada pelo STJ

À semelhança dos temas abordados acima, também é objeto de acesa controvérsia na jurisprudência brasileira a discussão sobre a validade de cláusulas de contratos de planos de saúde que preveem a coparticipação no custeio de internações psiquiátricas prolongadas. Não à toa, a questão foi objeto de julgamento recente na 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos especiais repetitivos.⁴⁰¹ Todavia, ao contrário dos dois acórdãos de tribunais estaduais apresentados no item 2.2.3 *supra*, o julgamento unânime no STJ caminhou no sentido de cancelar a validade da cláusula, com tese vinculante que fixou os seguintes parâmetros:

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.

(STJ, Tema Repetitivo n. 1032, REsp 1.809.486/SP e REsp 1.755.866/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, publicado em 16/12/2020)⁴⁰²

Do ponto de vista da normativa regulatória dos contratos de planos de saúde, a cláusula de coparticipação (*copayment*) institui mecanismo que atribui ao beneficiário o ônus de arcar com o custeio parcial de serviço (tratamento) inserido na cobertura assistencial prevista nos contratos. Costumeiramente, tal mecanismo é operacionalizado via pagamento adicional à mensalidade fixa (prêmio) que serve de contraprestação à operadora do plano contratado – que arcará com o restante do encargo financeiro atrelado ao serviço. Em linhas gerais, a ferramenta serve para desestimular a utilização desenfreada de coberturas previstas nos contratos de assistência privada à saúde, que acarretaria abalo no equilíbrio econômico-atuarial dos

⁴⁰¹ Tema Repetitivo n. 1032/STJ: “Definição da tese alusiva à legalidade ou abusividade de cláusula contratual de plano de saúde que estabelece o pagamento parcial pelo contratante, a título de coparticipação, na hipótese de internação hospitalar superior a 30 dias decorrente de transtornos psiquiátricos” (STJ, ProAfR no REsp 1.809.486/SP e ProAfR no REsp 1.755.866/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Marco Buzzi, publicados em 21.10.2019).

⁴⁰² Anote-se que, enquanto o acórdão do REsp 1.755.866/SP não foi objeto de recurso e teve seu trânsito em julgado certificado em 09/03/2021, o acórdão do REsp 1.809.486/SP foi objeto de oposição de embargos de declaração. Os embargos declaratórios foram acolhidos parcialmente e sem efeitos modificativos, apenas para sanar erro material constante da fundamentação do julgado, que mencionava súmula revogada do STJ (Súmula n. 469/STJ) em vez da súmula atualmente vigente no tribunal acerca da aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde (Súmula n. 608/STJ) (STJ, EDcl no REsp 1.809.486/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Marco Buzzi, publicado em 09/09/2021). Após, em 10/11/2021, certificou-se o trânsito em julgado do REsp 1.809.486/SP.

contratos,⁴⁰³ e usos que se mostrem contrários a objetivos e comportamentos almejados por políticas públicas definidas pelo Estado,⁴⁰⁴ que levam em conta aspectos técnicos da medicina e a realidade prática do setor regulado.

No caso das internações psiquiátricas, por exemplo, o fator de moderação atende a objetivos de políticas que desestimulam as hospitalizações infundáveis a que são submetidos muitos pacientes com transtornos psiquiátricos. Alguns deles acabam sendo abandonados nas instituições de saúde, por períodos drasticamente superiores aos tempos médios de hospitalização preconizados pelos estudos médicos⁴⁰⁵ – em estado de coisas conflitante com as diretrizes da Lei n. 10.216/2001, que promoveu a chamada “Reforma Psiquiátrica” e acolheu reivindicações do movimento que ficou conhecido como “Luta Antimanicomial”.⁴⁰⁶⁻⁴⁰⁷

Antes mesmo da vigência da Lei n. 9.656/1998 e da criação da ANS, o Conselho de Saúde Suplementar – CONSU editou a Resolução n. 08/1998, que trazia normas gerais sobre os mecanismos de franquia e de coparticipação. A normativa do CONSU impôs requisitos para o copagamento em seus artigos 1º, parágrafo 2º; 2º, inciso VII; 3º, inciso II e parágrafo único; e 4º, inciso I, alínea “a”. Décadas depois, ao regulamento da Resolução n. 08/1998 do CONSU foi sobreposta a disciplina da Resolução Normativa n. 433/2018 da ANS, que igualmente trouxe normas gerais para esses institutos.

Os principais fundamentos para a atuação normativa da ANS nessa seara, vale dizer, eram – e são – os dispositivos da Lei n. 9.961/2000 e Lei n. 9.656/1998. A primeira, em seu artigo 4º, prevê a competência da ANS não só para fixar “as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras” de saúde (inciso II) e para elaborar o rol de procedimentos que serve de parâmetro às coberturas obrigatórias dos contratos de planos de saúde (inciso III), mas também para “estabelecer normas relativas à adoção e

⁴⁰³ TERRA, Sergio Machado; REIS, Mateus de Moraes. A ponderação judicial nos litígios coletivos sobre saúde suplementar, cit., p. 168.

⁴⁰⁴ Sobre o tema, veja-se: SEPÚLVEDA, Antonio Guimarães; QUIRINO, Carina de Castro. A economia comportamental como instrumento de otimização institucional. In: BOLONHA, Carlos et al. *Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 472.

⁴⁰⁵ Acerca do ponto, v.: HORTA, Rogério Lessa et al. Hospitalizações psiquiátricas no Rio Grande do Sul de 2000 a 2011. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, v. 18, p. 918-929, out-dez., 2015; SOUZA, José Carlos et al. Tempo médio de hospitalização e categorias diagnósticas em hospital psiquiátrico. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, v. 57, p. 112-116. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.

⁴⁰⁶ Veja-se, acerca da questão: DINIZ, Isabel Teresa Pinto Coelho. *A interface entre os saberes jurídico e psiquiátrico acerca da internação compulsória de usuários de crack no Rio de Janeiro e região metropolitana entre 2010 e 2015*. Tese de Doutorado em Saúde Pública e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, 2018.

⁴⁰⁷ Seja consentida referência a obra poética e musical abordando especificamente a luta manicomial, com foco na experiência de pacientes do Hospital Psiquiátrico do Juqueri, no Estado de São Paulo: LUIZINHO GONZAGA. *Minha Sina*. Intérprete: Luizinho Gonzaga. *Terras do Juquery* (CD/Vinil, LP). São Paulo: Selo independente, 1994. A canção está disponível na plataforma YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=I28MBP1GKIo>.

utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde” (inciso VII) fiscalizando e avaliando os usos de tais mecanismos (inciso XXVIII). Noutro giro, a Lei n. 9.656/1988 prevê expressamente a coparticipação como *fator de moderação* que pode ser incluído nos contratos de planos de saúde, desde que previsto expressamente (artigo 16, inciso VIII e artigo 30, §6º).

Paralelamente, foram editadas normas das autoridades de saúde complementar que autorizavam expressamente alguns regimes específicos de coparticipação. Dentre eles, destaca-se justamente o regime de coparticipação no custeio de internações psiquiátricas a partir do trigésimo primeiro dia de internação, contemplado pelos artigos 2º, inciso II, alínea “a” e 3º, *caput* e parágrafo único da Resolução n. 11/1998 do CONSU.

Desde a Resolução Normativa n. 211/2010 da ANS, o copagamento aplicado a internações psiquiátricas consta expressamente de todas as resoluções normativas da agência que atualizaram o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, sendo mencionado no artigo 19, inciso II, da Resolução Normativa n. 465/2021, que promoveu a última atualização do referido rol. Em 3 de setembro de 2018 a Resolução Normativa n. 434/2018 da ANS revogou a Resolução Normativa n. 433/2018. Entretanto, aquela resolução não revogou os dispositivos das Resoluções CONSU nº 08/1998 e 11/1998 e de outras resoluções normativas da ANS que permitiam – e, na esteira da Resolução Normativa n. 465/2021, seguem permitindo – explicitamente a coparticipação a partir do 31º dia de internação psiquiátrica, desde que garantido o custeio integral dos 30 primeiros dias de tratamento pela operadora.

Segundo tais enunciados normativos, o regime de copagamento precisa estar previsto de forma clara nos instrumentos contratuais – tal como exige o artigo 54, §4º do CDC para toda e qualquer cláusula limitativa de direitos do consumidor. Além disso, tais normas estabelecem limite máximo de 50% do valor do tratamento pactuado entre a operadora do plano e o respectivo prestador do serviço de saúde como teto do montante que o beneficiário poderá suportar.⁴⁰⁸ E foi exatamente nessa direção que decidiu o STJ, no julgamento do Tema Repetitivo n. 1032.

Por ocasião do julgamento repetitivo, a Corte Superior reafirmou o entendimento de que as cláusulas que estabelecem o pagamento de coparticipação não se confundem estrutural ou funcionalmente com aquelas que representam limitação contratual do tempo máximo de

⁴⁰⁸ Na mesma linha, o Anexo I da Instrução Normativa nº 23/2009 da Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos (DIPRO) da ANS estabelece os termos que deverão constar expressamente das cláusulas dos contratos e regulamentos de planos de saúde que prevejam a coparticipação baseada nos atos normativos do CONSU e da ANS mencionados.

hospitalização.⁴⁰⁹ As primeiras cláusulas estabelecem fator que impõe, a partir de certo momento, a divisão das despesas do tratamento entre a operadora e o beneficiário ou responsável financeiro – com vistas a desestimular hospitalizações *ad aeternum* e a manter o equilíbrio financeiro do contrato. A seu turno, as últimas impõem restrição absoluta do direito ao serviço de internação, com ponto final à cobertura pela operadora – que, a partir de determinado momento, se exime totalmente do dever de custear ou colocar à disposição do usuário o fornecimento do tratamento.

De um lado, a limitação do tempo de internação restringe quantitativa e peremptoriamente o tratamento fornecido (ou custeado) pela operadora em favor do beneficiário. Assim, incide diretamente sobre a extensão da *cobertura assistencial* do contrato em restrição que não é admitida pela legislação setorial. Por esse motivo, haveria invalidade de estipulação contratual nesse sentido, porquanto representaria limitação da responsabilidade da operadora ou seguradora de saúde pelos efeitos de uma das obrigações essenciais que assumiu no contrato.⁴¹⁰

De outra perspectiva, a aplicação da cláusula de coparticipação não põe termo à cobertura assistencial do contrato, tampouco restringe quantitativamente o tempo de tratamento, que poderá durar período menor ou maior do que o previsto para início do fator de moderação. Ao contrário: o mecanismo incide apenas sobre a forma de *custeio* dos serviços, ou seja, sobre aspecto exclusivamente *financeiro* – “*não assistencial*”.

Por assim ser, não se cogitaria de invalidade de tal disposição contratual apenas com base na vedação à limitação de responsabilidade da operadora de saúde nem, tampouco, com base no artigo 12, inciso, II, alíneas “a” e “b” da Lei n. 9.656/1998, que vedam a “limitação de prazo” para cobertura de internações hospitalares em clínicas básicas, especializadas, centros de terapia intensiva ou similares.

⁴⁰⁹ Realmente a matéria não era estranha ao próprio STJ, que há muito possui jurisprudência consolidada no sentido da validade da cláusula de coparticipação. Dentre outros julgados que reforçam a constatação, veja-se: STJ, 2ª S., EAREsp 793.323/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigli, publ. em 15.10.2018; STJ, 4ª T., AgInt. no REsp 1730534/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, publ. em 08.10.2018; STJ, 3ª T., AgInt no REsp 1.760.077 / SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, publ. em 21.03.2019. Por outro lado, não é difícil encontrar decisões de outros tribunais que afirmam a “abusividade” de tal cláusula, v.g.: TJRJ, 22ª C.C., Ap. Cív. 0018326-82.2013.8.19.0087, Rel. Des. Rogério Oliveira e Souza, j. em 05.11.2019; TJRJ, 4ª C.C., Ap. Cív. 0019037-41.2015.8.19.0209, Rel. Des. Maira Helena Pinto Machado, j. em 14.08.2019; TJSP, 5ª C. D. Priv., Ap. Cív. 1052849-67.2016.8.26.0002, Rel. Des. Fábio Podestá, j. em 13.03.2018; e TJSP, 10ª C. D. Priv., EDcl. Cív. 4002962-71.2013.8.26.0001, Rel. Des. Araldo Telles, j. em 11.04.2019.

⁴¹⁰ Nesse aspecto, vale ressaltar o entendimento segundo o qual “a cláusula de não indenizar não pode ser estipulada para afastar ou transferir obrigações essenciais do contratante” (WALD, Arnoldo. A cláusula de limitação de responsabilidade no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 2015, nº 27).

Aliás, tais disposições da Lei dos Planos e Seguros de Saúde foram o principal fundamento normativo considerado na edição da Súmula n. 302 do STJ, invocada, à luz do diálogo das fontes, pelos dois acórdãos do TJRJ e do TJDFT analisados no item 2.1.3 para justificação da invalidade das cláusulas de coparticipação. Todavia, como dito, o próprio Superior Tribunal de Justiça reforçou a inaplicabilidade da referida súmula à *fattispecie* em análise, ao julgar o tema sob o rito dos recursos especiais repetitivos, consignando o seguinte:

Como se vê, o caso em discussão não se vincula propriamente à limitação de tempo para internação, o que é vedado nos termos da súmula 302 do STJ, mas sim à possibilidade de estabelecer regime de coparticipação do segurado nas despesas de sua internação psiquiátrica, após o 30º dia.

Diante desse cenário, não estando evidenciada a limitação de cobertura mas apenas a estipulação de coparticipação na hipótese de internação psiquiátrica que sobeja 30 dias anuais de tratamento, deve ser afastada a apontada abusividade da cláusula contratual, porquanto não se incompatibiliza com a legislação de regência, especialmente com o Código de Defesa do Consumidor, o estabelecimento de cláusula de coparticipação nos casos de internação em clínica/hospital psiquiátrico, a partir do 31º dia, notadamente quando tal regra consta de forma clara no respectivo contrato de plano de saúde estabelecido com o consumidor.

A esse respeito, aspecto particularmente destacado pelo STJ na decisão foi a necessidade de respeitar a alocação de riscos e preservar o equilíbrio econômico dos contratos. Nesse aspecto, é de se ressaltar que também o CDC se preocupa expressamente o equilíbrio nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores e a harmonização dos interesses desses atores (artigo 4º, inciso III).⁴¹¹ É de se ressaltar que as diretrizes do CDC e os direitos básicos que o Código assegura não buscam dar privilégios ao consumidor, muito menos inviabilizar as atividades econômicas dos fornecedores com a concessão de benesses desnecessárias e assistencialistas.⁴¹² Ao contrário, o Código pretende proteger o consumidor contra práticas abusivas, no intuito de reequilibrar a balança de forças que naturalmente pende em seu desfavor, na exata medida do que se mostrar necessário para solucionar os problemas causados pelo desequilíbrio intrínseco entre fornecedores e consumidores. Tudo isso sem desrespeitar a autonomia privada dos agentes que atuam no mercado de consumo, ainda que em relações não

⁴¹¹ Entretanto, a exemplo de outros tantos princípios, a alusão ao *equilíbrio contratual* pelos aplicadores do direito costuma ser feita apenas para fins de retórica e persuasão, como mero reforço de raciocínios jurídicos que, no fundo, estão pautados em outras premissas que guiam as decisões judiciais. Acerca do tema, v. TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In: *Princípios contratuais aplicados*, cit., p. 21-22. Especificamente sobre o enfraquecimento da normatividade do princípio contratual que resulta dessa abordagem, confira-se: KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em shopping center: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 20, n. 3, p. 176-200, nov. 2016.

⁴¹² MARINHO, Maria Proença. *Ob. cit.*, p. 244.

paritárias – mesmo porque o reconhecimento de vulnerabilidades não deve se confundir com autorização genérica ao paternalismo ou com a eliminação de esferas de autonomia.⁴¹³

Diante dessa conjuntura é que se justificam mecanismos que se antecipam a possíveis desequilíbrios na relação contratual, no intuito de preservá-la sem a necessidade de recurso ao Judiciário – especialmente quando o desequilíbrio dos riscos originalmente pactuados representar ameaça à sustentação financeira do contrato. É precisamente esse o caso da coparticipação: o mecanismo de regulação chancelado pela lei e pela ANS reequilibra encargos financeiros, para ajustar os ônus supervenientes à distribuição de riscos considerada pela projeção atuarial empregada na formação do contrato – igualmente chancelada pela agência reguladora, que aprova previamente o arranjo atuarial de cada plano de saúde ofertado pelas operadoras no mercado. Aliás, o fato de haver ou não previsão de coparticipação influencia na precificação dos contratos de plano de saúde justamente por isso: o copagamento possibilita a atenuação dos ônus financeiros que poderão advir à operadora no custeio dos tratamentos específicos para os quais foi avençada. De outro lado, a ausência desse mecanismo – ou de qualquer outro que sirva a essa função – poderia levar ao aumento dos preços das mensalidades dos produtos de saúde privada, uma vez que a contraprestação paga pelo consumidor precisará ser estipulada em patamar elevado o suficiente para se coadunar às previsões de risco mais onerosas à operadora, vez que não haverá mecanismo de regulação que atenuar esse ônus e reequilibre a relação contratual.

Em suma, a previsão da coparticipação (ou a ausência dela) é considerada na precificação do contrato do plano de assistência privada à saúde, possibilitando a atenuação dos preços das mensalidades e maior acesso da população a esse tipo de serviço. Sob esse viés, o mecanismo também se coaduna àquela que parece ser a função social desses pactos, diretamente ligada à pulverização dos custos com serviços médicos e correlatos, que leva à diminuição de preços e à possibilidade de acesso da população a esses mesmos serviços, por intermédio dos agentes de saúde privada,⁴¹⁴ suplementando e atenuando, assim, o múnus que compete ao Estado.

Nessa esteira, parece ter vindo em boa hora a tese fixada pela 2ª Seção do STJ, no sentido de chancelar as cláusulas que preveem o mecanismo de coparticipação no custeio das internações psiquiátricas, que, sem ignorar a complexidade da matéria, alinha-se à regulação

⁴¹³ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 39.

⁴¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Sociedades operadoras de plano de saúde e responsabilidade civil, cit., p. 377.

do ponto pela normativa setorial, aos influxos de diretrizes do CDC e de objetivos pugnados pela Constituição e por normas que estabelecem políticas públicas para o modelo assistencial em saúde mental no Brasil, servindo, à guisa de conclusão, a lição de Isabel Teresa Pinto Coelho Diniz em obra acerca dessa temática:⁴¹⁵

“Inicialmente, vale frisar que não se pode aplicar o Código de Defesa do Consumidor indiscriminadamente, sem uma análise do contexto. Por certo, e isso já é pacífico na jurisprudência brasileira, os contratos de planos de saúde não podem limitar o número de dias das internações hospitalares e permanências em Centros de Terapia Intensiva (CTI) ou Unidades de Terapia Intensiva (UTI). De fato, por mais que existam protocolos, cada organismo tem um tempo para se recuperar, além dos imprevistos que sempre podem acontecer. Admitir a limitação de dias de internação nessas hipóteses seria permitir abusos e até a morte de muitas pessoas. Contudo, na hipótese de internação psiquiátrica, qualquer que seja o motivo, tem-se que cotejar as normas do CDC com a Lei nº 10.216/01 e a Portaria nº 3088/11. A internação é excepcional e limitada a um prazo a ser definida por uma equipe multidisciplinar. Isso tem uma razão: acabar com as internações por prazo indeterminado, tal como ocorriam na realidade anterior ao início da Luta Antimanicomial e à Reforma Psiquiátrica Brasileira. Em um segundo momento, deve-se ter como pressuposto de que a Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/01) abrangeu o setor público e o setor privado, respeitada a livre iniciativa garantida pela Constituição, sempre lembrado que a saúde privada é complementar à saúde pública”

⁴¹⁵ DINIZ, Isabel Teresa Pinto Coelho. *A interface entre os saberes jurídico e psiquiátrico*, cit., p. 45.

SÍNTESE CONCLUSIVA

O campo de estudo dos contratos de planos de saúde revela-se um bom exemplo da sofisticação e da tenuidade de distinções entre noções clássicas cunhadas pela doutrina civilista. Nele, entrelaçam-se noções tradicionalmente confrontadas pelos juristas, tais como as dicotomias entre situações jurídicas (e interesses) existenciais e patrimoniais; autonomia privada e intervenção estatal; individualismo e solidarismo; e, de igual modo, os componentes da clássica *summa divisio* entre direito público e direito privado.

A presença marcante dessas dualidades em um sem-número de aspectos da matéria é elemento que parece refletido na gênese e na resolução dos variados conflitos envolvendo os principais atores envolvidos em tais contratos, que por vezes posicionam em dimensão adversarial as sociedades empresárias que operam no mercado de suplementar e os beneficiários dos contratos de planos de saúde que delas dependem. Trata-se de característica que parece contribuir para o fenômeno histórico e atual da judicialização de tais conflitos em quantitativo recorde, igualmente alimentado pelo quadro de sobreposição de enunciados concebidos para regulação geral e específica do tema a nível constitucional, legal e infralegal.

A esse respeito, é de se cogitar que os contratos de planos privados de assistência saúde pudessem ter pouca ou nenhuma relevância em termos sociais, em um país cuja Constituição prevê o *dever do Estado* de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, encarada enquanto direito de *todos*, de modo a tornar extravagante ou, quando menos, meramente alternativa a atuação da iniciativa privada na assistência à saúde. Ainda que tal situação possa ser almejada enquanto utopia na direção da qual se deva *caminhar*⁴¹⁶ em obediência à mesma Constituição, forçoso reconhecer que a realidade dos sistemas público e privado de saúde brasileiros se encontra distante de tal conjuntura.

Dentro desse contexto, a importância dos contratos da saúde suplementar – majorada em períodos de crise sanitária como o vivido na década de 2020 – ultrapassa o já significativo contingente de clientes dos planos de saúde. Afinal, apresenta-se nítida a fundamentalidade de tais ajustes para aliviar a sobrecarga do Sistema Único de Saúde e os encargos do Poder Público

⁴¹⁶ Seja consentido trazer a lume a advertência poética sobre a valia das utopias cunhada por GALEANO, Eduardo. Ventana sobre la utopía. *Las palabras andantes*. Buenos Aires: Catálogos S.R.L., 2001, p. 230: “Ella está en el horizonte —dice Fernando Birri—. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar”. Em tradução livre: “Ela está no horizonte – disse Fernando Birri. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos pra lá. Por mais que eu caminhe, jamais a alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para caminhar”.

nessa alçada, sem mencionar a igualmente fundamental atuação *complementar* da iniciativa privada no âmbito do próprio SUS.

Todos esses fatores parecem acentuar a relevância dos conflitos relacionados aos contratos de planos de assistência privada à saúde no Brasil, a legitimar a incursão sobre elementos característicos de tais negócios em perspectiva estrutural e funcional realizada no primeiro capítulo do trabalho, na qual sobressaem as seguintes noções e traços:

a) *Bilateralidade*: os instrumentos negociais firmados entre operadoras e tomadores de serviços dos planos de saúde se apresentam estruturalmente como típicos contratos, ou seja, como negócios jurídicos bilaterais quanto à sua formação, dado que dependem da confluência de vontades de ao menos duas partes para se aperfeiçoarem. De igual modo, quanto aos seus efeitos, conclui-se que os ajustes também podem ser classificados como contratos bilaterais ou sinalagmáticos, ante à presença de reciprocidade e correlação funcional entre as obrigações das partes contratantes. Trata-se, como visto, de conclusões que não parecem inválidas nem mesmo nos chamados “contratos coletivos” de planos de saúde, haja vista que, apesar da consagração da referida nomenclatura, também aqui é possível vislumbrar o nexó estrutural e funcional das obrigações e direitos inerentes aos ajustes firmados – de modo separado, ainda que correlato – entre a pessoa jurídica estipulante do plano e a operadora e, paralelamente, entre os beneficiários do plano “coletivo” e a operadora;

b) *Patrimonialidade*: ao lado da nota da bilateralidade, a efetiva classificação dos contratos de planos de saúde como contratos – que poderia parecer redundante – é imbuída de importância para lhes atribuir outra característica relevante, qual seja, a patrimonialidade. Significa dizer que o objeto do contrato será sempre composto por prestações com conteúdo economicamente aferível ou presumido – ainda que seu valor não possa ser previamente estimado. Por conta disso, repelem-se concepções no sentido de que o objeto do contrato de plano de saúde poderia ser, de forma direta e imediata, as noções de “saúde” ou mesmo de “vida”, seja a partir das concepções biológicas desses conceitos ou, de modo idêntico, de sua concepção enquanto direitos fundamentais (e interesses existenciais) titularizados pelos indivíduos que figuram como beneficiários de tais contratos – sem que isso implique negar que tais interesses são tutelados de forma mediata pelos contratos de assistência privada à saúde;

c) *Natureza securitária*: a estrutura dos contratos de planos de saúde – em conjunto, ademais, com a própria estruturação de tais ajustes em redes contratuais e com a configuração empresarial das operadoras – aproxima-os, em sua natureza, aos contratos de seguro. Em tais avenças é possível identificar os elementos estruturais que caracterizam a relação contratual securitária: a garantia de interesses legítimos (gestão de custos ou custeio de serviços

assistenciais de saúde) que o segurado (beneficiário) poderá invocar em face de riscos predeterminados (por meio da delimitação da cobertura assistencial), à qual se obriga a seguradora (operadora do plano), em contrapartida ao pagamento de prêmio (mensalidade);

d) *Mutualismo*: a estrutura securitária das operadoras de planos de saúde e dos próprios contratos de planos de saúde tem relação direta com outro aspecto inerente à operação dos seguros em geral, conhecido como mutualismo ou mutualidade. O nome remete à lógica de constituição de *fundo mutual* com a soma dos recursos aportados pelos segurados, que será gerido pela seguradora-operadora do plano e utilizado para suportar o ônus financeiro das coberturas garantidas aos usuários de determinada rede contratual, bem como o ônus das demais despesas inerentes à atividade e, ainda, para gerar lucro à atividade empresária da seguradora de saúde;

e) *Função social*: enquanto a função econômico-individual dos contratos de planos de saúde pode – em tese e em abstrato – ser identificada com a síntese essencial dos efeitos diretamente almejados pelas partes na celebração da avença ligada à prestação de serviços de gestão em assistência privada à saúde, a função social de tais contratos inclui em seu perfil funcional a tutela de interesses externos socialmente relevantes. Nesse particular, sobreleva o aspecto comunitário inerente à estrutura e à função de tais ajustes, típico de sua natureza securitária, sendo possível associar sua função social – dentre outros aspectos, principalmente – à facilitação do acesso a serviços de assistência à saúde à população, possibilitada pela diminuição de custos causada pela pulverização dos riscos entre os diversos segurados que aportam recursos ao fundo mutual responsável por suportar os ônus das coberturas contratuais, sob lógica de mutualidade. Em perspectiva ampla, não parece exagerado associar a função social dos contratos de planos de saúde também à concretização do direito fundamental à saúde em perspectiva sistêmica, tomando tais negócios como instrumento de acesso de indivíduos à assistência à saúde e, ainda, enquanto motores de redução dos encargos – leia-se, dos gastos – do Estado com seu dever primário de garanti-la enquanto direito de todos.

Em paradoxo com o indispensável papel que possuem no contexto social brasileiro, durante muito tempo os contratos de planos de saúde – e as atividades das seguradoras de assistência privada em geral – se viram à mercê da falta de regulação específica. Nesse mister, destaca-se o pioneirismo da Constituição da República de 1988 em traçar desenho institucional claro para os sistemas público e privado de saúde, positivando expressamente as facetas *complementar* e *suplementar* da atuação da iniciativa privada na saúde e distinguindo-as do múnus de universalização e acesso igualitário e gratuito imposto ao Estado. Na mesma linha, reconhece-se o protagonismo histórico do Código de Defesa do Consumidor nas soluções de

litígios de contratos de planos de saúde (sobretudo) antes e (mesmo) depois da elaboração dos principais atos normativos específicos no tema. A esse propósito, concluiu-se que a Lei n. 9.656/1998 foi cunhada com objetivo de tornar mais seguros diversos aspectos da relação contratual entre operadoras e beneficiários de planos de saúde, positivando garantias outrora concedidas com base em normas com maior grau de generalidade da própria Constituição e do CDC, bem como trazendo uma série de imposições para as sociedades empresárias que atuam na saúde suplementar – objetivos igualmente almejados pela Lei n. 9.961/00 e pela normativa editada pela ANS, criada especificamente para exercer de forma ostensiva o papel de órgão regulador do setor.

A despeito dos avanços históricos trazidos com a legislação ao longo dos anos, ficou evidenciado que a sobreposição de atos normativos tornou ainda mais sofisticada a atividade do intérprete-aplicador do direito na resolução de celeumas envolvendo contratos de planos de saúde. Como consequência, somada aos mesmos fatores que justificam o estudo dos perfis estrutural e funcional dos contratos de planos privados de assistência à saúde, tal circunstância parece justificar, bem assim, o estudo de algumas das principais vertentes hermenêuticas que se veem empregadas na análise e na resolução de tais conflitos. Nesse ponto, sobreleva a pertinência do intento tanto em nível teórico, sob perspectiva doutrinária, quanto ao nível da prática forense. Nesse último particular, enfatiza-se o fenômeno da judicialização da matéria, que tem atingido números exorbitantes com o passar do tempo, a indicar que, mesmo com os regramentos específicos, continua sendo difícil a tarefa de conciliar os feixes de interesses contrapostos nos contratos de planos de saúde.

Na tentativa de empreender o estudo mencionado, no segundo capítulo do trabalho, buscou-se investigar as invocações textuais da vertente hermenêutica comumente identificada como doutrina do(s) *diálogo das fontes(s)* e, em contraponto, de corrente hermenêutica associada ao que se tem denominado de *consequencialismo* (ou *pragmatismo*) *jurídico*, bem como as invocações de premissas de cada uma dessas vertentes, em decisões judiciais sobre controvérsias de contratos de planos de saúde.

Para tanto, foram realizadas pesquisas empíricas de jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro, com termos correlatos a tais vertentes hermenêuticas e suas premissas mais difundidas, coligados a expressões que remetessem aos contratos de planos de saúde. Tais pesquisas parecem ter sido representativas para esboço de algumas concepções acerca do tema, sobretudo quando atreladas e confrontadas a outros dados, colhidos em sede doutrinária e em manifestações processuais em lides de relevo, sempre

atinentes a assuntos caros ao setor de saúde suplementar. Dentre tais assuntos, foram destacadas, ao lado de outros tópicos, discussões – e decisões – acerca da amplitude das coberturas obrigatórias dos contratos de planos de saúde; da regulação da rescisão unilateral de contratos coletivos de planos de saúde, com os respectivos efeitos sobre a manutenção de vínculos de beneficiários e portabilidades de carências; e da validade, em abstrato, de cláusulas de contratos de planos de saúde prevendo coparticipação no custeio de internações psiquiátricas prolongadas.

Nesse sentido, os dados colhidos parecem evidenciar contribuição da doutrina do diálogo das fontes na construção e consolidação de tendência jurisprudencial amplamente favorável às pretensões dos beneficiários dos contratos de planos de saúde, em face das posições defendidas pelas operadoras e órgãos de representação empresarial do setor – tendência, aliás, apontada em termos numéricos em estudos anteriores. Em várias decisões foi possível identificar o apelo à aludida corrente e, em adição, a presença marcante de construções associadas a ela nas fundamentações das soluções engendradas pelos julgadores.

Paralelamente, parece possível identificar tendência de emprego de argumentação de vertente consequencialista e pragmática nas manifestações das operadoras de saúde e de entidades de representação de tais agentes, sobretudo com base em considerações pautadas em análises da relação entre Direito e Economia. Por outro lado, a persistência em tal vertente nessas manifestações processuais ainda não parece ter encontrado eco em número significativo de decisões judiciais que explicitamente as invoquem em suas fundamentações, sobretudo em comparação com a aceitação já consolidada das premissas associadas à doutrina do diálogo das fontes no que tange ao acolhimento das pretensões dos clientes dos contratos. Sem embargo, há indícios recentes de maior inclusão da avaliação das consequências práticas e jurídicas das decisões como etapa de sua justificação, inclusive em temáticas relativas a contratos de planos de saúde, sobretudo a partir da consagração de exigências nessa direção por dispositivos inseridos na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro em 2018.

A partir desses dados e constatações, no terceiro capítulo do trabalho, procedeu-se ao cotejo das premissas básicas da metodologia civil-constitucional – que serviu de marco teórico do estudo – com dogmas da doutrina do diálogo das fontes e do consequencialismo jurídico que se destacaram nas invocações de tais vertentes hermenêuticas para análise e resolução de conflitos concernentes a contratos de saúde. Por fim, foram revisitados os principais exemplos práticos de conflitos vinculados a contratos de planos de saúde abordados no segundo capítulo, com intuito de promover análises calcadas em premissas da metodologia civil-constitucional aplicadas aos temas examinados.

Inicialmente concluiu-se que a metodologia civil-constitucional e a doutrina do diálogo das fontes se alinham no que tange ao reconhecimento da pluralidade de fontes normativas e na unidade do ordenamento jurídico, enquanto complexo de normas destinado a conformar as relações em sociedade e, ainda, a promover valores e objetivos que tal-qualmente possibilitem transformações sociais. Todavia, com a devida vênia a eventuais entendimentos contrários, a partir da matriz civil-constitucional, compreende-se que a admissão de microssistemas normativos dotados de lógica e princípios autônomos não se coaduna com o dogma da unidade do ordenamento, tampouco com o primado da aplicação unitária de suas fontes na formação do ordenamento de cada caso concreto. Sob esse prisma, nem o Código de Defesa do Consumidor, nem a Lei n. 9.656/1998 podem ser objeto de aplicação ilhada dos valores, regras e princípios das demais fontes do ordenamento, sendo certo que as normas desses estatutos não compõem sistemas hermeticamente fechados em si, guardando fundamento comum nas normas da Constituição e no desenho institucional por ela cunhado segundo os próprios objetivos constitucionais.

Semelhantemente, parece possível anuir com o ideário da doutrina dos diálogos das fontes segundo o qual a solução de antinomias deve almejar a compatibilização de enunciados normativos – e não a eliminação de uma norma em prol da outra – como regra, bem como com a necessidade de buscar a aplicação coordenada de todas as fontes normativas.

A despeito disso, não se concorda com o raciocínio indutivo que, em contradição à própria lógica de coordenação de diplomas legislativos, pugna pela aplicação inafastável da lei ou da interpretação normativa que se mostre mais favorável à parte tomada como mais “fraca” ou vulnerável em todo e qualquer caso. Ao revés, considera-se que a solução de cada caso concreto não pode ser definida aprioristicamente a partir de tal critério, devendo ser construída com base em raciocínio dedutivo, calcado na consideração simultânea de todos os valores, regras e princípios do ordenamento incidentes sobre cada situação fática para, só então, definir sua normativa específica de forma concreta com a respectiva solução de tutela.

Nesse viés, conclui-se pela inexistência de fundamento normativo que justifique um primado de prevalência das normas do CDC frente às disposições da Lei n. 9.656/1998 que prescindam da análise de cada *fattispecie*. Em especial, não há como aderir a concepções ligadas à doutrina do diálogo das fontes que concebam a superioridade hierárquica do estatuto consumerista sobre a Lei dos Planos de Saúde, seja com base na busca pela aplicação da lei mais favorável à parte encarada como mais fraca, seja com base em orientações que atribuem ao CDC o *status* de norma constitucional. Especificamente sobre o segundo aspecto, entende-se que os dispositivos da Constituição e do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

concernentes à promoção da defesa do consumidor não podem ter sua interpretação alargada a ponto de atribuir estatuta constitucional ao Código Consumerista, sob risco de violação ao próprio texto constitucional, não havendo, ademais, fundamento para situar o código em degrau hierárquico acima das demais leis ordinárias, como já assentou o Supremo Tribunal Federal.

Paralelamente, com relação à aceitação de premissas ligadas à argumentação consequencialista, concluiu-se pela aparente inviabilidade de adoção de um consequencialismo de tipo “forte”, segundo o qual a análise de consequências poderia ser empregada como critério único e suficiente para a resolução de litígios – incluídos aqui os atinentes aos contratos de planos de saúde. Sem embargo, compreende-se que, atualmente, o ordenamento demanda do intérprete-aplicador do direito a tarefa de avaliar as consequências práticas e jurídicas das decisões nessa seara, tal como impõem expressamente dispositivos da LINDB. A exigência se coaduna com a própria efetividade dos interesses tutelados pelos contratos de assistência privada à saúde, concebida em perspectiva sistêmica, fortemente vinculada à sustentação da função social reconhecidamente atribuída a tais ajustes pelo ordenamento. Tal tarefa parece conciliável com o emprego da metodologia civil-constitucional na resolução de tais conflitos, inserindo-se a análise de consequências como uma das etapas – ou testes – de justificação argumentativa das soluções engendradas pelo intérprete, com a assunção do que se poderia associar a um consequencialismo de tipo “fraco”, sem prejuízo das demais premissas e influxos considerados a partir da vertente civil-constitucional.

À vista disso, pode-se concluir que a busca por soluções capazes de conciliar os interesses contrapostos nos conflitos envolvendo contratos de planos de saúde não prescinde de análise ampla de todo arcabouço normativo e, principalmente, de todos os valores e objetivos tutelados pelo ordenamento a partir desses arranjos contratuais. Independente da vertente hermenêutica à qual aderir, o intérprete-aplicador do direito não deve ceder a perspectivas enviesadas que privilegiem apenas razões de economia descoladas de interesses existenciais, nem tampouco a concepções simplórias que enxerguem a relação contratual da saúde suplementar apenas pelos retratos de seus momentos patológicos, nos quais se mostra tentadora a ideia de concebê-la como uma luta entre as “vilãs” (sociedades empresárias operadoras dos planos) e os “mocinhos” (beneficiários dos planos).

Em perspectiva sistêmica, tutelar verdadeiramente a dignidade humana, a saúde e a vida dos usuários da saúde suplementar não implica vitimização destes, nem justifica que em todos os conflitos inerentes aos contratos de planos de assistência privada à saúde sejam concedidos todos e quaisquer provimentos pleiteado pelos segurados, em desconsideração da legislação vigente e da normativa contratual. Tampouco parece recomendável a categorização unívoca e

a busca por soluções por indução que sejam abstratamente consideradas válidas e aplicáveis a quaisquer litígios nesse campo. Ao revés, pugna-se pela necessidade de formação da normativa de cada caso concreto, com solução deduzida com base na ponderação de todos os valores a serem promovidos pelo ordenamento naquela relação específica, que extrapolam os interesses individuais das partes e levam em conta a lógica de solidariedade inerente ao desenho institucional dos contratos de assistência privada à saúde e, no mesmo fio, o solidarismo insculpido como valor na Constituição.

Com efeito, verifica-se que a vulnerabilidade presumida dos beneficiários em face das operadoras de saúde privada não é capaz justificar a completa descon sideração das normas regulatórias e preceitos que prezam pela preservação do serviço de relevância pública prestado por aquelas pessoas jurídicas. Mesmo porque parte-se da premissa de que, assim como os instrumentais normativos invocados para tutela dos beneficiários em situações concretas, esses preceitos, em último grau, também têm como fundamento a centralidade da pessoa humana no ordenamento brasileiro e igualmente buscam a concretização de funções socialmente relevantes pautadas nesse mesmo fundamento, ainda que em perspectiva *macro* de sofisticada operacionalização.

Ademais, a vulnerabilidade das partes e outros dados relevantes para resolução dos conflitos da saúde suplementar devem ser aferidos à luz da situação concreta, sem ignorar as ponderações de valores já encartadas pelo regramento da matéria a nível constitucional e infraconstitucional. Nessa esteira, sem abandonar seu papel criativo, a atividade de interpretação-aplicação das normas realizada pelo Judiciário não pode simplesmente descon siderar as políticas adotadas pelo Legislativo e pelo Executivo na regulação da saúde suplementar, sob pena de ofensa direta ao próprio ordenamento que estabelece a repartição de competências entre os Poderes. A deferência e a harmonia não significam, todavia, obediência cega a dispositivos específicos editados pelo legislador ordinário ou pela autoridade reguladora, haja vista que, a todo tempo, tais enunciados normativos precisam ser relidos e conformados à luz dos valores constitucionais.

Enfim, ao jurista se impõe a todo tempo o dever de fidelidade à Constituição, enquanto norma fundamental do ordenamento, pelo que os melhores diálogos e análises de consequências em sede de contendas envolvendo contratos de planos de saúde – ou qualquer outro tipo de litígio – parecem ser aqueles que se coadunam ao espírito compromissório e conciliador da Carta Magna, que leva em conta a influência recíproca entre os valores por ela tutelados e, ainda, a elogiável concepção do direito enquanto ciência sensível aos influxos de outras ciências e, principalmente, da própria realidade social em toda sua complexidade.

REFERÊNCIAS

- AFFONSO, Filipe José Medon. A limitação genérica de cobertura nos contratos de seguro saúde: uma análise da jurisprudência do TJRJ a partir do princípio do equilíbrio econômico. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. São Paulo: Foco, 2019. p. 305-324.
- ALVES, Danielle Conte; BAHIA, Lígia; BARROSO, André Feijó. O papel da Justiça nos planos e seguros de saúde no Brasil. *Cad. Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 25(2), fev. 2009, p. 279-290.
- ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Imprensa: Rio de Janeiro, Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1985. Referência: v. 13, n. 13/14, p. 109–125, jan.-dez. 1998
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso e reajustes por faixa etária em planos de saúde contratados antes da sua vigência. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 68, jul.-ago. 2011.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: *Os Pensadores*, vol. II. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim – 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Entrevista com Antônio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, Rio de Janeiro: Padma, p. 298-308, abr-jun. 2008.
- AZEVEDO, P.F. et al. *Judicialização da saúde no brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. São Paulo: Insper – Centro de Regulação e Democracia, Relatório de Pesquisa, Conselho Nacional de Justiça, 2019.
- BAHIA, Ligia. *Mudanças e padrões das relações público-privado: seguros e planos de saúde no Brasil*. 1999. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Faculdade de Medicina, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1999.
- BAHIA, Ligia. *O que está em jogo?* Rio de Janeiro: Cebes, 2011.

- BAHIA, Lúgia. O sistema de saúde brasileiro entre normas e fatos: universalização mitigada e estratificação subsidiada. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14(3), p. 753-762, 2009.
- BAHIA, Lúgia; SCHEFER, Mário. *Planos e seguros de saúde: o que todos devem saber sobre a assistência médica suplementar no Brasil*. São Paulo: UNESP, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 197, p. 30-60. Rio de Janeiro, jul-set. 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos e seguros de saúde* (Parecer). São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2010.
- BASTOS, Fabrício Rocha. Do Microsistema da Tutela Coletiva e a Sua Interação com o CPC/2015. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 68, p. 57-132, abr-jun. 2018.
- BERGSTEIN, Laís. Conexidade contratual, redes de contratos e contratos coligados. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 109, p. 159-183. jan-fev. 2017. RT Online.
- BIANCA, Cesare Massimo. *Direito Civile*, t. VII. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. O rol de procedimentos da ANS e seu caráter taxativo. *Revista Consultor Jurídico*, 09.09.2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3uhIuLB>>. Acesso em: 14.09.2021.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1995.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. *Revista de Direito Civil*. Ano 17, Volume 65, 1993, p. 21-32.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. O jovem direito civil-constitucional. Editorial. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a.1, n. 1, p. 1-4, jul.-set. 2012.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Por um ensino humanista do direito civil. *Civilistica.com*, v. 1, n. 2, p. 1-16, 6 nov. 2012.

- BODIN DE MORAES, Maria Celina; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set.-dez. 2014.
- BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAON, Guilherme Maines. *Análise econômica do direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*. 2020. 281 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos: Porto Alegre, 2020.
- CARLINI, Angélica; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e contratos de saúde privada no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26, n. 110, p. 139-159, mar.-abr. 2017.
- CASTRO, Julia Ribeiro de; SOUSA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. E-book.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2019, E-book.
- CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE DIREITO SANITÁRIO (CEPEDISA/USP). *Direitos na Pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil*. Boletim n. 01. Disponível em: <<http://cepedisa.org.br/publicacoes/>>. Acesso em 27.jul.2021.
- CHIANCA JUNIOR, Nildeval. Ponderações sobre a vinculação direta das operadoras de planos de saúde aos direitos fundamentais positivados na Constituição federal. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, Lisboa, Ano 6, n. 6, p. 1087-1146, 2020.
- CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos Christopoulos. Argumento consequencialista no direito. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, v. 6, n. 3. Constitucionalização dos direitos no Brasil, p. 4-27, 2015.
- COASE, Ronald. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, vol. III. University of Chicago. Chicago, oct. 1960, p. 1-44.
- CORREIA, Ângela Karine G. de Miranda. *O argumento judicial consequencialista na visão da análise econômica do direito e o desenvolvimento brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Brasília: Brasília, 2015.
- CUNHA FILHO, Marcio. Direito e ciência: uma relação difícil. *Revista Direito GV*, v. 17, n. 1, p. 2-16, jan.-abr. 2021.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan.-mar. 2019.

DINIZ, Isabel Teresa Pinto Coelho. *A interface entre os saberes jurídico e psiquiátrico acerca da internação compulsória de usuários de crack no Rio de Janeiro e região metropolitana entre 2010 e 2015*. 2018. 291 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública e Meio Ambiente) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2018.

DINIZ, Maria Helena. A antinomia real e a polêmica do diálogo das fontes. *Revista Jurídica Unicuritiba*. Curitiba, v. 03, n. 53, p. 228-247, jul-set. 2019.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35-59.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. *Planos de saúde no Brasil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FABRETTI, Fernanda Massad de Aguiar. A judicialização da saúde suplementar. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; Clarice Seixas DUARTE (Coords.). *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

FAJNGOLD, Leonardo. Um alerta para a contratação na atualidade: o choque entre a manutenção das condições pactuadas individualmente e o equilíbrio do sistema nas redes contratuais. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 359-376.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRAGATA, Mariângela Sarrubbo. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 177-185.

- FRAZÃO, Ana. A importância da análise de consequências para a regulação jurídica: perspectivas e riscos do consequencialismo e do “consequenciachismo”. *JOTA*. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3lfNSfj>>. Acesso em 05.10.2021.
- FRAZÃO, Ana. Direito Civil Constitucional e a LINDB: reflexões sobre os impactos dos arts. 20 e 21 da LINDB sobre as abordagens e metodologias do Direito Civil. *JOTA*. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3FnZ8xU>>. Acesso em 05.10.2021.
- FREITAS, Marco Antonio Barbosa de. *Tutelas provisórias individuais nos contratos de plano de saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2006.
- GOMES, Josiane Araújo. *Lei dos planos de saúde*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- GOMES, Josiane Araújo. Plano de saúde: cobertura de tratamento experimental e fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados à luz da jurisprudência do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 28, n. 124, p. 393-421, jul.-ago. 2019.
- GOMES, Josiane Araújo. Reajuste de mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária: análise do REsp 1.568.244/RJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 110, p. 211-235, mar-abr. 2017.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- GREGORI, Maria Stella. ANS: taxatividade do rol de procedimentos. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 46-64, mai. 2021.
- GREGORI, Maria Stella. Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 108, n. 1004, p. 123-143, jun. 2019.
- GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GREMBI, Veronica, The Imperialistic Aim of Economics: At the Origin of the Economic Analysis of Law. *Social Science Research Network – SSRN*: May 21, 2007, p. 1-29. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.987771>>. Acesso em 13.04.21.
- JAYME, Erik. Diálogos com a doutrina (Entrevista com o Prof. Erik Jayme). *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 3, p. 288-293, jul.-set. 2003.

- JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013, p. 105-114. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43487>>. Acesso em: 16.07.21.
- JAYME, Erik. Visões Para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado (1997). *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, nov. 2013.
- JUNQUEIRA, Thiago. Dilemas contemporâneos: os seguros privados e a cobertura das pandemias. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro, v. 12., p. 65-105, mai. 2020.
- KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, vol. 60, n. 1, jan.-abr. 2015, p. 193-213.
- KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principalização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 13, p. 39-59, jul.-set. 2017.
- KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 4, nº 1, 2018, p. 355-404.
- KONDER, Nelson de Paula Konder. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 23, n. 1, p.81-100, mar. 2019.
- LACERDA, Maurício Andere von Bruck. Breves reflexões sobre a intervenção estatal nos contratos privados de plano de saúde. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, Ano 4, nº 4, p. 1555-1584, 2018.
- LAVECCHIA, Amanda Leopoldo. A intervenção judicial nos contratos de plano de saúde: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revista de Direito Sanitário*, v. 19, n. 3, p. 277-291, nov.-fev. 2018
- LESSA, Moyana Mariano Robles; DADALTO, Luciana. O direito à vida e a judicialização da saúde. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 10, n. 1, 2021.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil*, vol. 1: parte geral. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- LUIZINHO GONZAGA. Minha Sina. Intérprete: Luizinho Gonzaga. *Terras do Juquery* (CD/Vinil, LP). São Paulo: Selo independente, 1994.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad.: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINHO, Alexandre. A crise do mercado de planos de saúde: devemos apostar nos planos populares ou no SUS? *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 49, p. 55-84. Brasília/DF, jul.-dez. 2017.

MARINHO, Maria Proença. Planos privados de assistência à saúde e a função social do contrato: um estudo de casos recentes. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. São Paulo: Foco, 2019, p. 231-244.

MARQUES, Cláudia Lima. A proteção da parte mais fraca em Direito Internacional Privado e os esforços da CIDIP VII de proteção dos consumidores. In: OAS. *XXXIV Curso de Derecho Internacional – OEA/CIJ: aspectos jurídicos del desarrollo regional*. Washington. Secretaría General – Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, 2008, p. 261-307.

MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 115, jan.-fev. 2018, p. 21-40.

MARQUES, Claudia 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, jan.-mar. 2003, p. 71-99.

MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno (Coord.). *Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe - ESMESE*, v. 7, 2004, p. 15-54

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Claudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A saúde privada suplementar como sistema jurídico hipercomplexo e a proteção à confiança. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, p. 77-101, nov-dez. 2018.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Coord.). *Planos de saúde, aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELO, Cristiana Fontes; MOUTINHO, Luiz Mário; GOUVEIA, Lúcio Grassi. A integração judicial das regras gerais do Código de Defesa do Consumidor pela Lei dos Planos de Saúde: uma análise à luz dos fundamentos e princípios constitucionais e da Política Nacional das Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 122, p. 307-341, mar-abr. 2019.

MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Rumos Cruzados do Direito Civil Pós-1988 e do Constitucionalismo de Hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 389-410, mai-ago. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. Planos de saúde e contrato de prestação de serviços médico-hospitalares. *Revista dos Tribunais*, vol. 991, p. 337-366, mai. 2018.

NEVES, José Roberto de Castro. *Contratos I*. 1.ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

NEVES, José Roberto de Castro. *Uma introdução ao direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

NÓBREGA, João Neumann Marinho da. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência à saúde: uma proposta de sistematização. *Revista de Direito Privado*. v. 23, p. 102-180, jul. 2005.

- NORONHA, João Otávio de. Crise de fontes normativas: Código Civil x Código de Defesa do Consumidor. *Justiça & Cidadania*, v. 134, out. 2011.
- NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Limites da intervenção judicial nos contratos de plano de saúde. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 11, p. 85-108, jan-abr. 2016.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à lei de plano e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. A reforma institucional do mercado de planos de saúde: uma proposta para criação de benchmarks (Texto para Discussão nº 1075). *Repositório de Conhecimento do IPEA*. Disponível em <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2075>>. Acesso em 15.07.2021.
- OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Regulamentação dos Planos de Saúde: uma questão de Estado. *Boletim de Políticas Sociais – acompanhamento e análise*, v. 4. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília, 2002, p. 103-107.
- OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil* Belo Horizonte, v. 16, p. 15-33, abr-jun. 2018.
- OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 101, P. 103-136, set-out. 2015
- OLIVEIRA E SILVA, Lucas de Castro. Cláusula de contrato de plano de saúde que estabelece coparticipação no custeio de internações psiquiátricas: análise a partir do Tema Repetitivo n. 1032 e da jurisprudência do STJ. *Civilistica.com*, v. 10, n. 3, p. 1-31, dez. 2021.
- OLIVEIRA E SILVA, Lucas de Castro. Parentalidade socioafetiva e multiparentalidade: análise civil-constitucional a partir do RE nº 898.060/SC. *Civilistica.com*, v. 9, n. 3, p. 1-31, dez. 2020.
- OLIVEIRA, Denize Cristina de. et al. A universalização e o acesso à saúde: consensos e dissensos entre profissionais e usuários. *Cad. Saúde Colet.*, v. 25 (4), p. 483-490, Rio de Janeiro, 2017.
- PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, v. 262, p. 95-144. Rio de Janeiro, jan.-abr. 2013
- PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; DAHINTEN, Bernardo Franke. Reflexões sobre os impactos jurídicos da pandemia da COVID-19 sobre os planos de saúde no Brasil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJJB*, ano 7, nº 4, 2021, p. 1-34.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2011
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- POSNER, Richard. Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law. *John M. Olin Law and a Economics Working Paper*, nº 53 (2D Series), p. 1-13. Chicago, 1998.
- QUIRINO, Carina de Castro. Irracionalidade do agente público e teoria da escolha pública comportamental: notas sobre um elefante na sala. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, p. 965-986, 2018.
- QUIRINO, Carina de Castro; CALIL, Ana Luiza. Entre agências reguladoras e ministérios: em que mãos deve estar a função regulatória? *JOTA*. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2YlHA4w>>. Acesso em 05.10.2021.
- QUIRINO, Carina de Castro; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Políticas regulatórias e a caixa de ferramentas da economia comportamental. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Org.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 157-175.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RENAULT, Felipe Kertesz; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Ressarcimento ao SUS e saúde suplementar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- RIBEIRO, Rafael Pacheco Lanes. *Judicialização da saúde suplementar: um estudo de caso*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019.

- RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Notas sobre o contrato de seguro no Código Civil de 2002. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 271-298, E-book.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ROCHA, Luiz Carlos da. *O direito à saúde e o sistema suplementar*. São Paulo: Contracorrente, 2018.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROSA, Alexandre Moraes da.; MARCELLINO JR., Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2009, vol. 1, n. 1, Ago-Dez, p. 7-23.
- SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SALOMÃO, Luis Felipe. Judicialização da saúde no Brasil e o papel do Superior Tribunal de Justiça. In: *Constituição e governança: V Seminário Luso-Brasileiro de Direito*. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2017, p. 173-179.
- SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SANTOS, Corina Teresa Costa Rosa; PIMENTEL, Diego Ferreira; SILVA, Rômulo Ruan Santos da (Org.). *Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde: análise de julgados*. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017.
- SANTOS, Ricardo Bechara. O seguro-saúde e seus aspectos jurídicos relevantes. In: *Direito de seguro no cotidiano: coletânea de ensaios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 41-56.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. In: CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48. Rio de Janeiro: Padma, out-dez/2012.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. -São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 28.10.2005, p. 1-19. Disponível em: <<https://bit.ly/3uiupfz>>. Acesso em 02.04.2021.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 10, p. 9-27, out.-dez. 2016.

SCOTON, Luis Eduardo Brito. Análise econômica do direito do consumidor: o Código de Defesa do Consumidor como norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia*, v. 5, p. 33-44, 2011.

SEPULVEDA, Antonio Guimarães; QUIRINO, Carina de Castro. A economia comportamental como instrumento de otimização institucional. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana. *Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 469-491.

SILVA, José Luiz Toro da. *Manual de direito da saúde suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde*. São Paulo: M.A.Pontes, 2005.

SILVA, Rodrigo da Guia. Prazo prescricional da pretensão de repetição de indébito: um diálogo necessário entre pagamento indevido e enriquecimento sem causa. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019.

SILVA, Rodrigo da Guia; OLIVEIRA E SILVA, Lucas de Castro. Prazo para cobrança de reembolso de plano de saúde deve ser de três anos. *Revista Consultor Jurídico*, 19 novembro 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-19/prazo-cobrar-reembolso-plano-saude-trienal>>. Acesso em 13.10.2021.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências reguladoras. *Revista De Direito Administrativo*, v. 216, abr.-1999

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. E-book.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral De Direito Civil*, v. 50, p. 35-91, 2012.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, v. 8, n. 2, p. 1-53, 17 set. 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, v. 54, p. 66-98, 2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz;

MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.) *Direito civil*, vol. 2. Coleção Direito UERJ 80 Anos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 73-106.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Notas sobre o papel da autonomia privada no exercício de situações jurídicas de natureza real. *Nomos*. Vol. 35. Fortaleza, 2015, p. 139-164. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2528>>. Acesso em 02.04.2021.

SOUZA, Eduardo Nunes de; OLIVEIRA E SILVA, Lucas de Castro. Considerações sobre a inclusão de vacinas contra a COVID-19 no âmbito da cobertura obrigatória de contratos de planos de assistência privada à saúde. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; BODIN DE MORAES, Maria Celina; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Vacinação: questões jurídicas e políticas*. 2021. No prelo.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-24.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: continuando o debate sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: Ana Carolina Brochado Teixeira; Renata de Lima Rodrigues (Org.). *Contratos, famílias e sucessões: diálogos interdisciplinares*. 1ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 135-160.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. Editorial à *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 2. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2000.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, jul./set. 2014, p. 8-37.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*, t. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-405.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil e o Direito Civil Constitucional. Editorial à *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13. Rio de Janeiro: Padma, jan-mar/2003.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: *Problemas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-14.

TEPEDINO, Gustavo. O direito contemporâneo e o sistema de prazos prescricionais: tendência reducionista e princípio da segurança jurídica. In: *Relações obrigacionais e contratos*, vol. I. (Coleção soluções práticas de direito: pareceres). São Paulo: RT, 2012, p. 527-537.

TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, abr.-jun. 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: *Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-35.

TEPEDINO, Gustavo. O STJ e a benfazeja promoção do mutualismo. *OABRJ*, 16 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.oabRJ.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/stj-benfazeja-promocao-mutualismo>>. Acesso em 03.04.2021.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In *Temas de Direito Civil*, t. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

TEPEDINO, Gustavo. Violação direta à Constituição pela aplicação de regimes distintos à mesma posição jurídica. In: *Soluções práticas de direito: pareceres*, vol. I. São Paulo: RT, 2012, p. 151-158.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 1, 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos do direito civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Planos privados de assistência à saúde e boa-fé objetiva: natureza do rol de doenças estabelecido pela Agência Nacional de Saúde para fins de cobertura contratual obrigatória. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 23, p. 175-191, jan.-mar. 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnica dos novos princípios contratuais. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRRARDT JUNIOR, Marcos (Org.). *Direito Civil Constitucional: a ressignificação dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 121-136.

TERRA, Sergio Machado; REIS, Mateus de Moraes. A ponderação judicial nos litígios coletivos sobre saúde suplementar: exame da cobertura dos procedimentos de internação domiciliar (*home care*). *Revista do Advogado*, v. 146, p. 163-171, 2020.

TESSER, Charles Dalcanale; SERAPIONI, Mauro. Obstáculos à universalização do SUS: gastos tributários, demandas sindicais e subsídio estatal de planos privados. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 26(6), p.2323-2333, 2021.

TIMM, Luciano Bennetti. “Descodificação”, constitucionalização e reprivatização o no direito privado: o Código Civil ainda é útil? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, RIDB, Ano 1 (2012), nº 10, p. 6417-6453.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Milão [Pádua]: Wolters Kluwer – CEDAM, 2015.

TRETTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira; SCHEFFER, Mario César. Judicialização em planos de saúde coletivos: os efeitos da opção regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar nos conflitos entre consumidores e operadoras. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 19, n. 1, p. 166-187, mar.-jun. 2018.

UCHIMURA, Guilherme Cavicchioli; DE LIMA, Iara Vigo. Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown / Law, violation and technicality: Law & Economics in Coase's and Brown's conceptions. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2143-2170, dez. 2018.

VILELA, Danilo Vieira. A empresa como consumidora no contrato de plano de saúde coletivo. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*. Belo Horizonte, ano 13, n. 1, jan.-abr. 2016.

YEUNG, Luciana (Org.). *Análise econômica do direito: temas contemporâneos*. São Paulo: Actual, 2020. E-book.

ZAGNI, João Pedro Fontes. O princípio do equilíbrio contratual e a cláusula de reajuste por faixa etária em contratos de plano de saúde na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. In TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 325-342.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia*: análise econômica do direito e das organizações. São Paulo: Campus/Elsevier. E-book.