

Equilíbrio contratual nos contratos de plano de saúde.

Márcio Fernando Elias Rosa

Advogado. Ex-secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo. Ex-procurador-geral de Justiça de São Paulo. Professor de Direito Administrativo e de Tutela Coletiva. Doutor e mestre em Direito do Estado pela PUC-SP.

Antonio Vignoli

Advogado.

Sumário

1. Introdução
 2. A disciplina dos contratos de plano de saúde e o papel central do equilíbrio contratual
 3. A flexibilização adotada pelos tribunais
 4. Novo paradigma adotado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça
 5. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

No âmbito dos contratos de plano de saúde, abstraída aqui a discussão em torno da delimitação normativa e técnica de seu objeto, que por sua relevância deve ser compreendida como inteiramente vinculada às posturas técnicas das autoridades médicas (notadamente à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS), um dos princípios que assumem maior relevância é o do equilíbrio contratual.

Essa circunstância sobressai, em especial, porque tal espécie de contrato é caracterizada por seu caráter precipuamente comunitário e de mutualismo: uma massa de beneficiários contribui, mediante o pagamento de mensalidades, calculadas a partir de complexos cálculos atuariais, para a formação de fundo que visa diluir os riscos de todo o universo de contratantes, sendo gerido pela operadora de plano de saúde (KATAOKA, 2014, p. 114). Assim, mostra-se fundamental que a rede de contratos se mantenha devidamente equilibrada, garantindo-se a adequada repartição das despesas

e a precisa definição de quais eventos de saúde estarão cobertos para todos, como forma de evitar o favorecimento de parcela dos contratantes em detrimento de outros, bem como a ruína do sistema ou a excessiva oneração do acesso à assistência médica particular, tão intrinsecamente associada a direitos fundamentais dos mais relevantes, como a vida, a saúde e a integridade física e psíquica dos indivíduos.

No equilíbrio da contratação – que tem em mira a redução dos custos médicos, de modo que os consumidores não tenham de pagar diretamente pelos serviços ou, a depender do caso, sejam posteriormente reembolsados (TEPEDINO, 2011, p. 378) –, o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, que estabelece o padrão mínimo assistencial a ser seguido pelas operadoras, possui papel fundamental. Afinal, partindo de uma análise global de segurança, eficácia, efetividade, acurácia e custo-efetividade das intervenções, efetuada por meio de extenso debate com a comunidade médica e renovada periodicamente, delimita a cobertura de determinados tratamentos e procedimentos, indicando, ainda, as diretrizes a serem seguidas para a sua correta utilização.

Com efeito, ao retirar a discricionariedade desmedida dos riscos cobertos pelos planos de saúde, o rol atribui maior previsibilidade ao sistema e cumpre as funções de tornar viável o segmento econômico e, ao mesmo tempo, ampliar o espectro subjetivo desse tipo de contratação, tornando possível a disponibilização de planos com preços mais acessíveis no mercado. Assim, há um caráter finalístico evidente no rol de procedimentos da ANS, qual seja o de delimitar os procedimentos abarcados pela assistência médica suplementar e, assim, expandir o universo de contratantes, tornando-os mutuamente responsáveis pelos custos.

No entanto, apesar da sensível importância que o equilíbrio contratual possui na seara dos planos de saúde, a postura comumente adotada pelo Judiciário é a de não prestigiar tal princípio e ignorar

a análise técnico-atuarial promovida pelos órgãos competentes (como a ANS), deixando de investigar a repercussão, em uma visão **macro**, das decisões tomadas para toda a massa de contratantes e desconsiderando, assim, o caráter mutual dos planos de saúde, bem como a legislação e regulamentação específicas do setor. Com frequência, o caráter assistencialista – embora, aprioristicamente, louvável e compreensível – impõe delicados impactos sobre o universo de contratantes.

Com frequência, o caráter assistencialista impõe delicados impactos sobre o universo de contratantes.

Nessa linha, o presente estudo pretende demonstrar a importância de se primar pelo equilíbrio dos contratos de plano de saúde. Para tanto, abordará a disciplina pertinente ao segmento, esmiuçando aspectos essenciais a serem observados na matéria e explorando, notadamente, o teor de recente decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), proferida no bojo do REsp nº 1733013-PR, que estabeleceu um novo paradigma para o segmento da assistência médica suplementar e poderá significar, em boa hora, a alteração do rumo adotado pela jurisprudência pátria.

2 A disciplina dos contratos de plano de saúde e o papel central do equilíbrio contratual

Os contratos de plano de saúde, vale frisar desde logo, possuem um escopo bastante específico, que corresponde à gestão de custos com vistas à prestação de serviços de assistência à saúde. Nesse sentido, como bem define Gustavo Tepedino (2011, p. 378), o ajuste firmado entre as operadoras de planos de saúde e os consumidores consiste em:

“contrato bilateral, na medida em que há sinalagma entre as recíprocas prestações das partes, de sorte que a obrigação de pagamento de mensalidade pelos consumidores é a razão jurídica do dever das operadoras de plano de saúde de disponibilizar o acesso a diversos prestadores de serviços [...]. 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”.

Daí se infere, portanto, que “a vida e a saúde humana não constituem objeto do contrato firmado pelos consumidores com as operadoras” (TEPEDINO, 2011, p. 379). Não obstante, em razão dos relevantes fins a que se destinam, os contratos de plano de saúde são consideravelmente regulados e a liberdade de contratar é limitada por diversos ditames legais, além de justificar a atuação e fiscalização por parte de autoridade administrativa independente (a ANS), autarquia vinculada ao Ministério da Saúde e instituída pela Lei nº 9.961/2000.¹

Sobre o tema, um dos mais relevantes diplomas que regulam o setor é a Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de

1. “A Agência Nacional de Saúde Suplementar [ANS] foi criada pela Lei nº 9.961, de 20 de janeiro de 2000, com natureza de autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde” (GUERRA, 2012, p. 156).

assistência à saúde. Nela, são estabelecidas regras rígidas acerca das penalidades aplicáveis às operadoras e uma série de proibições, tais como a de excluir da cobertura as doenças e lesões preexistentes à data da contratação. Ainda, um ponto importante é que a lei institui e regulamenta o chamado plano-referência, que estabelece a cobertura mínima aplicável aos planos de assistência médica que oferecem atendimento ambulatorial, internação hospitalar, atendimento obstétrico e atendimento odontológico. Trata-se, portanto, do plano padrão de assistência, o qual todas as operadoras de saúde têm a obrigação de oferecer aos consumidores.

Algumas coberturas estão expressamente afastadas do plano-referência, como tratamentos clínicos ou cirúrgicos experimentais, fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados, procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, dentre outras dispostas nos incisos do art. 10 da Lei nº 9.656/1998.²

Ademais, merece destaque também a Lei nº 9.961/2000, que criou a ANS, bem como o papel central da agência no mercado da saúde suplementar. Como asseveram Claudio José Bahia e Ana

2. “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; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; 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.”

Carolina Abujamra (2009, p. 45), a autarquia “atua criando mecanismos e implementando as técnicas que melhor se ajustam aos comandos políticos do segmento de saúde privada” e, nesse contexto, deve “manter-se equidistante dos polos em tensão, promovendo a defesa do consumidor, com o máximo de aproveitamento dos interesses envolvidos”. Com isso:

“o objetivo da Agência é harmonizar os interesses dos consumidores e operadoras de planos de saúde no país, tendo competências de polícia normativa, decisória e sancionatória exercidas sobre qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além de garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica” (BAHIA; ABUJAMRA, 2009, p. 45).

A propósito, uma das materializações do objetivo de harmonizar os interesses dos consumidores com os das operadoras de planos de saúde é o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde estabelecido pela ANS, que constitui “referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades” (conforme dispõe o art. 4º, inciso III, da Lei nº 9.961/2000)³ e regulamenta a cobertura mínima obrigatória nos planos privados de assistência à saúde. O rol é atualizado periodicamente, a partir de amplo processo de consulta pública e debate técnico. A própria ANS, no Parecer Técnico nº 39/2018 (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2018), esclarece qual o procedimento a que está submetido:

“revisões periódicas são antecedidas por amplos debates no Comitê Permanente de Regulação da Atenção à Saúde – COSAÚDE. Esse fórum de discussão conta com a participação de representantes de consumidores, de prestadores de serviços de saúde, de operadoras de planos privados de assistência à saúde, de conselhos de profissionais

3. “Art. 4º - Compete à ANS: [...] 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.”

de saúde, de sociedades médicas e do corpo técnico da ANS”.

A agência ainda frisa que:

“para incluir ou excluir itens do Rol, ou para alterar os critérios de utilização (Diretrizes de Utilização – DUT) dos procedimentos listados, a ANS leva em consideração estudos com evidências científicas atuais de segurança, de eficácia, de efetividade, de acurácia e de custo-efetividade das intervenções. Deste modo, os procedimentos incorporados são aqueles nos quais os ganhos e os resultados clínicos são mais relevantes para os pacientes, segundo a melhor literatura disponível e os conceitos de Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS”.

O CDC também incide sobre as relações contratuais firmadas entre operadoras e consumidores.

Dessa forma, o rol de procedimentos não é definido unilateralmente por um dos contratantes, nem segue a lógica do mercado simplesmente; consiste em postura técnica e normativa estabelecida pela autoridade reguladora, quebrando a tensão naturalmente existente entre fornecedores e consumidores em contratos dessa relevância. Trata-se de disposição que atua para atribuir previsibilidade na fixação dos custos, de modo que possam ser oferecidos planos com preços mais reduzidos, ampliando-se o acesso à assistência médico-hospitalar privada às mais variadas camadas da população.

Cabe consignar, ainda no estudo dos atos normativos aplicáveis à matéria, que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) também incide sobre as relações contratuais firmadas entre operadoras e consumidores, nos mais variados aspectos, que incluem o adequado fornecimento de informações sobre os serviços, a reparação de eventuais

prejuízos, a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações e a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva.

Em razão de referida aplicação, para o que interessa a este trabalho, grande parcela da jurisprudência considera que o rol da ANS seria meramente exemplificativo e, como consequência, reconhece que a cobertura originalmente pactuada deveria ser estendida, de forma ampla, para todos os procedimentos de saúde que venham a ser requisitados por médico do beneficiário.

Todavia, conforme será mais bem abordado no próximo tópico, é de suma importância ter em conta que tal posição jurisprudencial, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não gera necessariamente vantagens à proteção do consumidor. Antes, acarreta graves impactos ao equilíbrio contratual no âmbito dos contratos de plano de saúde, que assume um alto grau de relevância em razão das particularidades desse tipo de contratação, quais sejam o seu caráter coletivo e o pressuposto do mutualismo, já que “todos os consumidores estão individualmente sujeitos a riscos que, quando geridos pela operadora, são partilhados pela coletividade” (MARINHO, 2019, p. 236).

Veja-se que, seguindo a lógica inerente a qualquer contrato de seguro, as operadoras de planos de saúde são gestoras de um fundo, que, com fundamento no mutualismo,⁴ é formado pelas

4. “O mutualismo advém de uma lógica securitária, na medida em que os participantes constituem um fundo para que, em havendo necessidade, alguns daqueles se socorram dos recursos reunidos por todos, sendo sempre da lógica deste sistema que alguns poderão nunca se utilizar de tais recursos. No caso dos planos de saúde, essa lógica não é diferente, uma vez que os usuários, por meio das mensalidades pagas à operadora, vão constituindo um fundo que é administrado pela operadora” (REZENDE, 2008, p. 193). No mesmo sentido: “O fenômeno da mutualidade – mesmo no atual contexto do seguro, desempenha função primordial no segmento: pessoas sujeitas a um mesmo risco agrupam-se e, mediante contribuição parcelada, constituem um fundo comum destinado a atender aos prejuízos porventura sofridos por quaisquer deles, com a efetivação do risco. O segurador exerce as funções de mero intermediário, arrecadando as parcelas de cada um e administrando o todo – o fundo comunitário” (POLIDO, 2007, p. 50).

mensalidades pagas pelos segurados (prêmio),⁵ e deve ser suficiente, economicamente, para o custeio de todos os riscos cobertos (sinistro), sob pena de ruína do sistema.

Desse modo, para que o sistema se mantenha sustentável, é essencial que exista previsibilidade sobre quais eventos serão, ou não, abarcados pelos planos, para que, por meio de cálculos atuariais, sejam as despesas repartidas, de forma equânime, por toda a massa de beneficiários. Como pontua Eduardo Kataoka (2014, p. 114):

“o cerne da metodologia de cálculo nos planos privados de saúde são o mutualismo e a probabilidade de ter que cobrir os custos decorrentes de tratamentos médico-hospitalares para os seus beneficiários. Neste particular, por sinal, o contrato de plano de saúde aproxima-se dos seguros. Ou seja, todos os clientes de uma carteira de operadora de plano de saúde partilham e suportam o risco coberto por meio de contribuições menores do que o prejuízo causado pela materialização deste risco. [...] Note-se, pois, que, do ponto de vista econômico-financeiro, no lugar de um segurado suportar integralmente o risco de materialização do sinistro, todos o partilham. O plano de saúde é uma técnica de solidariedade social, de dispersão (*rectius*, difusão) do risco entre todos os segurados, mas organizada por um agente privado que precisa ser remunerado para tanto”.

Diante desse quadro, o que se pode verificar é que, em processos judiciais que tenham por objeto questões relativas a contratos de plano de saúde, não se pode deixar de ter em vista o aspecto **macro** da rede de contratos. Cada contrato não pode ser

5. “A atividade desenvolvida pelas seguradoras consiste em estimar, através de cálculos atuariais, a probabilidade de ocorrência de certo fato, normalmente um evento de consequências danosas para os envolvidos. De posse desses cálculos, a seguradora procura receber dos sujeitos ao risco em questão o pagamento de uma quantia (**prêmio**) em troca da garantia consistente no pagamento de prestação pecuniária, em geral de caráter indenizatório, na hipótese de verificação do evento” (COELHO, 2010, p. 357).

considerado apenas na sua individualidade, restrito às partes litigantes. Deve, isto sim, ser considerado também de forma global, observando a coletividade de segurados envolvida e que será afetada pela decisão (TIMM; ALVES, 2007, p. 2.721).

Contudo, como se passa a expor, não é essa a postura que o Judiciário vem adotando nos últimos anos. Sob o pretenso propósito de conferir máxima proteção aos consumidores, tem-se uma **visão de túnel**⁶ de cada caso concreto, que ignora o quadro global e enseja graves repercussões sobre o sistema brasileiro de planos de saúde.⁷

3 A flexibilização adotada pelos tribunais

Muito embora a não observância dos limites pactuados no âmbito de contratos de plano de saúde gere efeitos que atingem, simultaneamente, o consumidor de forma individual, a operadora e toda a coletividade de contratantes, verifica-se que os tribunais vêm desconsiderando a autonomia privada nesse tipo de contratação, e o fazem por nobres preocupações e pela falsa percepção de que não haveria maiores consequências para a higidez do sistema e os demais consumidores. Há uma evidência de

“certo caráter assistencialista na atuação do Judiciário, justificado com base em interpretação excessivamente ampla – e em certos casos

6. Na doutrina, são recorrentes as críticas a “[...] entendimentos jurisprudenciais decorrentes da típica ‘visão de túnel’ dos processos judiciais, nos quais geralmente os aspectos particulares do caso em exame acabam prevalecendo em relação à visão panorâmica e sistêmica do assunto” (OLIVEIRA, 2010, p. 175).

7. Ao tratar da situação análoga do fornecimento gratuito de medicamentos, o ministro Luís Roberto Barroso já teve a oportunidade de observar que: “O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionadas, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas” (BARROSO, 2007, p. 32).

atécnica – de princípios como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e proteção do consumidor” (TERRA; ORLEANS, 2014, p. 64).

São comuns na jurisprudência casos em que se defere a cobertura de tratamento experimental.

Somado a esse ponto, observa-se ainda um corriqueiro equívoco quanto ao próprio objeto do contrato de plano de saúde, entendendo-se que seria relativo à proteção da vida e da saúde do segurado, quando, na verdade, como já visto, trata-se da gestão de custos que irá possibilitar o atendimento médico (TEPEDINO, 2011, p. 378). O contrato tem por objeto, nos limites da vontade dos contratantes que se ajustam às normatizações legais e administrativas, a prestação de serviços.

A título de exemplo, são comuns na jurisprudência casos em que, apesar da falta de previsão contratual ou de exigência legal, defere-se a cobertura de tratamento experimental, sem eficácia comprovada. Nesse sentido, na ocasião de recente julgamento de apelação que tratava da cobertura de tratamentos dessa espécie,⁸ o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) entendeu que, mesmo não constando do rol da ANS, a exclusão contratual do tratamento “afrontaria a própria função social do contrato de plano de saúde”. No mesmo julgado, a corte paulista frisou que:

“o contrato deve se ajustar aos avanços da medicina, cabendo ao profissional da área a indicação do tratamento adequado ao seu paciente, não se admitindo interferência do convênio para este fim, muito menos a exclusão do procedimento indicado sob pena de violar o próprio objeto

8. TJSP, Ap. Civ. nº 1001192-38.2019.8.26.0663, 10ª C.D.P., Rel. Des. Coelho Mendes, j. 28/1/2020.

contratado, qual seja, a proteção da vida e da saúde do segurado”.

Há, nesse raciocínio, uma falha de premissa importante: não é “o convênio” que interfere para definir o espectro mínimo de serviços cobertos; é por meio de análise clínica e atuarial que a autoridade administrativa, em debate público com a comunidade médica, define o rol de eventos a serem objeto de cobertura obrigatória. A partir desse parâmetro, as operadoras de planos de saúde oferecem gama de produtos com coberturas variadas para os diferentes perfis de consumidores.

Com esse entendimento, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de plano de saúde, que se baseia no mutualismo e no caráter comunitário do contrato formado pela massa de segurados, “acaba sendo completamente desconsiderado em virtude da imprecisão estabelecida no que concerne ao objeto do contrato de planos de saúde” (TEPEDINO, 2011, p. 383) e, igualmente, pela utilização genérica e não fundamentada de princípios contratuais, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Quanto ao ponto, Maria Proença Marinho (2019, p. 240) constatou, com base em pesquisa que levou em conta decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferidas entre os anos de 2014 e 2016, que:

“há uma percepção geral de que os contratos celebrados com os planos privados de assistência à saúde têm como finalidade a tutela da vida e da saúde do consumidor, razão pela qual se tende a declarar a abusividade de qualquer cláusula que limite o acesso do consumidor ao tratamento indicado por seu médico. A função social do contrato, por sua vez, é comumente utilizada nessa seara com fundamento para a proteção dos interesses individuais do consumidor, não se atentando para o mutualismo que caracteriza esse tipo de contratação”.

Todavia, o que se verifica é que, ao se empregar esse entendimento de forma geral, há, na realidade, um “verdadeiro desprestígio à função social do

contrato”, já que são gerados custos que não foram previstos com relação aos consumidores favorecidos por decisões judiciais pontuais,

“despesas essas que terminam repercutindo no aumento dos prêmios dos planos de saúde em geral⁹ e impedem, ao fim e ao cabo, o acesso de várias pessoas à contratação” (TERRA; ORLEANS, 2014, p. 71).

Não se pode deixar de mencionar, ainda, que tal postura de ativismo judicial desconsidera o próprio papel da ANS enquanto autarquia com competência para regular o setor da saúde suplementar (v. art. 4º, inciso III, da Lei nº 9.961/2000), bem como as normas incidentes, em especial a Resolução Normativa nº 428/2017 (a última que atualizou o rol da ANS), na qual estão previstos os procedimentos que são considerados de cobertura obrigatória. Assim, a decretação de nulidade pelos tribunais das cláusulas que respeitam a disciplina legal e regulamentar “representa inobservância da lei e da regulamentação da ANS pelo Poder Judiciário sem a imprescindível discussão acerca de sua constitucionalidade ou legalidade”, de modo que o que deveria ser feito “é discutir a constitucionalidade da lei ou a legalidade do ato regulamentar, e não determinar a invalidação destas cláusulas perfeitamente válidas e eficazes à luz do direito positivo” (TEPEDINO, 2011, p. 403).

No entanto, não só esse *iter* lógico não é seguido, como o Judiciário, em relação ao rol de procedimentos, de forma recorrente, simplesmente anota que “este rol é exemplificativo, impondo-se uma interpretação mais favorável ao consumidor”,¹⁰

9. Nesse sentido: “Quando a seguradora é condenada a pagar indenização não prevista deve ela despendar quantia não provisionada. Cria-se um desequilíbrio na malha de contratos, pois o padrão é quebrado. Assim acaba a seguradora obrigada a aumentar o preço dos serviços por ela prestados e o valor dos prêmios pagos, também procedendo com a realocação de seus recursos no plano interno da firma. O impacto imediato é verificado, portanto, no sistema de preços. A seguradora não arcará com os prejuízos oriundos das decisões judiciais, mas repassará estes custos ‘extras’ a seus clientes, ou seja, aos outros segurados” (PEREIRA JÚNIOR; NORÕES; PINHEIRO NETO, 2018, p. 355).

10. STJ, 3ª T., AgInt no REsp nº 1825755-CE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21/10/2019.

o que, na prática, o torna sem qualquer utilidade. Dessa forma, passa a ser o Judiciário o responsável por definir, de acordo com o entendimento de cada julgador em cada caso específico, quais procedimentos devem ou não ser considerados como de cobertura obrigatória, e não mais a ANS, que define suas regras a partir das discussões públicas e técnicas que ponderam sobre os avanços da medicina e o custo-efetividade dos procedimentos. A insegurança jurídica é alimentada pela equivocidade na interpretação.¹¹

Não nos parece razoável invocar o art. 51 do CDC, tampouco o art. 47 do mesmo diploma.

Quanto ao tema, cabe mencionar a crítica feita por Luciano Benetti Timm, hoje secretário nacional do Consumidor, e por Francisco Kümmel Alves (2007, p. 2.722), no sentido de que:

“não parece desejável, portanto, ficarmos, a cada litígio apreciado pelo judiciário, vinculados apenas à íntima convicção e bom senso do julgador. Abre-se ampla margem para o subjetivismo na análise do caso, e acabamos à mercê de um sentimento humanitário que leva a um posicionamento parcial por parte dos magistrados, os quais, comumente, não possuem formação multidisciplinar, desconhecendo fatores de cunho econômico, político e social”.

Em complemento, vale, ainda, destacar a observação feita por Daniel Sarmiento no sentido de que, em casos que envolvam profundos conhecimentos técnicos fora do Direito, é válido que o Poder

Judiciário assumira postura de maior autocontenção, em prol de entes que possuam a *expertise* no setor.¹²

Ademais, não nos parece razoável invocar o art. 51 do CDC,¹³ tampouco o art. 47 do mesmo diploma.¹⁴ Não é possível que a interpretação mais favorável ao consumidor conduza à negativa de vigência de outra norma legal e regulamentar aplicável ao contrato, ou que o objeto do contrato permaneça inenunciado à mudança legislativa. Logo, como advertem João de Bona Filho e Orlando Celso da Silva Neto (2013, p. 268), “deve ficar claro, entretanto, que o legislador não quis determinar que todas as cláusulas contratuais sejam interpretadas favoravelmente ao consumidor, valendo a regra deste artigo apenas para aquelas que apresentem *ambigüidade*” e que, “sendo desfavorável, porém não abusiva, mas de redação clara, será interpretada não em favor do consumidor ou do fornecedor, mas conforme sua redação. Seu conteúdo favorecerá ao fornecedor, não sua interpretação”.

A despeito do posicionamento largamente adotado pelo Judiciário, certo é que, em princípio, a limitação do objeto abrangido pelo contrato de plano de saúde, especialmente em relação aos procedimentos e eventos por ele cobertos, desde que de acordo

12. “Entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. [...] Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito – como Economia, políticas públicas e regulação. Nestes casos, deve-se reconhecer que outros órgãos do Estado estão mais habilitados para assumirem uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional” (SARMENTO, 2009, p. 137).

13. “Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]”

14. “Art. 47 - As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

11. “Em nome sobretudo da proteção do consumidor e do princípio da função social do contrato – e, muitas vezes, em prol de um único indivíduo –, verifica-se que a jurisprudência vem traçando uma perigosa trilha em direção à insegurança jurídica” (TERRA; ORLEANS, 2014, p. 68).

“com as diretrizes da lei de regência e da ANS, abrangendo as coberturas mínimas previstas no plano-referência, é legítima e válida, pelo que deve ser privilegiada a autonomia privada¹⁵ quando inexistente qualquer violação ao direito do consumidor” (TERRA; ORLEANS, 2014, p. 71).

Em face do exposto, o que se constata é que, diversamente do que vem sendo feito de forma majoritária pelos tribunais, o julgador não deve atentar tão somente para a vulnerabilidade do consumidor que se apresenta perante o Judiciário, mas

“também para a ampla regulamentação e o fino equilíbrio que caracteriza esse setor, seja no que diz respeito à relação individual entre o consumidor e a operadora, seja no que tange aos demais consumidores daquele produto” (MARINHO, 2019, p. 237).

Contudo, apesar de, até então, o cenário ser de total desprestígio à autonomia privada das partes e ao sensível equilíbrio econômico-financeiro do setor de saúde suplementar, baseado, como já exposto, na importante noção de mutualismo, a mais recente decisão da 4ª Turma do STJ sobre o tema marcou uma mudança nesse quadro que

15. Com relação ao tema, Gustavo Tepedino (2011, p. 382) pontua que “cumpre restringir a autonomia privada nestas convenções nos estritos limites necessários para não comprometer a plena realização dos interesses existenciais que tangenciam, o que o legislador cuidadosamente procurou fazer quando da elaboração da Lei 9.656/1998 (LGL\1998\100), e que é constantemente feito pela ANS em suas regulamentações. Desse modo, tanto o legislador como a ANS, atentos ao escopo de gestão de custos que anima o contrato entre os consumidores e as operadoras, buscam estabelecer restrições à autonomia privada que se limitem a preservar o ponto de encontro de tais avenças com os interesses extrapatrimoniais que, repita-se, são apenas indiretamente alcançados por estas contratações, preservando, ao máximo possível, o princípio constitucional da autonomia privada”. Em sentido semelhante: “Observadas essas premissas normativas, realizam-se negócios de assistência privada à saúde, conformes à lógica jurídica e econômica dos contratos. Os magistrados, também adstritos à lei, deveriam respeitar essa base negocial, cabendo-lhes atuar para corrigir distorções que se originassem da falta de respeito aos dispositivos contratuais, sem adulterar a própria lógica do negócio realizado. No entanto, quando ignoram a base normativa substancial do negócio, incorrem em prática do ativismo judicial, pois exorbitam do poder que lhes deu a Lei” (PEREIRA JÚNIOR; NORÕES; PINHEIRO NETO, 2018, p. 357).

pode vir a consolidar um novo paradigma a ser adotado pelos tribunais do país.

4 Novo paradigma adotado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça

A 4ª Turma do STJ, ao julgar o REsp nº 1.733.013-PR, em 10 de dezembro de 2019, proferiu decisão unânime na qual adotou o entendimento de que o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, previsto na Resolução Normativa nº 428/2017, não é meramente exemplificativo e, sim, corresponde ao mínimo obrigatório para as operadoras de plano de saúde.¹⁶ O colegiado negou provimento, então, ao recurso da beneficiária que pretendia que o plano cobrisse tratamento não incluído no rol.¹⁷

Diante da “relevância da matéria do tema e da constatação de que o recurso devolv[ia] nuance ainda não detidamente abordada na jurisprudência do STJ, à luz do que preceitua o art. 138¹⁸ do CPC”,¹⁹ o relator do recurso, ministro Luis Felipe Salomão, deu a oportunidade para que diversas entidades interessadas pudessem intervir na discussão na qualidade de *amici curiae*, de modo que a decisão da 4ª Turma foi precedida de um amplo debate técnico e especializado sobre a questão.

Na ocasião do julgamento, o ministro relator pontuou que há precedentes da 3ª Turma do STJ no sentido de que o rol da ANS seria meramente

16. Houve, portanto, uma “mudança do entendimento do colegiado (*overruling*)” (STJ, 4ª T., REsp nº 1733013-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/12/2019).

17. STJ, 4ª T., REsp nº 1733013-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/12/2019.

18. “Art. 138 - O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.”

19. STJ, 4ª T., REsp nº 1733013-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/12/2019.

exemplificativo e de que o fato de um procedimento não constar daquela lista não desobriga o plano de custeá-lo, caso seja indicado pelo médico para tratar doença prevista contratualmente, sendo este também, em larga medida, o posicionamento da 4ª Turma até aquele momento.

As decisões judiciais que impõem coberturas sem amparo legal causam distorções no custeio das operadoras.

No entanto, o ministro rechaçou essa compreensão e destacou que considerar o rol como meramente exemplificativo “representaria, na verdade, negar a própria existência do ‘rol mínimo’ e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais ampla faixa da população”. Nesse sentido, afirmou, ainda, que o plano básico de referência, instituído pelo art. 10 da Lei nº 9.656/1998 e regulamentado pela ANS, foi criado como um mínimo, justamente para ser acessível à grande parcela da população não atendida pelas políticas públicas de saúde. Conforme elucidado no acórdão,

“o rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população”.²⁰

De outro ângulo, também foi ressaltado que a ideia de lista exemplificativa, ao contrariar os dispositivos legais que preveem o plano básico de referência e a possibilidade de contratação de planos com outras coberturas, que vão além do mínimo obrigatório, acaba por restringir a livre concorrência, estabelecendo “a mais ampla, indiscriminada e completa cobertura a todos os planos e seguros

de saúde”. Desse modo, a tese anteriormente prevaiente de que a cobertura mínima não deveria ter limitações definidas gera o efeito de simplesmente padronizar todos os planos, de modo a obrigar as operadoras, de forma tácita, a fornecer qualquer tratamento prescrito pelo médico – visto que, para essa linha da jurisprudência, o plano pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica.²¹

Além disso, o ministro relator também frisou que, conforme as manifestações dos *amici curiae* ANS, Instituto Brasileiro de Atuária e, inclusive, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – órgão responsável por defender os interesses dos consumidores e garantir que seus direitos seriam resguardados na decisão que viria a ser proferida –, “o rol propicia a previsibilidade econômica necessária à precificação de planos de saúde”. Por fim, vale destacar que igualmente se apontou que as decisões judiciais que impõem coberturas sem amparo legal podem favorecer diretamente alguns consumidores, de forma individual, mas causam distorções no custeio e nos cálculos atuariais das operadoras – o que encarece os planos e restringe ainda mais o acesso das pessoas mais vulneráveis à assistência médico-hospitalar privada.²²

O novo entendimento da 4ª Turma do STJ rompe a jurisprudência então dominante e atribui, assim, a devida importância ao sensível equilíbrio contratual característico dos contratos de plano de saúde, baseado no caráter comunitário da contratação e no mutualismo que a ela é inerente. Para tanto, analisa o direito dos consumidores em um plano **macro**, sem levar em conta apenas o interesse individual daquele que é o autor da demanda, destacando-se a importância do mínimo obrigatório que constitui o rol da ANS, entendido

²⁰. STJ, 4ª T., REsp nº 1733013-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/12/2019.

²¹. STJ, 4ª T., REsp nº 1733013-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/12/2019.

²². STJ, 4ª T., REsp nº 1733013-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/12/2019.

como uma garantia do consumidor para assegurar o seu acesso à saúde suplementar em preços acessíveis que contemplem a mais ampla parcela da população.

5 Conclusão

Os contratos de plano de saúde são amplamente regulados pela legislação pátria e pela ANS e neles é marcante a relevância do equilíbrio contratual, em virtude da lógica de mutualismo que lhes é inerente. Diante disso, é fundamental, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de todo o setor de saúde suplementar, que, havendo uma limitação dos procedimentos e eventos cobertos por esses contratos baseada no mínimo assistencial estabelecido pela lei e pela ANS, seja essa considerada válida e legítima.

Assim, o julgador, ao analisar esse gênero de questão, deve atentar não somente para a vulnerabilidade do consumidor individualmente considerado, mas também para os consumidores em uma perspectiva global, de modo a contribuir para evitar que os custos arcados pelos outros segurados aumentem e para que possam ser disponibilizados planos com um valor mais acessível no mercado, possibilitando o acesso da mais ampla parcela da população à assistência médico-hospitalar privada.

Apesar de o cenário até então consolidado na jurisprudência pátria destoar de tal orientação, já é possível visualizar importante movimento de valorização do equilíbrio contratual, conforme a mais recente decisão da 4ª Turma do STJ sobre o tema, que pode vir a consolidar um novo paradigma no setor. ■

Bibliografia

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Parecer Técnico nº 39/GEAS/GRAS/DIPRO/2018*. 2018. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/parecer_tecnico/uploads/parecer_tecnico/_PARECER_39-2018_PILATES%20RPG%20HIDROTERAPIA%20EQUOTERAPIA_VERSO%20FINAL_28122017.pdf. Acesso em: 14 fev. 2020.

BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. O papel das agências reguladoras no Brasil e a regulamentação do setor da saúde. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, v. 5, n. 28, p. 37-49, ago. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.

BONA FILHO, João de; SILVA NETO, Orlando Celso da. Notas sobre livre convencimento do consumidor e interpretação contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 86, p. 253-270, mar. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 3: Contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUERRA, Sergio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

KATAOKA, Eduardo Takemi. A cláusula de reajuste por sinistralidade no contrato de plano de saúde coletivo. *Revista dos Tribunais*, v. 944, p. 113, jun. 2014.

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*. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 231-244.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Estado democrático de direito e correção legislativa da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 73, p. 160-191, out./dez. 2010.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; NORÕES, Mariane Paiva; PINHEIRO NETO, Francisco Miranda. Análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça a partir das características do negócio jurídico de assistência privada à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 118, p. 331-361, jul. 2018.

POLIDO, Walter Antonio. *Sistemas jurídicos: codificação específica do contrato de seguro. Da necessidade ou não*

Bibliografia

da positivação de microsistema para o direito securitário brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 864, p. 45-63, out. 2007.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. Cálculo atuarial, mutualismo, equilíbrio econômico e plano de saúde: uma abordagem sobre dois julgados. *In*: PIRES, Danielle da Silva; AGUIAR, Livia Campos de; SOUZA, Jordana Miranda (Coord.). *Judicialização da saúde suplementar*. Belo Horizonte: Unimed, 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

TEPEDINO, Gustavo. Sociedades operadoras de plano de saúde e responsabilidade civil. *In*: *Soluções práticas*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. A tutela da autonomia privada e a utilização atécnica dos novos princípios contratuais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 945, p. 59-78, jul. 2014.

TIMM, Luciano Benetti; ALVES, Francisco Kümmel. *Custos de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável?* Manaus: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi), 2007. p. 2.706-2.728.