



## ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A PARTIR DAS CARACTERÍSTICAS DO NEGÓCIO JURÍDICO DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

Analysis of the decisions of the Brazil's Superior Court of Justice about the characteristics of the legal business of private health insurance  
Revista de Direito do Consumidor | vol. 118/2018 | p. 331 - 361 | Jul - Ago / 2018  
DTR\2018\19475

Antonio Jorge Pereira Júnior

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP-Brasil). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR).  
antoniojorge2000@gmail.com

Mariane Paiva Norões

Mestranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Pesquisadora-bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Advogada.  
marianenoroes@hotmail.com

Francisco Miranda Pinheiro Neto

Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). Advogado. drpinheironeto@yahoo.com.br

Área do Direito: Consumidor

Resumo: O artigo é parte da análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça, julgadas em 2016, em matéria de contratos de assistência privada à saúde, com o objetivo de verificar o comportamento da Corte relativamente aos elementos categoriais do negócio jurídico respectivo, tais como a cobertura, a forma de financiamento, o preço e a rede credenciada. A metodologia utilizada foi de tipo documental-bibliográfico, com pesquisa pura de abordagem qualitativa, descritiva e exploratória. Concluiu-se, pela amostragem realizada, que o STJ ultrapassou limites de sua competência na revisão contratual, ao avançar sobre os elementos estipulados pelas partes em plena conformidade com a Lei 9.656/98 e a Agência Nacional de Saúde Suplementar, incorrendo, assim, em ativismo.

Palavras-chave: Assistência privada à saúde – Elementos categoriais – Lei 9 - 656/98 – Negócio jurídico – Superior Tribunal de Justiça

Abstract: The article is based on the analysis of decisions of the Brazil's Superior Court of Justice (SCJ), adjudicated in 2016, on contracts for private health care, with the objective of verifying the Court's behavior regarding the categorical elements of the respective legal business, such as coverage, the form of financing, the price and the accredited network. The methodology used was documentary-bibliographic, with a pure qualitative, descriptive and exploratory approach. It was concluded from the sampling carried out that the Brazilian SCJ exceeded limits of its competence in the contractual review, by advancing on the elements stipulated by the parties in full compliance with Law 9,656/98 and the National Supplementary Health Agency, in activism.

Keywords: Private health care – Categorical elements – Federal Law 9,656/98 – Juridical business – Health insurance; Superior Justice Tribunal

Sumário:

1 Introdução - 2 Teoria geral do negócio jurídico - 3 Negócio jurídico de assistência privada à saúde: conceito e características - 4 Pesquisa empírica e documental: Jurisprudência do STJ - 5 Ativismo judicial e suas consequências ao negócio jurídico de assistência privada à saúde - 6 Conclusão - Referências



## 1 Introdução

Na presente introdução, viu-se oportuno apresentar um amplo retrato da contratação de serviços de assistência privada à saúde no Brasil, de modo a pontuar o âmbito da autonomia privada no setor de saúde suplementar e algumas breves considerações dos fenômenos que cercam a atividade judicial aplicada ao tema.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 199, caput, autorizou às instituições privadas a prestação de serviços de assistência à saúde. Este serviço pode ser prestado de duas formas: complementar e suplementar. A participação do ente privado na modalidade complementar se dá mediante contrato de direito público ou convênio junto ao Sistema Único de Saúde (doravante SUS), e sob as diretrizes e financiamento deste. Por sua vez, a saúde suplementar é aquela prestada pelos entes particulares – hospitais, ambulatórios, clínicas, dentre outros – com custeio exclusivamente privado e sem qualquer vinculação com o SUS. O financiamento dos serviços de saúde suplementar pode ocorrer diretamente pelo usuário ou por meio de contratação voluntária dos planos e seguros de saúde, que intermediam o pagamento dos serviços aos prestadores.

Por quase dez anos, a contar da promulgação da Constituição, não houve lei específica que tratasse acerca da instituição e do regime das operadoras de planos de saúde, e muito menos de sua fiscalização. Apenas os seguros de assistência à saúde, em caráter excepcional, submetiam-se ao controle econômico-financeiro da Superintendência de Seguros Privados (doravante SUSEP).

Em 03 de junho de 1998, foi sancionada a Lei 9.656, conhecida como Lei dos Planos de Saúde. Posteriormente, em 28 de janeiro de 2000, por meio da Lei 9.961, criou-se a Agência Nacional de Saúde Suplementar (doravante ANS), com competência para regular e fiscalizar a atividade econômica dos planos e seguros de saúde. A partir deste marco regulatório, as operadoras de planos de saúde, para poderem atuar no mercado, deveriam observar o disposto na Lei 9.656/98 (LGL\1998\100) e nas resoluções da ANS.

De acordo com o caput do art. 10 da Lei 9.656/98 (LGL\1998\100), as operadoras de saúde se obrigam a ofertar, dentre outros produtos, o chamado “plano-referência”. Aludido dispositivo estabelece o mínimo de serviços privados a serem disponibilizados, sem prejuízo de a operadora oferecer ainda outros produtos diferenciados.

Uma vez que a lei prevê o “plano-referência”, muitos entendiam não ser cabível falar em “cobertura ilimitada”. Como o financiamento dos planos de saúde é exclusivamente privado, a sustentabilidade do setor depende da liberdade de oferta de modalidades de diferentes coberturas. Do contrário, poder-se-ia inviabilizar a demanda, a preço acessível, a quase 70 milhões de consumidores.<sup>1</sup>

A própria Lei 9.656/98 (LGL\1998\100), no mesmo art. 10, prevê exceções à cobertura de tratamentos, bem como a ANS, por meio de resoluções, especialmente a de 387/2015,<sup>2</sup> estabelece o rol de assistência mínima dos planos de saúde, regulamenta a forma de prestação dos serviços contratados pelos consumidores e, inclusive, permite a exclusão de tratamentos e procedimentos assistenciais, como aqueles previstos no seu art. 20.

Permitem-se, logo, cláusulas limitativas que excluem alguns procedimentos médicos da cobertura, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro entre as contraprestações pecuniárias pagas e os serviços cobertos pelas operadoras.<sup>3</sup> Outrossim, a ANS atua com poder normativo e fiscalizador.<sup>4</sup> Desse modo, sua presença nessa tríade negocial legítima e consolida a correição do pactuado.

Todavia, o Poder Judiciário, no primeiro e no segundo grau notadamente, quando instado a se manifestar sobre os serviços privados de saúde, em larga maioria, decide no sentido de obrigar as operadoras a fornecerem tratamentos mais onerosos do que os



albergados pelo contrato ou pelas resoluções da ANS, ou mesmo por outros órgãos públicos. Não é difícil ilustrar esta assertiva.

O Superior Tribunal de Justiça (doravante STJ), responsável por uniformizar as decisões em âmbito nacional, em 2007, firmou entendimento no sentido de que “o plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão por ele cobertas, porém não qual dos tipos de tratamento está alcançado para a respectiva cura” (REsp68.216-SP),<sup>5</sup> ensejando o Informativo 0313. Esta ingerência do Poder Judiciário nas relações privadas, na função legislativa do Poder Legislativo e, até mesmo, na interpretação de uma lei pelas agências reguladoras é denominada ativismo judicial.<sup>6</sup>

O conhecimento de tais decisões contribuiu para o crescimento elevado de ações visando o custeio total e irrestrito sobre qualquer procedimento, mesmo aqueles experimentais e de custo elevado.<sup>7</sup> Tal fenômeno é chamado de judicialização.<sup>8</sup> Os dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça (doravante CNJ) confirmam a judicialização da saúde no Brasil.

Em 2011, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça Estaduais receberam 240.980 processos judiciais com pedido de prestação de serviços de saúde, público e privado. Em 2014, houve um aumento no número dessas ações. Registraram-se 62.291 processos em trâmite nos Tribunais Regionais Federais e 330.630 processos em trâmite nos Tribunais de Justiça Estaduais, sem contar os casos dos Tribunais de Justiça dos Estados do Amazonas, Pernambuco e Paraíba, que não informaram ao CNJ o número de ações recebidas em matéria de serviço à saúde.<sup>9</sup> Mesmo antes desse lapso, no Estado de Minas Gerais, a Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., mediante pesquisa de jurisprudência, fazia notar que, de 2005 a 2009, houvera um aumento de 67% do número de acórdãos no Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre pedidos assistenciais ajuizados contra as operadoras de planos de saúde.<sup>10</sup>

O excesso de decisões ativistas pode acarretar a chamada politização da Justiça.<sup>11</sup> Esta expressão quer designar outro fenômeno que se vincula ao ativismo, mas com ele não se confunde. Por politização da Justiça, quer-se alertar à apropriação, pelo Poder Judiciário, da tomada de decisões que pertenceriam a instituições que, presume-se, estariam mais habilitadas para tanto. Ademais, uma vez que as decisões judiciais se dão em casos particulares – microjustiça –, todavia com evidentes reflexos no sistema privado de saúde – macrojustiça – e em face da crescente judicialização, a inobservância dos efeitos sistêmicos e das consequências sociais e políticas das decisões pode levar à instabilidade econômico-financeira de todo o setor.

Não seria razoável exigir juridicamente das operadoras de planos de saúde tratamento diverso daquele a que se obrigou válida e preteritamente. Decisões judiciais não devem ter o condão de desconstituir o negócio jurídico existente, válido e eficaz, segundo a ordem jurídica vigente.

O presente artigo, portanto, se propõe a realizar uma análise de algumas decisões do STJ, a partir das características do negócio jurídico de assistência privada à saúde, a fim de verificar se o referido Tribunal observa as características do negócio jurídico, respeitando-se a autonomia privada das partes contratantes e as regras típicas do contrato de assistência privada à saúde.

A metodologia de pesquisa, quanto à abordagem ou à natureza do estudo, é qualitativa, do tipo bibliográfico e documental, com investigação realizada em livros, teses de doutorado, artigos científicos de periódicos nacionais, legislação brasileira, jurisprudência do STJ – com base nas palavras-chave “plano de saúde”, “contrato” e “cobertura”, no intervalo de tempo entre 01 de janeiro de 2016 e 31 de dezembro de 2016 e nos acórdãos dos Recursos Especiais – e dados oficiais publicados na Internet. Quanto à finalidade, a pesquisa é descritiva e exploratória, porque se buscou expor as características do negócio jurídico de assistência privada à saúde e investigar quanto o ativismo judicial pode prejudicá-lo.



Nos primeiros tópicos, o presente estudo abordará as características do contrato de plano de saúde, com base na Teoria Geral do Negócio Jurídico e na legislação vigente, composta, notadamente, pelo Código Civil (LGL\2002\400), Código de Defesa do Consumidor, Lei 9.656/98 (LGL\1998\100) e pelas Resoluções Normativas da ANS. Em seguida, serão analisadas algumas demandas envolvendo plano de saúde julgadas pelo colegiado do STJ no ano de 2016. Finalmente, serão consideradas possíveis consequências do ativismo judicial no que concerne à desnaturação do negócio jurídico de assistência privada à saúde.

## 2 Teoria geral do negócio jurídico

A título ilustrativo, uma vez que não sendo o objetivo central desse artigo, mas em razão da necessidade de identificação dos elementos próprios da autonomia privada nos contratos de plano de saúde, após a modulação legal das competências, neste tópico, se fez uso da doutrina qualificada de Antônio Junqueira de Azevedo, falecido em 2009, desenvolvida no último quarto de século.

O referido titular da Universidade de São Paulo fez-se em vida eminente pesquisa sobre o tema, sendo perpetuada sua influência pelo fato de muitos dos atuais professores de Direito Civil da respectiva Universidade terem sido diretamente orientados em suas respectivas teses por ele, nessa matéria, além da expansão de sua influência aos professores de outras instituições brasileiras que foram também por ele orientados. Reconhece-se ainda sua presença em muitas das principais obras monográficas sobre o tema ou conexas a ele.

A Teoria Geral do Negócio Jurídico aponta os elementos caracterizadores dos negócios jurídicos. Desse modo, este artigo valeu-se de modo especial de autores de referência no tema, como Antônio Junqueira de Azevedo – Negócio jurídico: existência, validade e eficácia – e Emílio Betti – Teoria Geral do Negócio Jurídico –, para identificar uma categoria específica de negócio jurídico: o contrato de assistência privada à saúde.

Antônio Junqueira de Azevedo, autor da concepção estrutural do negócio jurídico, definiu o negócio jurídico como “manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias, circunstâncias negociais, que fazem com que ela seja vista socialmente destinada a produzir efeitos jurídicos”.<sup>12</sup> A partir desse conceito, o referido autor afirma que o negócio jurídico é constituído de elementos gerais, categoriais e incidentais.

Os elementos gerais do negócio jurídico são subdivididos em extrínsecos e intrínsecos. Os elementos extrínsecos seriam o tempo, o lugar e o agente. Os elementos intrínsecos, por sua vez, seriam a forma (escrita, oral, dentre outros), o objeto (conteúdo contratual) e as circunstâncias negociais, que geram a percepção social de que o ato deve produzir efeitos jurídicos. Os elementos categoriais, por sua vez, são próprios para caracterizar o tipo de negócio jurídico: compra e venda, doação, locação, testamento etc. – no caso deste artigo, o “negócio jurídico de assistência privada à saúde”. Em conclusão dessa breve classificação, há ainda que citar os elementos particulares ou incidentais – a condição, o termo e o encargo –, que individualizam o negócio jurídico no caso concreto. São sempre voluntários e em número indeterminado.<sup>13</sup>

No que se refere ao negócio jurídico de assistência privada à saúde, buscar-se-á conhecer, com prioridade, os seus elementos categoriais. De forma geral, os elementos categoriais subdividem-se em elementos essenciais ou inderrogáveis e elementos categoriais naturais ou derogáveis. Se faltar um elemento categorial essencial ou inderrogável, o negócio não existe enquanto tal, sendo caso de requalificá-lo, se possível, como outro negócio, diverso. Por outro lado, se faltar um elemento natural ou derogável, o negócio jurídico não se desconstitui.<sup>14</sup>

Partindo dessas premissas iniciais da Teoria Geral do Negócio Jurídico, passa-se à conceituação e análise das características dos contratos de planos de saúde, por meio da legislação vigente, composta pelo Código de Defesa do Consumidor, Código Civil



(LGL\2002\400), Lei 9.656/98 (LGL\1998\100) e pelas Resoluções Normativas da ANS.

### 3 Negócio jurídico de assistência privada à saúde: conceito e características

No terceiro ponto do artigo apresentam-se os elementos de delimitação legal, judicial e administrativo (Agência Nacional de Saúde Suplementar), específicos para o mercado da assistência privada à saúde, conforme sedimentados pelos órgãos competentes, para fixação das fronteiras da autonomia privada.

Dada a modalidade de contratação e o volume massivo de segurados ou beneficiários, as relações entre as operadoras de saúde e respectivos clientes, restou interpretada tecnicamente como relação de consumo, conforme preconiza a súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde". À época da edição da súmula, questionava-se: (1) se o CDC (LGL\1990\40) aplicar-se-ia aos contratos firmados após a edição da Lei 9.656/98 (LGL\1998\100); e (2) se a Lei 9.656/98 (LGL\1998\100) aplicar-se-ia aos contratos firmados antes de sua entrada em vigor.

A observação do ementário de precedentes<sup>15</sup> destacados para elaboração da súmula definiu a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a todos os contratos de planos e seguro de saúde, independente de quando haviam sido firmados, e a aplicação da Lei dos Planos de Saúde apenas aos contratos celebrados posteriormente à mesma. Na maioria dos casos, a justificativa pela aplicação do CDC (LGL\1990\40) se dava pelo caráter de trato sucessivo dos contratos de saúde, renovando-se ao longo do tempo e submetendo-se às legislações supervenientes, bem como pelo fato de ser a saúde um direito básico do consumidor, consoante art. 6º, inciso I, do CDC (LGL\1990\40).

Evidentemente, aplicam-se aos planos de saúde diversas outras disposições consumeristas, como a vedação à práticas ou cláusulas abusivas, a proteção ao contrato de adesão e a inversão do ônus da prova. A própria lei que regulamenta o setor – Lei dos Planos de Saúde – possui várias estipulações que, em evidente caráter protetivo ao consumidor, salvaguardam o usuário de situações de extrema desvantagem, como o direito à renovação automática (art. 13), vedação à limitação de prazo de internação (art. 12, II), vedação à rescisão unilateral por parte da operadora (art. 13, III), bem como impede a recusa de contratação em face da idade (art. 14).

Com efeito, o contrato celebrado entre a operadora de planos e seguros de saúde e o beneficiário é claramente uma relação de consumo, visto que os seus usuários, ao serem destinatários finais dos serviços ofertados pelos planos, estão sob o conceito legal de consumidor (art. 2º, CDC (LGL\1990\40)). Enquanto que as operadoras, ao oferecerem os serviços de assistência à saúde, de forma reiterada e mediante remuneração, subsumem-se ao conceito legal de fornecedor (art. 3º, CDC (LGL\1990\40)).

Outrossim, de acordo com Ricardo Maia Oliveira,<sup>16</sup> o consumidor é "a base de toda a atividade econômica imediata", bem como a parte vulnerável da relação de consumo. Por isso, o autor citado explica que o consumidor (ainda) exige a presença do Estado na regulamentação da atividade econômica, para harmonizar os interesses, coibir preventiva e repressivamente os abusos e garantir a melhoria no fornecimento de serviços.

Embora haja desigualdade entre os contratantes, o contrato de seguro saúde também constitui uma espécie de contrato civil – contrato de seguro. Essa característica é importante para o estudo ora levado a efeito. Ocorre que o contrato de seguro é caracterizado pela insegurança e tem a incerteza como um de seus pressupostos.<sup>17</sup> Tal aleatoriedade, notadamente na sistemática legislativa civil pátria, merece algumas considerações.

Após o Código Civil de 2002, o objeto do contrato de seguro deixou de ser unicamente o pagamento de uma indenização, e passou a ser também o "de garantir interesse



legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados” (art. 757).

Dessa feita, o contrato de seguro, através da mudança de interpretação de seu objeto, deixa de ter como característica primordial a aleatoriedade. Ou seja, quando do momento de sua celebração, o mesmo passa a ser, também, comutativo, restando às partes a certeza da prestação e da contraprestação. Todavia, do ponto de vista da indenização, o contrato permanece como aleatório, uma vez que é desconhecido o risco da materialização do sinistro.<sup>18</sup>

No que tange à Lei 9.656/98 (LGL\1998\100), é necessário expor o conceito de plano privado de assistência à saúde, definido em seu art. 1º, I, in verbis:

Prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Com base nessa definição de plano de saúde e em doutrina especializada no tema<sup>19</sup>, identificam-se como elementos categoriais do negócio jurídico de assistência à saúde: 1) cobertura; 2) forma de custeio; 3) preço e 4) rede credenciada, contratada e referenciada. Outros elementos categoriais podem ser somados a esta lista, como a abrangência geográfica do negócio pactuado. Porém, em razão de corte epistemológico, o artigo se desenvolverá em torno dos elementos enumerados, porque em geral é a partir deles que surgem controvérsias judiciais.

A operadora, ao elaborar o contrato de assistência privada à saúde, pode dar origem a várias espécies de planos. O principal é o chamado “plano-referência de assistência à saúde”, conceituado como “o padrão de assistência médico-hospitalar porque conjuga a cobertura ambulatorial, hospitalar e obstetrícia”.<sup>20</sup> O art. 10 da Lei 9.656/98 (LGL\1998\100) o institui nos seguintes termos:

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: [...]

O plano em questão é o quadro-padrão de assistência, o qual todas as operadoras de saúde têm a obrigação de oferecer aos seus consumidores. Nele são ofertados os serviços existentes nos planos ambulatorial, hospitalar e obstetrício, com modelo-referência de atendimento em enfermagem e delimitado à cobertura regional individualmente contratada.

Na definição das coberturas garantidas, há de se ter em mente o rol de procedimentos garantidos pela ANS, o qual era regulamentado pela Resolução Normativa 387, de 28 de outubro de 2015, e, atualmente, é disciplinado pela Resolução Normativa 428, de 07 de novembro de 2017. Além do rol de procedimentos, a ANS regula a forma de custeio, os aspectos econômico-financeiros e a política de reajuste de preços.

No que tange à forma de custeio, a ANS, por meio da Resolução Normativa 191/09, instituiu o Fundo Garantidor do Segmento de Saúde Suplementar - FGS, cuja gestão é das operadoras de planos de saúde. Todas as mensalidades pagas pelos beneficiários



irão para esse fundo mútuo (baseado na solidariedade), a fim de custear as despesas assistenciais e não assistenciais da atividade econômica dos planos de saúde com seus usuários.

A ANS regula ainda os critérios de reajuste de preços que podem ser aplicados pelos planos de saúde. Há dois reajustes de preço autorizados pela ANS: reajuste por mudança de faixa etária e reajuste anual. O reajuste por mudança de faixa etária está previsto pela Resolução Normativa 63/03. Nela, estabelecem-se dez faixas etárias e se determina que a variação acumulada entre a sétima e décima não pode ser maior do que a acumulada entre a primeira e a sétima. Com relação ao valor da última faixa etária, este não pode ser superior a seis vezes o valor da primeira.<sup>21</sup>

Já a Resolução Normativa 171/08 prevê critérios para o reajuste anual das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência suplementar à saúde. O seu art. 2º impõe aos planos individuais prévia autorização da ANS para o reajuste anual. Esse não pode ultrapassar o índice fixado pela agência reguladora, ainda que comprovada, tecnicamente, a necessidade de reajuste maior. A título de exemplo, o Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS<sup>22</sup> documentou que o índice de variação de custos médico-hospitalares para planos individuais atingiu 19,4% no período de 12 meses, terminados em setembro de 2016. Porém, a ANS<sup>23</sup> fixou em até 13,55% o índice de reajuste a ser aplicado aos planos de saúde médico-hospitalares individuais e familiares no período compreendido entre maio de 2017 e abril de 2018, a partir da data de aniversário do contrato.

Com relação à rede credenciada, quarto elemento categorial do negócio jurídico de assistência privada à saúde, vale mencionar que, ao lado das operadoras, há o conjunto dos profissionais da medicina e prestadores de serviços, como os hospitais, clínicas, consultórios, laboratórios e centros de diagnósticos.<sup>24</sup> Desse modo, os referidos contratos de planos de saúde envolvem inúmeros participantes, justificando-se a existência de redes de contratos que viabilizam o serviço de natureza complexa.<sup>25</sup>

Como se pode observar, a ANS regula de modo ostensivo e extensivo a atividade econômica e de assistência à saúde do setor de saúde suplementar, demonstrando, assim, que o Estado exerce considerável influência em um campo que está adstrito às regras da economia de mercado.

Uma vez que os contratos entre as operadoras de saúde e seus clientes estão conforme a legislação, e, por isso mesmo, aprovados pela ANS, causa espécie uma determinação judicial afirmar que as regras contratuais de tal forma estabelecidas sejam declaradas ilegais ou não cabíveis ao caso concreto. Não se está a dizer que os contratos e as condutas das operadoras e entidades parceiras não possam falhar. Mas a praxe jurisdicional contemporânea e o elevado número de julgados podem indicar falta de acuidade judicial em alguns dos graus de jurisdição. Necessário, portanto, analisar as decisões judiciais sobre saúde suplementar e discorrer acerca do chamado ativismo judicial.

#### 4 Pesquisa empírica e documental: Jurisprudência do STJ

Diante do conjunto de dados acima apresentados, parte-se para a análise das decisões do STJ de 2016 sobre a matéria, com vistas a identificar se houve o devido respeito à esfera da autonomia privada, a partir dos elementos típicos do contrato de plano de saúde celebrado entre empresas privadas e consumidores. Por isso, a subdivisão em subtópicos relativos ao âmbito de competência contratual dos entes particulares, nos quais se analisam as decisões correlatas (itens 4.1 a 4.4). Faz-se ainda, no último subtópico (4.5), uma avaliação acerca da fundamentação e do respectivo dispositivo das decisões avaliadas, com o intuito de diferenciar se eventual ativismo judicial se consuma na própria argumentação e/ou no comando final da decisão, com vistas a fazer notar que a despeito de uma solução ad hoc, aparentemente afeita à autonomia, pode haver um pensamento intervencionista não extravasado na disposição.



A pesquisa jurisprudencial ora apresentada teve como objetivo avaliar julgados de 2016 que lidassem com os elementos categoriais dos contratos de planos de saúde referidos acima, de modo a verificar se houve desconsideração dos ministros com relação a tais elementos, mediante prática de ativismo judicial.

De modo ordinário, os julgados do STJ podem ser encontrados na seção "Jurisprudência" do sítio eletrônico da Corte ("<http://www.stj.jus.br/SCON/>"), no qual é permitido realizar pesquisa com filtros por vocábulos, intervalo de tempo e tipo de decisão. Desse modo, os vocábulos inseridos no campo "pesquisa livre" foram "plano de saúde" e "contrato" e "cobertura". Elegeu-se ainda o intervalo de tempo entre 01 de janeiro de 2016 e 31 de dezembro de 2016, residindo o foco do estudo nos "acórdãos" dos Recursos Especiais, excluindo-se os embargos de declaração, agravos internos e os agravos regimentais nos recursos especiais.

Para facilitar a visualização do processo de triagem da pesquisa, segue quadro com breve relato dos acórdãos do STJ:

Quadro 1 – Acórdãos do STJ pesquisados do ano 2016, selecionados mediante filtragem com as palavras-chaves "plano de saúde", "contrato" e "cobertura".

Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça	
Julgados encontrados na pesquisa	Posicionamento do Tribunal
REsp 1.442.236/RJ – 17.11.2016	Condenação do plano de saúde ao ressarcimento de próteses mamárias.
REsp 1.450.134/SP – 25.10.2016	Condenação do plano de saúde ao fornecimento de bolsas de sangue.
REsp 1.608.346/SP – 18.10.2016	Desobrigação da operadora de manter o plano empresarial custeado integralmente pelo empregador, após demissão de empregado.
REsp 1.525.109/SP – 04.10.2016	Condenação da operadora à portabilidade especial de ex-empregado e seus dependentes.
REsp 1.613.644/SP – 20.09.2016	Condenação do plano de saúde ao fornecimento de tratamento para a cura do câncer em rede não credenciada
REsp 1.55.8456/SP – 15.09.2016	Condenação parcial do plano de saúde à manutenção de plano empresarial após demissão de empregado.
REsp 1.594.346/SP – 09.08.2016	Desobrigação da operadora de manter o plano empresarial custeado integralmente pelo empregador, após demissão de empregado.
REsp 1.392.560/PE – 09.08.2016	Condenação parcial do plano de saúde ao ressarcimento de cirurgia bariátrica em rede não credenciada, no limite das obrigações contratuais.
REsp 1.551.031/DF – 28.06.2016	Condenação parcial dos planos de saúde à redução da cobrança de coparticipação, respeitando-se o limite de 50%.
REsp 1.566.062/RS – 21.06.2016	Declaração de legalidade da coparticipação.
REsp 1.592.278/DF – 07.06.2016	Desobrigação da operadora de manter o plano empresarial custeado integralmente pelo empregador, após demissão de empregado.
REsp 1.575.435/SP – 24.05.2016	Ilegitimidade passiva do ex-empregador na lide acerca da manutenção de plano



	empresarial após demissão. Decisão não prejudicial ao plano de saúde.
REsp 1457254/SP – 12.04.2016	Condenação da operadora à manutenção de plano de saúde pelo período de remissão.
REsp 1.2861.33/MG – 05.04.2016	Desoneração da operadora ao reembolso das despesas em hospital não credenciado acima das obrigações contratuais, nos casos de urgência e emergência
REsp 1.471.569/RJ – 01.03.2016	Migração do plano coletivo empresarial ao plano individual gera preços diferenciados.

Fonte: Elaboração própria, com base em pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça.

O levantamento gerou como resultado uma seleção de 15 acórdãos. Desses, oito acórdãos condenaram as operadoras de planos de saúde nos mais diversos temas, envolvendo elementos da obrigação contratual: (a) fornecimento de produtos e tratamentos médico-hospitalares; (b) portabilidade especial (migração entre planos com reaproveitamento de carência); (c) manutenção de plano empresarial após demissão, ou pelo período de remissão; (d) reembolso de despesas médicas em rede não credenciada; e (e) redução da coparticipação.

Ao passo que sete acórdãos foram favoráveis às operadoras, desobrigando-as: (a) de manter o plano empresarial custeado integralmente pelo empregador, após demissão de empregado; (b) de conservar o preço na migração do plano empresarial ao plano individual; (c) de reembolsar as despesas em hospital não credenciado acima do valor pago em rede contratada; e (d) de afastar a coparticipação.

Logo abaixo, do conjunto avaliado, apresenta-se a respectiva análise de alguns acórdãos, cada qual acerca de um dos assuntos pontuados: (1) Cobertura e restrição de tratamento; (2) Rede não credenciada; (3) Coparticipação; e (4) Manutenção de plano empresarial após demissão. Na descrição, tenta-se situar o leitor em cada caso. Feita a breve descrição, passa-se ao comentário crítico acerca do ativismo judicial e possíveis consequências ao contrato de assistência privada à saúde. Segundo a perspectiva do estudo realizado, seria configurado ativismo judicial decorrente da ruptura da lógica do contrato de planos de saúde quando a decisão ultrapassasse limites legais e adulterasse elementos categoriais que, de rigor, estariam conformes aos padrões contratuais, às leis e às normas da ANS. Foram identificadas situações assim. Todavia, em uma escala proporcionalmente menor do que a que se percebe em alguns Tribunais estaduais.

#### 4.1 Cobertura e restrição de tratamento

Na exordial da qual se originou o Recurso Especial 1.442.236/RJ, a autora requereu a condenação do plano de saúde em danos morais e materiais decorrentes da não autorização, pelo plano de saúde, de fornecimento de próteses mamárias de silicone. A autora havia se submetido, preteritamente, à cirurgia bariátrica – custeada pelo plano de saúde –, requerendo, depois, a cirurgia reparadora de suas mamas com a colocação das próteses de silicone. O plano defendeu que a colocação de próteses de silicone era procedimento meramente estético, e autorizou apenas o procedimento de abdominoplastia e mamoplastia.

Em 17 de novembro de 2016, sob a relatoria do Ministro Marco Buzzi, da Quarta Turma, o colegiado do STJ entendeu que o ressarcimento pela cirurgia reparadora era medida que se impunha, observando-se os parâmetros financeiros que o próprio plano utilizava em procedimentos de tal jaez e levando em consideração o fato de a colocação dos silicones estarem ligados ao ato cirúrgico reparador decorrente da cirurgia bariátrica.

O Ministro Relator, expressamente, afastou a alegação de violação à autonomia privada



ou ao pacta sunt servanda, arguindo, sim, a aplicação do princípio da razoabilidade e da proteção ao consumidor. Ilustrou ainda seu decisum com uma expressão utilizada em outros casos semelhantes:

A jurisprudência do STJ tem entendimento firmado no sentido de ser abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura.

Interessante ainda observar a utilização, pelo Relator, da expressão cláusula perplexa, definida por ele como uma cláusula que, dada sua abusividade, excluía o efeito básico do negócio jurídico contratado. Por fim, em face das circunstâncias, considerou a colocação das próteses de silicone como terapêuticas e indispensáveis, afastando a qualificação de meramente estéticas.

O Código de Defesa do Consumidor é comumente utilizado nas decisões judiciais, para afastar cláusula abusiva. Outro argumento bastante empregado é o de que a decisão proferida estaria de acordo com o entendimento do próprio Tribunal. Todavia, o art. 10, II, da Lei 9.656/98 (LGL\1998\100) e o art. 20, § 1º, II, tanto da Resolução Normativa 387/15, quanto da Resolução Normativa 428/2017, preceituam como hipóteses de exclusão, os procedimentos clínicos e cirúrgicos para fins estéticos, bem assim órteses e próteses para o mesmo fim. Ou seja, estão excluídos da assistência à saúde aqueles procedimentos que não visam restauração parcial ou total da função de órgão ou parte do corpo humano lesionado, seja por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita.

Diante dos textos normativos e do caso concreto analisado, torna-se claro ser possível a exclusão das próteses mamárias que tenham por finalidade única o aspecto estético. Nesse sentido, já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível 1.0024.10.227623-5/002, cujo Relator era o Desembargador Leite Praça, da 17ª Câmara Civil.<sup>26</sup> A autora pleiteava próteses mamárias, após realização de cirurgia bariátrica. O referido Tribunal entendeu que o plano de saúde não devia ser obrigado a arcar com o respectivo custo, em respeito ao que restou contratualmente pactuado.

Portanto, não há qualquer ilegalidade ou abusividade na cláusula limitativa de cobertura; além disso, as próteses mamárias, em caso de cirurgia bariátrica, são nitidamente um procedimento de embelezamento do aspecto físico. Depreende-se que a decisão extrapolou os limites da relação comutativa contratual.

#### 4.2 Hospital e médicos não credenciados

No processo que deu ensejo ao Recurso Especial 1.392.560/PE, sob a relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, da Terceira Turma, decidido em 09 de agosto de 2016, a autora requereu o ressarcimento e indenização por danos morais em face de ter-lhe sido negado, pela operadora de saúde, o procedimento de cirurgia bariátrica. Requerera a autora, junto ao plano de saúde, a autorização para realização de cirurgia de retirada de cálculo na vesícula em conjunto com a operação de redução do estômago.

Em primeiro grau, a operadora de saúde fora condenada ao ressarcimento em dobro das despesas realizadas, bem como à indenização de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) de dano moral. Reconhecera o magistrado singular, tendo sido convalidado pelo colegiado do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que o tratamento de obesidade mórbida não poderia ser excluído do plano-referência contratado pela autora.

No voto do Relator – confirmado pela turma –, entendeu o Ministro João Otávio Noronha que a indenização material fora aferida de modo indevido, não cabendo, in casu, a condenação em dobro do valor despendido, uma vez que não atingidos dois objetivos: cobrança indevida e pagamento pelo consumidor do valor indevidamente cobrado.

O Relator entendeu ainda que o plano de saúde não está obrigado a cobrir despesas fora da rede de credenciada, sendo, assim, afastada a obrigatoriedade de ressarcimento



simples das despesas médicas e hospitalares realizadas pela segurada. No entanto, o referido ministro, com fulcro no art. 12, inciso VI, da Lei 9.656/98 (LGL\1998\100), alegou que nos casos de emergência e urgência, desponta o dever legal dos planos ao reembolso das despesas médicas em rede não credenciada no limite das obrigações contratuais. Desse modo, a Terceira Turma, por unanimidade, condenou a operadora a ressarcir despesas com a cirurgia bariátrica no limite dos valores que despenderia na rede credenciada.

Todavia, pelo abalizado art. 12, inciso VI, da Lei 9.656/98 (LGL\1998\100) e o art. 4º da Resolução Normativa 259/11 da ANS,<sup>27</sup> verifica-se que, mesmo em situação de urgência e emergência, só é autorizado o reembolso de despesas médicas pelo plano de saúde, quando não for possível a utilização de serviços próprios, contratados, credenciados, conveniados ou referenciados pela operadora. No caso concreto, a segurada foi atendida na cidade de São Paulo, onde a rede credenciada do plano de saúde oferecia muitas opções e, mesmo assim, escolheu por médico e hospital não contratado/conveniados pela operadora. Nota-se que a decisão afronta as regras típicas do contrato de assistência privada à saúde.

### 4.3 Coparticipação

No processo que deu causa ao Recurso Especial 1.566.062/RS, a autora requereu que a operadora de saúde custeasse integralmente tratamento quimioterápico, pugnano pelo afastamento da coparticipação contratual de 20% pelo usuário. O pedido, em primeiro grau, fora negado pelo magistrado, alegando o art. 16, inciso VIII, da Lei 9.656/98 (LGL\1998\100). Em segundo grau, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que a exigência de coparticipação era abusiva e deu provimento à apelação da autora.

Por sua vez, no REsp 1.566.062/RS, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, da Terceira Turma, decidido em 21 de junho de 2016, o Relator entendeu pela legalidade da coparticipação, ilustrando seu decisum com o mesmo art. 16, VIII, da Lei dos Planos de Saúde e aduzindo que a coparticipação funcionaria como uma forma de redução dos custos mensais de um plano de saúde. Alegou ainda, de modo bastante singular, a Resolução 8 do Conselho de Saúde Suplementar, de 1998, na qual, em seu art. 3º, caput, define o significado de franquia<sup>28</sup> e de coparticipação.<sup>29</sup> Elucidou ainda o entendimento dos termos com os ensinamentos de Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado:<sup>30</sup>

A coparticipação pode ser definida como um gênero de que a franquia e os limites financeiros das coberturas seriam espécies. A franquia é instituto típico do direito securitário e pode ser vista como uma das medidas inibitórias das condutas descuidadas ou pródigas dos segurados, dos credenciados e referenciados. Sabendo que parte do custo da cobertura do seguro será carregada ao patrimônio do usuário, é certo que ele e seus dependentes serão mais parcimoniosos no uso das coberturas. A contratação de alguma forma de coparticipação também implica a diminuição do custo do seguro ou da mensalidade do plano. A participação do segurado ou do usuário do plano não pode ser tão elevada que se constitua um entrave à utilização ou empeco ao acesso do segurado aos tratamentos estipulados.

O ministro aclarou ainda os casos em que a proibição da coparticipação se justificava, remetendo-se, para tanto, à mesma Resolução 8. Dessa vez, em seus arts. 2º, VII, e 4º, VII, determinam-se serem vedados nos casos em que se determine: financiamento integral do procedimento, obrigação restritiva do acesso aos serviços, ou nos casos de internação por vias de saúde mental. O Relator entendeu, por fim, que a cobrança do percentual de 20% de coparticipação não se mostrava desarrazoada, nem ilegal.

Cumpra ainda tecer um breve comentário acerca do Recurso Especial 1.551.031/DF, que também faz parte da pesquisa ora realizada. No referido julgamento, em voto dividido, após manifestação registrada de 4 dos 5 Ministros da Quarta Turma do STJ, findou-se por trazer à baila o percentual máximo de 50% de coparticipação como razoável. No



caso, a operadora de saúde possuía percentuais variáveis de coparticipação para tratamento psiquiátrico com internação de 0% a 90%, conforme o tempo de tratamento. Pela ausência de normativos mais aprofundados, entendeu o Ministro Raul Araújo, com base na Resolução Normativa da ANS 387, pelo estabelecimento do percentual máximo de 50%.

Curioso é que até novembro de 2017 não existia regulamentação suficiente sobre o instituto da coparticipação, à exceção do artigo 22, inciso II, alínea "b" da Resolução Normativa 387 da ANS. Todavia, segue em discussão na Agência Nacional de Saúde Suplementar, a proposta de uma resolução específica para o tema. Com efeito, no dia 14 de julho de 2016 foi aberto o grupo técnico acerca do tema, findando com a audiência pública no dia 20 de março de 2017.<sup>31</sup>

Até o momento, as principais propostas da nova resolução são: percentual máximo de coparticipação de 40%; percentual diferenciado conforme tipo de procedimento; proibição de coparticipação para determinados procedimentos; exigência de simulação de pré-contratação e de pré-utilização. A importância da coparticipação na saúde suplementar é inegável, afinal, 33% dos produtos comercializados e 50% dos beneficiários possuem contrato com coparticipação.<sup>32</sup>

#### 4.4 Manutenção do plano coletivo empresarial após demissão

No processo em que há o Recurso Especial 1.558.456/SP, o autor, aposentado, intentou ação contra a operadora de saúde responsável pelo plano coletivo empresarial. Buscava a manutenção da condição de segurado nos mesmos moldes de quando da vigência do contrato de trabalho, acrescido apenas da cota patronal. Em decisão de piso, o magistrado a quo condenou o plano de saúde à manutenção do plano, mediante o pagamento da mensalidade correspondente ao praticado no plano coletivo, mantido pela sua ex-empregadora para com os que se mantinham vinculados como empregados.

Em segundo grau, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atendendo ao pleito autoral, reformou a sentença a quo, determinando que o pagamento da mensalidade fosse correspondente ao valor pago pelo autor, enquanto empregado, acrescido da cota patronal. Em sede de Recurso Especial, sob a Relatoria do Ministro Marco Buzzi, da Quarta Turma, decidido em 15 de setembro de 2016, a operadora de saúde suscitou divergência jurisprudencial e contrariedade à vontade expressa no artigo 31, caput, da Lei 9.656/98 (LGL\1998\100).

A controvérsia do caso cinge-se em saber se o direito de ex-funcionário aposentado – ou demitido sem justa causa – de manter-se como segurado de plano de saúde nas mesmas condições de quando era empregado, significa a manutenção dos valores pagos à época ou a equiparação ao plano paradigma – acrescido da cota patronal. Ou seja, o plano empresarial deve estar sempre em paridade com o valor contemporaneamente despendido pela ex-empregadora no custeio dos empregados em atividade.

Imaginar um direito adquirido a um modelo de custeio, impediria a possibilidade de um redesenho do sistema de saúde coletivo-empresarial, atingindo o princípio da exceção da ruína (REsp 1.479.420/SP). Aduzir a manutenção de preços correspondente ao da época do encerramento do contrato de trabalho, configuraria inclusive um congelamento de valor, que poderia levar – acaso aplicado ao macrocosmo – ao colapso do modelo de assistência privada à saúde, arruinando a já combalida saúde pública.

Ao final, o Ministro Relator, entendeu que caberia a manutenção do requerente no plano de saúde coletivo, com as mesmas condições de assistência médica, desde que seja submetido ao novo sistema denominado "Modelo Único Novo", adotado entre a ex-empregadora e a operadora de plano de saúde. O decisum respeitou parcialmente o atual regramento contratual de assistência à saúde.

#### 4.5 Ativismo judicial na jurisprudência do STJ: fundamentação e decisão final



Os dados trazidos à baila pela pesquisa, demonstraram que nem todas as decisões do STJ extrapolaram os limites da Lei 9.656/98 (LGL\1998\100) e das resoluções da ANS referenciadas. Além disso, nota-se que o ativismo judicial pode ocorrer em diferentes momentos da decisão: fundamentação e/ou decisão final. Ou seja, a decisão judicial pode ter ativismo na fundamentação dela, mas não necessariamente a decisão final vai desrespeitar o sistema jurídico na sua ordem interna. Inversamente, a decisão judicial pode ter uma fundamentação de acordo com a lógica do sistema e a decisão final extrapolar a competência do Judiciário. Ainda mais, a decisão judicial pode ter ativismo judicial tanto na fundamentação quanto na decisão final. A partir desse entendimento, passa-se a análise da fundamentação e da decisão final dos acórdãos cujas decisões foram contrárias às empresas do mercado de plano de saúde, a fim de verificar se há ou não um apelo dos ministros contra o contrato de assistência privada à saúde.

Quadro 2 – Oito Acórdãos do STJ cujas decisões foram contrárias às empresas de plano de saúde e análise do ativismo judicial na fundamentação e na decisão final

Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça		
Julgados contra os planos de saúde	Fundamentação	Decisão final
REsp 1.442.236/RJ	A fundamentação, com base na proteção do consumidor, violou os art. 10, II, da Lei 9.656/98 e o art. 20, § 1º, II, da Resolução Normativa 387/15. Há ativismo judicial.	A decisão final condenou a operadora ao ressarcimento pela cirurgia que colocou próteses mamárias não cobertas pelo contrato. Há ativismo judicial.
REsp 1.450.134/SP	A fundamentação tem por base o arts. 1º e 35-F, da Lei 9.656/98. Não há ativismo judicial.	A decisão final condenou a operadora ao fornecimento de bolsas de sangue, declarando abusiva a cláusula que limita o número de bolsas de sangue. Não há ativismo judicial.
REsp 1.525.109/SP	A fundamentação se deu por meio do art. 7º-C da Resolução Normativa 186/2009 da ANS e arts. 30 e 31 da Lei 9.656/98. Não há ativismo judicial.	A decisão final condenou operadora a fazer a portabilidade especial de ex-empregado e seus dependentes e permitir a cobertura imediata dos serviços de assistência pré-natal e obstétrica. Não há ativismo judicial.
REsp 1.613.644/SP	A fundamentação tem por base a Resolução Normativa 363/2014 da ANS. Não há ativismo judicial.	A decisão final condenou a operadora a fornecer tratamento para a cura do câncer, por se tratar de rede credenciada. Não há ativismo judicial.
REsp 1.558.456/SP	A fundamentação teve como base o art. 31 da Lei 9.656/98. Não há ativismo judicial.	A decisão final condenou a operadora a manter o plano coletivo após demissão de empregado, desde que assumo o pagamento integral da prestação, a qual poderá variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma.



		Não há ativismo judicial.
REsp 1.392.560/PE	A fundamentação utilizou o art. 12, inciso VI, da Lei 9.656/98. Não há ativismo judicial.	A decisão final condenou a operadora ao pagamento de despesas médicas na rede não credenciada, em localidade onde o plano de saúde oferecia muitas opções de hospitais e médicos. Há ativismo judicial.
REsp 1.551.031/DF	A fundamentação, com base na Resolução Normativa da ANS 387, estabeleceu o percentual máximo de 50% de coparticipação. Não há ativismo judicial.	A decisão final reduziu o percentual da coparticipação para 50%. Não há ativismo judicial.
REsp 1.457.254/SP	A fundamentação teve como base o caput do art. 31 da Lei 9.656/98. Não há ativismo judicial.	A decisão final determinou a manutenção do beneficiário no plano de saúde coletivo, desde que submetido ao novo sistema denominado "Modelo Único Novo". Não há ativismo judicial.

Fonte: Elaboração própria, com base em pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça.

O fato de o plano de saúde ser condenado por decisão do STJ não significa que a decisão seja ativista. Além disso, pode haver ativismo judicial tanto na decisão que contrarie interesses das empresas de planos de saúde, quanto naquela que seja favorável ao plano. O ativismo judicial ocorre quando o juiz extrapola as suas competências, ou o limite da razoabilidade jurídica na fundamentação.<sup>3334</sup> Por esse critério de análise, no que tange às decisões contrárias aos planos analisadas, o ativismo judicial se verificou apenas no REsp 1.442.236/RJ e no REsp 1.392.560/PE.

Ao mesmo tempo, o fato de a empresa de plano de saúde ser vencedora em sete demandas, não significa que o STJ não tenha sido ativista; pode ser que as instâncias anteriores tenham sido muito mais ativistas, e o STJ tenha apenas revisto as decisões para produção de efeitos relativamente menos desfavoráveis às empresas, mantendo-se, todavia, a lógica do ativismo praticado nas instâncias inferiores.

De certo modo, nas decisões do STJ, identifica-se ativismo judicial, neste trabalho, de modo especial, pela ruptura judicial das legítimas disposições contratuais que: (1) restringem produtos e tratamentos médico-hospitalares, quando o contrato fora realizado conforme a lei; e (2) limitam os serviços à rede credenciada quando há opções de hospitais e médicos ao tratamento das doenças seguradas. Detendo-se nestes casos, verificar-se-ão as consequências do ativismo judicial ao contrato de assistência privada à saúde.

## 5 Ativismo judicial e suas consequências ao negócio jurídico de assistência privada à saúde

O cumprimento da lei não pode ser visto sempre como uma postura positivista. Lenio Streck desmistifica essa crença, quando afirma que apegar-se à letra da lei pode ser ou não uma atitude positivista, bem como não prender-se à vontade da lei pode ser uma atitude positivista ou antipositivista.<sup>35</sup> Pois, o que teria caracterizado o positivismo jurídico (puro) seria a separação entre direito e moral (metafísica) e a ausência de uma teoria da interpretação, conforme Kelsen defendeu na obra *Teoria Pura do Direito*,<sup>36</sup> ao



considerar que as externalidades decorrentes da discricionariedade<sup>37</sup> não maculavam a pureza do Direito, pois estaria já em outro plano, não propriamente jurídico.

Na realidade brasileira, a discricionariedade pode resultar no ativismo judicial, ou seja, numa postura positivista (porque calcada na mesma discricionariedade Kelseniana), que não observa as consequências políticas e jurídicas (macrojustiça) de suas decisões, ou não leva em consideração a capacidade institucional, ou os efeitos sistêmicos acerca da matéria tratada. Ou seja, dissocia o direito decidido nos tribunais superiores da realidade social e econômica mais ampla, comumente afetada por suas decisões. Desta feita, o ativismo judicial, conquanto se autoproclame mero positivismo, pode trazer efeitos negativos ao contrato de plano de saúde, ao extrapolar os limites expressos pelo ordenamento em garantia da autonomia privada.

A proposta deste tópico é analisar tão somente esses efeitos sem, contudo, ter a pretensão de esgotá-los.

A priori, Thiago Penido Martins<sup>38</sup> informa que a maior parte das demandas judiciais envolvendo as operadoras de planos de saúde e seus beneficiários, versam sobre o pedido de custeio de procedimentos médico-hospitalares não cobertos pelos contratos de planos de saúde. Tal fato, notadamente, em face das decisões condenarem os planos de saúde ao custeio de quase todos os tratamentos médicos, finda, na prática, por prejudicar a relação negocial e trazer reflexos econômicos que prejudicam toda a cadeia: fornecedor, prestador, consumidor, plano de saúde e órgão regulador.<sup>3940</sup>

As decisões judiciais geram efeitos não somente às partes envolvidas no processo, como também sobre pessoas e entes que dele não participaram.<sup>41</sup> Desse modo, o magistrado, exatamente um terceiro na relação em litígio, teria maior dever de isenção, de modo a não se deixar mover pelo atrativo de solucionar questões particulares segundo critérios que rompem a lógica do sistema jurídico,<sup>42</sup> antes, deve cingir-se ao exame da legislação,<sup>43</sup> pelo sopesamento dos princípios<sup>44</sup> e pela análise da situação de um modo universal, levando em consideração as consequências que sua decisão pode causar à sociedade.<sup>45</sup>

Todavia, verifica-se que em alguns casos o Judiciário desconsidera legítimas e legais premissas contratuais pré-estabelecidas (*pacta sunt servanda*), bem assim os elementos categoriais do negócio jurídico, em vista de interesses individuais aparentemente mais urgentes. Uma das consequências de decisões judiciais que obrigam as operadoras de saúde à prestação de serviços não cobertos, é o empresário transferir esse acréscimo de custo aos segurados do plano, desencadeando, assim, um maior custo de transação<sup>46</sup> aos produtos do mercado de saúde suplementar. Luciano Timm e Francisco Alves<sup>47</sup> reforçam este entendimento:

Quando a seguradora é condenada a pagar indenização não prevista deve ela despende 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.

Outro reflexo do ativismo judicial é o cerceamento da autonomia privada das operadoras de planos de saúde – para restringir tratamentos autorizados por lei, por exemplo – e do próprio indivíduo, principalmente, para decidir se o atendimento à sua saúde se dará pelo SUS ou pelo sistema privado, em razão da limitação econômica imposta pela necessária elevação dos preços dos planos de saúde. Paulo Lôbo<sup>48</sup> ressalva que nos contratos dos planos de saúde já existe uma "limitação da liberdade de determinação do conteúdo do contrato, quando a lei define o que ele deve conter de forma cogente". É certo que a autonomia do plano de saúde já é reduzida pela legislação. E mais, com a



interferência do Judiciário, o que ainda existia de liberdade (discricionariedade) pode terminar por ser expurgado da relação negocial dos planos de saúde e seus clientes.

Com relação aos casos analisados nesse artigo, há um “placar” de sete decisões favoráveis e oito contrárias aos planos de saúde, sendo que, dentre as decisões contrárias, apenas duas estão marcadas pelo ativismo judicial do próprio STJ. Sem trazer ao corpo desse trabalho os conteúdos das decisões que antecederam ao STJ, vale notar o resultado em relação às operadoras de plano de saúde: foram 2 favoráveis e 13 contrárias no primeiro grau e 4 favoráveis e 11 contrárias no segundo grau. Por esses dados, verifica-se que a estratégia de recurso ao STJ tem sido oportuna às operadoras de saúde, senão para a estrita manutenção das características no negócio jurídico de assistência privada à saúde e observância do princípio da separação dos poderes, ao menos como estratégia para atenuar o ativismo das instâncias inferiores. Por outro lado, é conveniente chamar a atenção ao fato de que, uma vez que os processos naturalmente delongam a chegar ao STJ, os efeitos dos julgamentos exorbitantes de primeiro e segundo grau findam por causar consequências deletérias que se consolidam no tempo, dificultando-se até mesmo a reversão de efeitos, quando determinada pelo Tribunal ad quem.

## 6 Conclusão

O contrato de assistência privada à saúde, é um tipo de negócio jurídico que se caracteriza pelos seguintes elementos categoriais essenciais: (a) cobertura; (b) forma de financiamento; (c) preço; e (d) rede credenciada, conforme se extrai da leitura do art. 1º da Lei 9.656/98 (LGL\1998\100) (Lei dos Planos de Saúde). Estes elementos categoriais são estabelecidos pelas próprias operadoras de saúde, com observância às normas da Lei 9.565/98 e as normas das Resoluções Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Ao mesmo tempo, a ANS, investida da função de regular e fiscalizar a atividade econômica e de assistência à saúde dos planos, fixou o rol de tratamentos garantidos (Resoluções Normativas 387/2015 e 428/17), instituiu o Fundo Garantidor do Seguimento de Saúde Suplementar (Resolução Normativa 191), criou critérios de reajuste de preços (Resoluções Normativas 63/03 e 171/08), instituiu penalidades às operadoras (Resolução Normativa 124/06), dentre outras ações. Nesse contexto regulatório, vige a autonomia privada das empresas que atuam no setor.

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.

A pesquisa empírica e documental das decisões do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2016, demonstrou que no Tribunal ocorre a prática do ativismo judicial, ainda que em grau menor que em outras instâncias. O ativismo judicial, na perspectiva das externalidades negativas ao mercado de saúde suplementar, teve efeitos deletérios à totalidade dos consumidores e aos cidadãos. No trabalho, alertou-se para o fato de as decisões judiciais ativistas contribuírem para: (a) a descaracterização do negócio jurídico; (b) o aumento das mensalidades, de modo a compensar o desequilíbrio causado pela aplicação da justiça comutativa – ou sob o âmbito da microjustiça do caso concreto – em um sistema de justiça distributiva; (c) o fechamento de inúmeras empresas do setor; (d) o fim da autonomia privada das operadoras e do consumidor; e (e) o superpovoamento do setor público de saúde. Tudo isso, além da ofensa à autonomia privada legitimada e modulada pelo sistema jurídico, onera o preço das mensalidades dos planos de saúde, causando um desserviço aos consumidores, em prejuízo à saúde da coletividade.

## Referências



ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014.

ARNALDO, Rizzardo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n.1, p. 23-32, 2012. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388]. Acesso em: 24.07.2018.

BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Trad. Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008.

BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no direito público e no ambiental. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 49, n. 193, p. 125-139, jan.-mar. 2012.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. Lei dos planos e seguros de saúde comentada artigo por artigo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. ANS divulga teto de reajuste autorizado para planos individuais. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: [www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/3907-ans-divulga-teto-de-reajuste-autorizado-para-pla]. Acesso em: 24.07.2018.

Brasil. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Coparticipação e franquia: normativa da ANS traz segurança e transparência. Disponível em: [www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sociedade/3776-coparticipacao-e-franquia-normativa-da-ans-traz-s]. Acesso em: 24.07.2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Quantidade de demandas nos tribunais. Disponível em: [www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-

BRASIL. Instituto de Estudos de Saúde Suplementar: variação de custos médico-hospitalares. São Paulo, 2017. Disponível em: [documents.scribd.com.s3.amazonaws.com/docs/7t3yiella85w5yu1.pdf]. Acesso em: 24.07.2018.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. Opoder normativo das agências reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CECHIN, José. Saúde na idade – por que diferenciar preços de planos de saúde por idade e consequências econômicas da não aplicação dos reajustes previstos em contrato. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Org.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COASE, Ronald. A firma, o mercado e o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIAS, Eduardo Rocha. Direito à saúde e informação administrativa: o caso das advertências relativas a produtos perigosos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIAS, Eduardo Rocha; CAMINHA, Uinie. Saúde privada e a Medicina baseada em evidências como fonte de critérios orientadores da intervenção judicial. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, v. 31, n. 9, abr. 2015.

FIGUEIREDO, Herberth Costa. Saúde no Brasil: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas. Curitiba: Juruá, 2015.



FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Josiane Araújo. Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume III: contrato e atos unilaterais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Sandra Krieger. Judicialização do direito à saúde e o sistema de saúde suplementar no Brasil: aspectos críticos da fundamentação de decisões judiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Trad. Antônio de Oliveira Sette. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. Regulação estatal e assistência privada à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. O limite à atuação jurisdicional dos direitos fundamentais com reserva legal. XIX Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2010, Fortaleza. Encontro Nacional do CONPEDI, 2010. p. 4476-4487.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MARTINS, Thiago Penido. Contratos de planos de saúde: o direito à saúde nas relações jurídicas entre as operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários. Curitiba: Juruá, 2016.

MOTA, Beatriz Randal Pompeu; CAMINHA, Uinie. A intervenção judicial e suas consequências na atividade econômica das operadoras de saúde: uma análise a partir das decisões do TJ/CE. RSDE. Revista Semestral de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, v. 16, p. 153-171, 2017.

OLIVEIRA, Ricardo Maia de. Código de defesa do consumidor(anotado e comentado). Fortaleza: Premium, 2008.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. O princípio da autonomia privada, a força vinculante dos contratos e sua função socioeconômica. 2017. 233f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 4, n. 1, mar. 2009. Disponível em: [bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/40977/ativismo\_judicial\_estado.pdf]. Acesso em: 24.07.2018.

RUSSO, Juliana de Sousa Gouvêa; RUSSO, Marlo. O plano privado de assistência à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, reserva do possível e compliance na área da saúde. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 18, n. 1, p. 257-282, jan.-abr. 2017.



STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TIMM, Luciano Benetti; ALVES, Francisco Kümmel. Custos de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 2706-2728.

UNIMED. Judicialização da saúde suplementar, v. II. Belo Horizonte, 2010. Disponível em:  
[<http://arquivos.integrawebsites.com.br/7942/ef2781c2db440b38ee032b23ed5901bc.pdf>]. Acesso em: 11.06.2017.

---

1 A saúde suplementar é responsável pela cobertura de 36,34% da população brasileira, ou seja, ela conta com 47,3 milhões de beneficiários de planos médico-hospitalares, distribuídos em 756 operadoras ativas no Brasil, e 23,1 milhões de beneficiários de planos exclusivamente odontológicos, em 400 operadoras. (Brasil. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Sala de Situação. Disponível em:

[[www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/sala-de-situacao](http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/sala-de-situacao)]. Acesso em: 24.07. 2018).

2 Atualmente, o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, é regulado pela Resolução 428, de 07 de novembro de 2017.

3 GOMES, Josiane Araújo. Contratos de planos de saúde: a busca judicial pelo equilíbrio de interesses entre os usuários e as operadoras de planos de saúde. Leme (SP): JH Mizuno, 2016.

4 CARDOSO, Henrique Ribeiro. O poder normativo das agências reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

5 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que deu provimento ao pedido de tratamento do câncer com quimioterapia. REsp 668.216-SP, rel.Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 15.03.2017. Disponível em:

[[ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num\\_registro=200400999090&dt\\_publicacao=02/04/2007](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=200400999090&dt_publicacao=02/04/2007)]. Acesso em: 24.07.2018.

6 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n.1, p. 23-32, 2012. Disponível em:

[[www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388)]. Acesso em: 24.07.2018.

7 GONÇALVES, Sandra Krieger. Judicialização do direito à saúde e o sistema de saúde suplementar no Brasil: aspectos críticos da fundamentação de decisões judiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

8 SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, reserva do possível e compliance na área da saúde. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 18, n. 1, p. 257-282, jan./abr. 2017.

9 Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Quantidade de demandas nos tribunais. Disponível em:

[[www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais](http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais)]. Acesso em: 24.07.2018.



10 Unimed. Judicialização da saúde suplementar, v. II, Belo Horizonte, 2010. Disponível em:  
[<http://arquivos.integrawebsites.com.br/7942/ef2781c2db440b38ee032b23ed5901bc.pdf>].  
Acesso em: 24.07.2018.

11 A distinção entre política e direito é tênue, mas não inexistente, de modo que direito e política são criação da vontade majoritária e produzem efeitos sociais. Além disso, seus agentes são dotados de valores subjetivos. (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n.1, p. 23-32, 2012. Disponível em:  
[[www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388)]. Acesso em: 24.07.2018).

12 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo Saraiva, 2007. p. 17.

13 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo Saraiva, 2007.

BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Trad. Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008.

14 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo Saraiva, 2007.

15 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Ementário da súmula 469. Disponível em:  
[[www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula+adj+469\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula+adj+469).sub.#TIT1TEMA0)].  
Acesso em: 24.07.2018.

16 OLIVEIRA, Ricardo Maia de. Código de defesa do consumidor (anotado e comentado). Fortaleza: Premium, 2008. p. 52.

17 ARNALDO, Rizzardo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume III: contrato e atos unilaterais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

18 TIMM, Luciano Benetti; ALVES, Francisco Kümmel. Custos de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 2706-2728.

19 RUSSO, Juliana de Sousa Gouvêa; RUSSO, Marlo. O plano privado de assistência à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 179-206.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. Regulação estatal e assistência privada à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

20 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 177.

21 Sobre o tema, importante registrar que está em votação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7.419/06. Por ocasião do mesmo, a comissão especial que trata do assunto apresentou, no dia 18 de outubro de 2017, parecer favorável para permitir que a mensalidade de planos de saúde de pessoas com mais de 60 (sessenta) anos fosse aumentada com a idade. Segundo o relator, seria uma vantagem, uma vez que, segundo



as regras atuais, hoje há um grande reajuste aos 59 (cinquenta e nove) anos. Com a nova regra, o reajuste seria "parcelado" a cada cinco anos. (Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7419/06 –Plano de Saúde. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/ Acesso em: 24.07.2018).

22 Brasil. Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. Variação de Custos Médico-Hospitalares. São Paulo, 2017. Disponível em: [http://documents.scribd.com.s3.amazonaws.com/docs/7t3yiella85w5yu1.pdf]. Acesso em: 24.07.2018.

23 Brasil. Agência Nacional de Saúde Suplementar. ANS divulga teto de reajuste autorizado para planos individuais. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: [www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/3907-ans-divulga-teto-de-reajuste-autorizado-para-pla Acesso em: 24.07.2018.

24 CECHIN, José. Saúde na idade – por que diferenciar preços de planos de saúde por idade e consequências econômicas da não aplicação dos reajustes previstos em contrato. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Org.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 149-170.

25 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

26 Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão da decisão deu parcial provimento ao pedido da operadora de plano de saúde. Apelação Cível 1.0024.10.227623-5/002, rel. Des. Leite Praça, 06.06.2013. Disponível em: [www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10024102276235002 Acesso em: 24.07.2018.

27 Brasil. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa 259 de 17 de junho de 2011. Dispõe sobre a garantia de atendimento dos beneficiários de plano privado de assistência à saúde e altera a Instrução Normativa – IN 23, de 1º de dezembro de 2009, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos – DIPRO. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20.06.2011. Disponível em: [www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTc1OA=] Acesso em: 24.07.2018.

28 Brasil. Conselho de Saúde Suplementar. Resolução Normativa 8 de 03 de novembro de 1998. O art. 3º, inciso I, entende como franquia "o valor estabelecido no contrato de plano ou seguro privado de assistência à saúde e/ou odontológico, até o qual a operadora não tem responsabilidade de cobertura, quer nos casos de reembolso ou nos casos de pagamento à rede credenciada ou referenciada". Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04.11.1998. Disponível em: [www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzA3]. Acesso em: 24.07.2018.

29 Brasil. Conselho de Saúde Suplementar. Resolução Normativa 8 de 03 de novembro de 1998. O art. 3º, inciso II, entende como coparticipação "a parte efetivamente paga pelo consumidor à operadora de plano ou seguro privado de assistência à saúde e/ou operadora de plano odontológico, referente a realização do procedimento". Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04.11.1998. Disponível em: [www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzA3]. Acesso em: 24.11.2018.

30 BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. Lei dos planos e seguros de saúde comentada artigo por artigo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



31 Brasil. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Coparticipação e franquia: normativa da ANS traz segurança e transparência. Disponível em:

[[www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sociedade/3776-coparticipacao-e-franquia-normativa-da-ans-traz-s](http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sociedade/3776-coparticipacao-e-franquia-normativa-da-ans-traz-s) Acesso em: 24.07.2018.

32 Brasil. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa XXX, de XX de XXXX de 2016. Disponível em:

[[www.ans.gov.br/images/RN\\_Mec\\_Financeiros\\_Regula%C3%A7%C3%A3o\\_pos\\_dicol.pdf](http://www.ans.gov.br/images/RN_Mec_Financeiros_Regula%C3%A7%C3%A3o_pos_dicol.pdf)]. Acesso em: 24.07.2018.

33 DIAS, Eduardo Rocha. Direito à saúde e informação administrativa: o caso das advertências relativas a produtos perigosos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

34 A Suprema Corte estadunidense, em 1983, elaborou a Chevron Doctrine (ou judicial deference), segundo a qual o Poder Judiciário deve respeitar a interpretação das leis feita pela Administração Pública, podendo intervir apenas em casos teratológicos. Segundo Eduardo Fortunato Bim, "um ponto fundamental da doutrina Chevron é o de que por ela não se averigua qual é a melhor interpretação do significado da norma, mas apenas uma razoável, vedando-se leituras arbitrárias". (BIM, Eduardo Fortunato. Divergências científicas e metodológicas no direito público e no ambiental. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 49, n. 193, jan./mar. 2012. p. 134).

35 STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

36 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

37 Isso se daria quando o juiz, diante de um caso difícil (hard case), não consegue identificar nenhuma regra aplicável, a não ser por meio do recurso à discricionariedade judicial, alcançando, assim, um alto grau de liberdade para decidir (HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Trad. Antônio de Oliveira Sette. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009).

38 MARTINS, Thiago Penido. Contratos de planos de saúde: o direito à saúde nas relações jurídicas entre as operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários. Curitiba: Juruá, 2016.

39 REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. O princípio da autonomia privada, a força vinculante dos contratos e sua função socioeconômica. 2017. 233f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

40 Em que pese o ativismo judicial ser reduzido no STJ, o mesmo não se pode dizer, por exemplo, da praxe do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. No ano de 2015, pesquisa realizada por meio do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará ("<http://esaj.tjce.jus.br>"), com as seguintes ferramentas de filtros: (a) quanto à classe, elegeram-se "apelação" e "apelação/reexame necessário"; e (b) quanto ao assunto, fora escolhido "plano de saúde", detectaram-se 16 demandas pleiteando algum tipo de procedimento médico-hospitalar ou fornecimento de material cirúrgico contra planos de saúde. Além disso, as decisões do TJ/CE nestas demandas foram, em expressiva maioria, desfavoráveis às operadoras de saúde. Ou seja, dos 16 processos analisados pelas autoras da pesquisa: (a) 15 decisões condenaram as operadoras ao custeio de tratamentos e/ou produtos médicos; e (b) somente uma decisão não condenou. Pela análise individualizada das decisões, perceberam que a atitude dos magistrados, na maioria dos casos, foi de afastar a incidência do contrato preteritamente firmado entre o plano de saúde e o usuário. (MOTA, Beatriz Randal Pompeu; CAMINHA, Uinie. A intervenção judicial e suas consequências na atividade econômica das operadoras de saúde: uma análise a partir das decisões do TJ/CE. RSDE. Revista Semestral de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, v. 16, p. 153-171, 2017).



41 DIAS, Eduardo Rocha; CAMINHA, Uinie. Saúde privada e a Medicina baseada em evidências como fonte de critérios orientadores da intervenção judicial. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 31, n. 9, abr. 2015.

42 REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria*, v. 4, n. 1, mar. 2009. Disponível em: [[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/40977/ativismo\\_judicial\\_estado.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/40977/ativismo_judicial_estado.pdf)]. Acesso em: 24.07.2018.

43 LOPES FILHO, Juraci Mourão. O limite à atuação jurisdicional dos direitos fundamentais com reserva legal. XIX Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2010, Fortaleza. Encontro Nacional do CONPEDI, 2010. p. 4476-4487.

44 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014.

45 DIAS, Eduardo Rocha; CAMINHA, Uinie. Saúde privada e a Medicina baseada em evidências como fonte de critérios orientadores da intervenção judicial. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 31, n. 9, abr. 2015.

FIGUEIREDO, Herberth Costa. Saúde no Brasil: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas. Curitiba: Juruá, 2015.

46 COASE, Ronald. A firma, o mercado e o direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

47 TIMM, Luciano Benetti; ALVES, Francisco Kümmel. Custos de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável? XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 2723.

48 LÔBO, Paulo. Direito Civil: contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 60.