

# Planos privados de assistência à saúde e boa-fé objetiva.

Natureza do rol de doenças estabelecido pela Agência Nacional de Saúde para fins de cobertura contratual obrigatória.<sup>1</sup>

## Aline de Miranda Valverde Terra

Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre e doutora em Direito Civil pela Uerj. Coordenadora editorial da *Revista Brasileira de Direito Civil* (RBDCivil). Advogada.

### Sumário

1. Autonomia privada e heterorregulamentação: os influxos da boa-fé objetiva
  2. Planos privados de assistência à saúde: contrato bilateral e mutualismo
  3. Natureza do rol de doenças estabelecido pela Agência Nacional de Saúde e implicações da boa-fé objetiva
  4. Conclusões
- Bibliografia

## 1 Autonomia privada e heterorregulamentação: os influxos da boa-fé objetiva

A vontade individual, como único elemento de fundamentação e legitimação da força obrigatória dos contratos, perdeu a centralidade de outrora. A autonomia privada, concebida como liberdade plena de as partes se obrigarem como, quando e com quem quiserem, legitimada pelo modelo liberal clássico em que o Direito, confiando no jogo livre das vontades individuais, abdicava de intervir nos

---

1. Este artigo foi produzido a partir de pesquisa desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), coordenada pelos professores Aline de Miranda Valverde Terra, Carlos Nelson Konder e Gisela Sampaio da Cruz Guedes, com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – Brasil. A autora agradece à doutoranda Deborah Pereira dos Santos, pela leitura e contribuições oferecidas, bem como à mestrandia Jeniffer Gomes, pela revisão formal.

clausulados negociais, já não encontra amparo na ordem jurídica contemporânea.

A passagem para o Estado Social de Direito, voltado à solidariedade, à igualdade, ao respeito à pessoa e à promoção de sua dignidade, altera, de modo significativo, a atuação estatal. Reconhece-se que, em sociedades desiguais, é a intervenção do Poder Público que garante e promove a liberdade da pessoa humana. A autonomia privada deixa, então, de ser considerada um valor em si mesmo, e passa a ser concebida como instrumento de promoção de finalidades constitucionalmente relevantes. Afinal, “querer não é poder, em um ordenamento jurídico no qual o poder é disciplinado e regulado; o querer não é poder e o poder é atribuído pelo direito e não pela vontade das partes” (PERLINGIERI, 2002, p. 173, tradução livre). É sempre necessário verificar se o ato de autonomia é lícito e merecedor de tutela,<sup>2</sup> conforme, portanto, os princípios constitucionais (PERLINGIERI, 2008, p. 343).

Nesse contexto, os chamados limites à autonomia privada deixam de ser apenas externos, e passam a conformar também internamente o ato, a alterar substancialmente seu próprio conteúdo (CRISCUOLO, 2008, p. 189-190). Nesse sentido, pode-se mesmo afirmar que a disciplina contratual definida pelas partes encerra o provisório regulamento de interesses, que se tornará definitivo na medida em que esteja de acordo com os ditames constitucionais. Supera-se, dessa forma, o dogma da vontade, e inaugura-se o dogma da responsabilidade.<sup>3</sup>

Releva nesse processo de redefinição da autonomia privada a boa-fé objetiva, desenvolvida na Alemanha sobretudo após a edição, em 1900,

2. Usa-se a expressão “merecimento de tutela” para referir à análise funcional do ato, sem ignorar, todavia, a possível distinção entre abuso do direito e juízo de merecimento de tutela: o primeiro se liga a juízo negativo, à violação da função atribuída pela ordem jurídica ao ato, enquanto o segundo encerra juízo positivo, voltado a verificar a promoção de funções juridicamente relevantes.

3. A conclusão é de BIANCA (2011, p. 795).

do BGB,<sup>4 e 5</sup> com o propósito de corrigir os excessos da liberdade individual.<sup>6</sup> De acordo com Simon Whittaker e Reinhard Zimmermann, o conceito de *Treu und Glauben* “suggests a standard of honest, loyal and considerate behavior, of acting with due regard for the interests of the other party, and it implies and comprises the protection of reasonable reliance” (WHITTAKER; ZIMMERMANN, 2000, p. 31).<sup>7</sup>

## A passagem para o Estado Social de Direito altera, de modo significativo, a atuação estatal.

No ordenamento brasileiro, positivada no art. 422 do Código Civil (CC), a boa-fé objetiva concretiza o princípio constitucional da solidariedade social na esfera contratual, transformando as relações obrigacionais, concebidas inicialmente como *locus* destinado à perseguição egoísta – e mesmo arbitrária – das satisfações individuais, em espaço de cooperação (NEGREIROS, 2002, p. 117), impondo aos

4. Cuidam especialmente do tema os §§ 157 e 242 do BGB de 1900: § 157 - “Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos bons costumes do tráfico”; e § 242 - “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico” (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 325).

5. Sobre o sentido inicial da boa-fé no BGB e sua posterior evolução, confira-se Menezes Cordeiro (2001, p. 331 e ss.).

6. Embora, quando da edição do BGB, a utilização da boa-fé tenha ficado restrita aos exatos limites referidos nos §§ 157 e 242, a eclosão da Primeira Guerra Mundial levou os tribunais alemães a aplicá-la de forma mais ampla, de modo a criar, sob o “guarda-chuva” do § 242, diversas regras que dele não constavam expressamente. O processo se intensificou com a Segunda Guerra Mundial: “mais uma vez, o § 242 do BGB foi invocado, e hoje é o ‘rei’ do BGB”. De todo modo, “mais tarde o legislador codificou alguns dos institutos que as cortes haviam estabelecido, como a cláusula de *hardship* [...]” (LANDO, 2007, p. 603-604, tradução livre).

7. Em tradução livre: “o conceito de boa-fé objetiva sugere um standard de honestidade, lealdade e comportamento com consideração, no sentido de atuação do contratante tendo em consideração os interesses do outro contratante, e implica e compreende a proteção de razoável confiança [despertada entre as partes]”.

contratantes que tenham sempre em consideração a promoção dos interesses da contraparte sem que isso importe, outrossim, em sacrifício ou renúncia de sua legítima posição contratual de vantagem.

Em qualquer relação contratual, as partes, inevitavelmente, concorrem entre si na aquisição e manutenção de posições prevalentes, e a ordem jurídica não as impede de fazê-lo, afinal, referida postura é mesmo da essência das relações negociais. A boa-fé objetiva não se confunde com atribuição de função abnegatória ou altruísta ao contrato, e tampouco importa desprestígio da autonomia privada ou declínio do contrato. Não há, aqui, conceitos antagônicos ou excludentes. Como observa Paolo Gallo (2002, p. 263),

“il contratto deve essere il più possibile equo e corretto, ma nel contempo libero. [...] Buona fede significa soltanto che il contratto non può diventare lo strumento per imporre condizione inique; ferma restando la più piena libertà dei contraenti di perseguire i loro interessi individuali nel rispetto delle norme poste dall'ordinamento”.<sup>8</sup>

Posto encontre seu fundamento de validade no princípio da livre-iniciativa, com assento, portanto, constitucional, a autonomia privada não autoriza atuações desonestas, iníquas ou vexatórias.

Nesse cenário, a boa-fé objetiva se erige como fonte heterônoma de deveres de conduta, e exige dos contratantes, a despeito de sua vontade, e até mesmo contra ela, a adoção de comportamentos voltados à plena consecução do programa contratual, em respeito, sobretudo, à legítima confiança da contraparte. Não se trata de mecanismo de reforço dos deveres criados pelas partes, mas de deveres diversos daqueles conformados pela autonomia negocial, só identificáveis à luz da função

---

8. Em tradução livre: “o contrato deve ser o mais justo e correto possível, mas ao mesmo tempo livre. Boa-fé objetiva significa apenas que o contrato não pode se tornar instrumento para impor condições injustas; sem prejuízo da mais plena liberdade dos contratantes em perquirir os seus interesses individuais, desde que respeitem as normas do ordenamento”.

econômico-individual da relação contratual. De outro lado, e como o verso da medalha, impedem-se comportamentos que se revelem abusivos, por violar o *standard* de conduta proba, leal e honesto, nos termos do art. 187 do CC. Por fim, a boa-fé objetiva interfere no conteúdo do contrato enquanto parâmetro hermenêutico para a identificação do sentido do texto; significa dizer que, diante de dois ou mais sentidos possivelmente extraíveis das cláusulas contratuais, o intérprete deve eleger aquele – incorporando-o ao regulamento – que promova ambiente negocial ético, leal e colaborativo.

Se a essa altura não restam dúvidas quanto à relevância e às formas de atuação da boa-fé objetiva como instrumento conformador da autonomia privada, o desafio contemporâneo parece repousar na distinção de parâmetros, os mais diversos (porém específicos) possíveis, aplicáveis às variadas relações contratuais, que permitam ao operador do Direito analisar, no caso concreto, a legitimidade do ato de autonomia. A heterogeneidade dos interesses endereçados em cada ato impede a identificação de disciplina única e, conseqüentemente, a configuração de categoria abstrata que englobe todas as manifestações de autonomia privada (PRISCO, 1992, p. 103).<sup>9</sup> Trata-se, com efeito, a autonomia privada, de categoria que se qualifica apenas quando se concretiza na relação jurídica, pelo que ao intérprete se apresenta sempre uma situação singular, cujas características particulares assumem relevância ímpar para a solução do caso. Não há, de fato – e jamais haverá –, respostas predefinidas. Deve haver, no entanto, parâmetros claros e precisos que orientem a atividade do intérprete.

Não se cuida, evidentemente, de tarefa simples. Na ausência, ou insuficiência, de referidos

---

9. Também é o que observam, no Direito alemão, Simon Whittaker e Reichard Zimmermann (2000, p. 31): “Thus, it is not a legal rule with specific requirements that have to be checked but may be called an ‘open’ norm. Its contents cannot be established in an abstract manner but takes shape only by the way in which it is applied”.

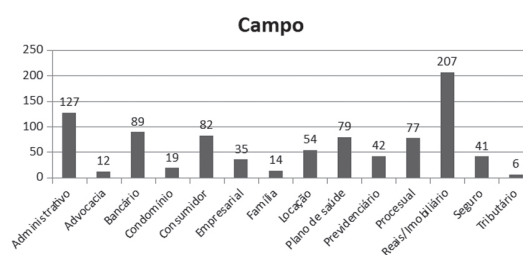
parâmetros, a atuação do intérprete se torna ainda mais tormentosa, o que se constata a partir da análise da jurisprudência pátria. Emblemático, nesse sentido, foi o resultado de pesquisa empírica levada a cabo no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), coordenada pelos professores Aline de Miranda Valverde Terra, Carlos Nelson Konder e Gisela Sampaio da Cruz Guedes, com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – Brasil.<sup>10</sup> Durante período de mais de três anos, 29 mestrandos e doutorandos do referido programa coletaram, catalogaram e analisaram o total de 3.098 decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), publicadas durante o período de 2015 a 2017. Foram selecionadas as decisões que invocavam os princípios da boa-fé, da função social do contrato e do equilíbrio contratual. Ao que interessa diretamente ao tema deste artigo, coletaram-se e analisaram-se 1.472 decisões julgadas pelas 1ª à 22ª Câmaras Cíveis do TJRJ, resultantes da busca pela expressão “boa-fé” no ano de 2015. Dessas decisões, somente 786 efetivamente se referiam ao princípio da boa-fé objetiva, sendo as demais relativas à boa-fé subjetiva, razão pela qual a análise seguiu exclusivamente sobre o primeiro grupo.

Verificou-se, no entanto, que, dessas 786 decisões, em apenas 388 se reconheceu força autônoma ao princípio, vale dizer, aplicou-se a boa-fé objetiva como único fundamento decisório e se atribuiu a ela, de fato, função conformadora da autonomia privada. De outro lado, nos demais casos, a boa-fé objetiva foi mencionada com mera função retórica, já que a controvérsia poderia ser solucionada com base em dispositivo legal ou contratual específico.

Como apontado alhures, a aplicação da boa-fé objetiva não pode descurar das especificidades do

10. O resultado integral da pesquisa, com os artigos produzidos pelos mestrandos e doutorandos a partir de suas investigações, está publicado em TERRA; KONDER; GUEDES, 2019.

contrato concreto, pelo que se afigura primordial verificar a qualificação da relação objeto da controvérsia. Entre os 786 casos examinados, 79 deles envolviam especificamente planos de saúde – não obstante a competência exclusiva das câmaras especializadas, por conta de prevenção, diversos processos envolvendo Direito do Consumidor ainda foram julgados, em 2015, pelas Câmaras Cíveis indicadas –, como se observa da tabela abaixo:<sup>11</sup>



Analisadas as 79 decisões relativas a planos de saúde, identificou-se um tema que, embora não tenha sido o quantitativamente mais debatido, se destacou em razão da grande repercussão das teses envolvidas, qual seja a natureza taxativa ou exemplificativa do rol de doenças estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para fins de cobertura contratual obrigatória.

A repercussão da boa-fé objetiva na análise do tema está visceralmente ligada às peculiaridades da relação contratual encetada entre as partes, que passam a ser examinadas na sequência.

## 2 Planos privados de assistência à saúde: contrato bilateral e mutualismo

Superada a distinção entre planos e seguros privados,<sup>12</sup> a Medida Provisória nº 2.177-44/2001

11. A tabela é parte da análise dos julgados feita pelos coordenadores da pesquisa em TERRA; KONDER; GUEDES, 2019, p. 8.

12. A Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, conferia tratamento diverso ao plano de saúde e ao seguro de saúde. De um lado, havia a →

conferiu nova redação ao art. 1º, inciso I, da Lei nº 9.656/1998, que passou a definir o plano privado de assistência à saúde nos seguintes termos:

“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”.

## Na definição de Larenz, contratos bilaterais são, em sentido amplo, **contratos de intercâmbio**.

A definição legal é reveladora da natureza jurídica dos negócios firmados com as operadoras de planos privados de assistência à saúde: trata-se de contrato de prestação de serviço. É contrato porque sua prestação é dotada de patrimonialidade, ou seja, é destinada a conferir ao credor utilidade estimável economicamente na vida de relação, a fim de satisfazer interesse apreciável ou não pecuniariamente (BETTI, 1953, p. 54-55).<sup>13</sup> Significa dizer que,

---

→ operadora de plano de saúde, que mantinha serviços próprios e podia “contratar ou credenciar pessoas físicas ou jurídicas legalmente habilitadas e reembolsar o beneficiário das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo plano” (redação original do art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.656/1998). De outro, os seguros privados de assistência à saúde se caracterizavam por “reembolsar o segurado ou, ainda, pagar por ordem e conta deste, diretamente aos prestadores, livremente escolhidos pelo segurado, as despesas advindas de eventos cobertos, nos limites da apólice” (redação original do art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.656/1998).

**13.** Segundo Michele Giorgianni, “l’elemento centrale dell’obbligazione è perciò dato dal dovere del debitore, avente →

embora o particular, ao celebrar o contrato com a operadora, tenha em mira a proteção à sua saúde – interesse eminentemente existencial –, o objeto da relação não se desnatura, e conserva a sua patrimonialidade. Com efeito, o fato de se cuidar de relação contratual, a atrair a disciplina própria dessa espécie de negócio, não afasta, evidentemente, eventual impacto que o peculiar interesse envolvido possa causar no concreto regulamento.<sup>14</sup>

Trata-se, ademais, de contrato bilateral. Na definição de Larenz, contratos bilaterais são, em sentido amplo, **contratos de intercâmbio**: as partes trocam prestações dotadas, para cada uma delas, de igual valor, de modo que cada uma recebe por sua prestação o valor correspondente da contraprestação. Segundo critério objetivo, não é necessário que as prestações recíprocas sejam equivalentes; basta que cada parte veja na prestação da outra a compensação suficiente por sua própria prestação (LARENZ, 1958, p. 267). O princípio fundamental dos contratos bilaterais, afirma o autor, é o *do ut des*, segundo o qual cada contratante se obriga à sua prestação, unicamente, em razão de o outro se obrigar à contraprestação (LARENZ, 1958, p. 266). A bilateralidade do contrato não decorre, portanto, da mera presença de obrigações atribuídas a ambas as partes; nem todo contrato com obrigações para os dois contratantes se qualifica como bilateral. Imprescindível é a existência de relação de interdependência entre as prestações, de sorte que uma obrigação seja a razão jurídica da outra. As duas prestações estão entre si em conexão causal: cada um dos contratantes se obriga a prestar para obter a prestação da contraparte. Contrato bilateral é, em síntese, contrato **sinalagmático**.

---

→ come contenuto un comportamento tale da soddisfare perfettamente l’interesse del creditore. La relazione strumentale tra questo comportamento e quell’interesse spiega, altresì, perché l’interesse possa essere anche non patrimoniale, mentre il comportamento deve essere, necessariamente, suscettibile di valutazione economica” (GIORGIANNI, 1968, p. 231).

**14.** Confira-se, sobre o tema, KONDER; TEIXEIRA, 2011, p. 3-24.

O nexa de sinalagmaticidade nos contratos em análise é estabelecido entre o pagamento da mensalidade, pelo particular, e a administração de custos dos serviços médicos, por parte da operadora, “com o objetivo de constituir rede (credenciada, referenciada ou contratada) à qual possa o consumidor recorrer no momento em que necessite” (TEPEDINO, 2011, p. 377). Não há, pois, prestação de serviços médicos, e tampouco é objeto do contrato a saúde humana – que exsurge, como já apontado, apenas como interesse do contratante na celebração do negócio. Cuida-se, em definitivo, de contrato sinalagmático, em que a operadora presta serviço de gestão de custos porque, e tão somente porque, o particular paga a mensalidade ajustada, e o particular só paga a mensalidade ajustada porque recebe um serviço de administração de custos de serviços médicos.

Mas não é só. Esse sistema de gestão de custos tem em mira a pulverização dos riscos por meio do mutualismo, unindo-se os esforços dos contratantes a fim de formar um fundo comum para a mitigação dos riscos; todos contribuem com valor certo e determinado, compartilhando entre si os riscos das perdas incertas. Busca-se, assim, diluir os riscos pela coletividade dos segurados, que contribuem para um fundo comum formado pelas reservas técnicas, e que se destinam ao custeamento, total ou parcial, da rede de serviços médicos à qual o usuário poderá recorrer no momento oportuno.<sup>15</sup>

Os valores pagos pelos contratantes decorrem de complexos cálculos atuariais, que permitem aferir a probabilidade de ocorrência do sinistro; para

---

**15.** Sobre o princípio do mutualismo, afirma Walter A. Polido (2010, p. 92-95): “É da essência do contrato de seguro. Sem ele, o fundo de mutualidade, não existe seguro, e qualquer situação semelhante que se pretenda criar certamente estará sendo construída sobre outras bases que não são as do seguro. Através das reservas econômicas e matemáticas, riscos são protegidos coletivamente. [...] O agrupamento de pessoas, cada qual pagando uma quota-parte de seu risco em prol de todos, denominado mutualismo, certamente propicia maior segurança ao indivíduo e com barateamento de custos, ao invés de cada um dos participantes gerir o seu próprio risco, financiando-o”.

tanto, levam-se em conta diversos fatores, como o perfil dos contratantes, o objeto do contrato, a amplitude dos riscos assumidos, entre tantos outros elementos relevantes para otimizar o máximo possível a gestão dos riscos.

Nesse cenário, não há como dissociar o imperativo respeito ao mutualismo do sistema de planos privados de assistência médica da manutenção do equilíbrio econômico do contrato individualmente celebrado entre a operadora e o contratante individual; o desequilíbrio econômico do contrato individual impacta o equilíbrio da rede de contratos promovido pelo mutualismo. Daí a importância capital de se garantir a delicada equação econômico-financeira de cada contrato, lastreada em complexos cálculos atuariais.

O equilíbrio econômico almejado, expressão da justiça comutativa, não requer, evidentemente, equivalência absoluta das prestações a cargo de cada parte, mas proporcionalidade, de forma que nenhuma delas dê muito mais nem muito menos do que recebeu.<sup>16</sup> Como advertem Rodolfo Sacco e Giorgio de Nova, é um primeiro e gravíssimo erro pensar que o contrato seja uma operação em que a soma das vantagens e das perdas das partes é igual a zero. Quem, de boa-fé, tem em mente esse disparate, afirmam os autores, passará todo o seu tempo buscando regra que impeça um contratante de ganhar, para impedir que o outro contratante perca. Quem raciocina assim vê em cada intercâmbio uma extorsão executada por uma parte em prejuízo da outra (SACCO; DE NOVA, 2004, p. 17-18). A proporcionalidade, portanto, consiste na justa proporção ou quantificação, concretizada segundo a boa-fé objetiva (PERLINGIERI, 2008, p. 413-414).

Há de se considerar, ainda, que o mercado de planos privados de assistência à saúde é intensamente

---

**16.** De acordo com Pietro Perlingieri, o princípio de proporcionalidade parece “destinado a afetar profundamente a moderna concepção de contrato, que de tal forma se distancia definitivamente da tradicional interpretação voluntarista do princípio *pacta sunt servanda*” (PERLINGIERI, 2000, p. 560, tradução livre).

regulado. De acordo com a Lei nº 10.185/2001, as sociedades operadoras estão sujeitas ao disposto na Lei nº 9.656/1998 e à fiscalização e regulamentação da Agência Nacional de Saúde (ANS).<sup>17</sup> Para a análise que ora se empreende, assume especial importância o art. 10 da Lei nº 9.656/1998, o qual estabelece o chamado plano-referência de assistência médica, que deve contemplar

“cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, 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 (CID), da Organização Mundial de Saúde (OMS), respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no artigo 12 desta Lei”.<sup>18</sup>

**17.** Art. 1º da Lei nº 10.185/2001. “As sociedades seguradoras poderão operar o seguro enquadrado no art. 1º, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades. [...]”

§ 2º - As sociedades seguradoras especializadas, nos termos deste artigo, ficam subordinadas às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde - ANS, que poderá aplicar-lhes, em caso de infringência à legislação que regula os planos privados de assistência à saúde, as penalidades previstas na Lei nº 9.656, de 1998, e na Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.”

**18.** Eis a redação na íntegra do art. 10, Lei nº 9.656/1998: “É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, 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; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII - **revogado**; IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente”.

Referido dispositivo é, em grande medida, objeto da discussão que se pretende enfrentar, e que traz à baila os influxos da boa-fé objetiva nos contratos de planos privados de assistência à saúde, como se verá a seguir.

### **3 Natureza do rol de doenças estabelecido pela Agência Nacional de Saúde e implicações da boa-fé objetiva**

Como se denota do art. 10 da Lei nº 9.656/1998, o plano-referência oferece cobertura ambulatorial e hospitalar. As coberturas a serem obrigatoriamente proporcionadas pelas operadoras nesse plano são aquelas referidas no art. 12 da mesma lei.<sup>19</sup> O dispositivo é regulamentado pela ANS, que

**19.** Art. 12 da Lei nº 9.656/1998. “São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

- a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina;
- b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente;
- c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes;

II - quando incluir internação hospitalar:

- a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos;
- b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente;
- c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação;
- d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar;
- e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos →

elabora rol de procedimentos e eventos em saúde – atualmente constante da Resolução Normativa nº 428/2017 –, atualizado periodicamente, do qual consta o que cada plano deve fornecer, bem como os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e eventos em saúde.

Encerrava, contudo, objeto de viva controvérsia a natureza jurídica do rol de coberturas obrigatórias pelo plano-referência elaborado pela ANS: trata-se de rol taxativo ou exemplificativo, vale dizer, as operadoras estão obrigadas a oferecer os itens do rol, e nada mais, ou podem ser constrangidas ao fornecimento de outras coberturas não elencadas mas qualificadas como obrigatórias pelo médico assistente?

Na pesquisa acima referida, implementada no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Uerj, diversas decisões qualificaram o rol como exemplificativo – na linha, a rigor, do que se observava majoritariamente na jurisprudência dos demais tribunais estaduais –, obrigando a operadora a oferecer serviço ou procedimento nele não elencado

---

→ limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e

f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos;

g) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar;

III - quando incluir atendimento obstétrico:

a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto;

b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção;

IV - quando incluir atendimento odontológico:

a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente;

b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia;

c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral”.

(e tampouco contemplado contratualmente).<sup>20</sup> Em novembro de 2019, todavia, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proclamou, por unanimidade, no âmbito do REsp nº 1.733.013-PR, a natureza taxativa do rol de doenças estabelecido pela ANS, colocando fim à controvérsia.<sup>21</sup> A rigor, outro não poderia ser o resultado da decisão.

Tanto o art. 10 quanto o art. 12 da Lei nº 9.656/1998, ao tratarem do plano-referência, mencionam “exigências mínimas” de cobertura. Ora, ao fixar “exigências mínimas”, pretende-se estabelecer que o mínimo que o plano-referência está obrigado a oferecer é o que consta do rol da ANS, sendo facultativa a oferta de quaisquer outras coberturas, a partir do livre exercício da autonomia privada, mediante retribuição compatível, tendo em vista tratar-se, como apontado, de contrato sinalagmático, intensamente impactado pelo mutualismo e para o qual o equilíbrio da equação econômico-financeira se afigura essencial. Em verdade, se o rol fosse exemplificativo, sequer haveria razão para ele existir, já que qualquer outro procedimento ou serviço poderia ser considerado obrigatório por decisão do médico-assistente. Quem tem a competência e a *expertise* para definir o que é obrigatório, portanto, não é o médico-assistente – e tampouco o Poder Judiciário –, mas a ANS.

---

**20.** Confira-se, a título exemplificativo: “Agravos Internos em Apelação Cível. Decisão monocrática da Relatora que deu provimento ao recurso. Inexistência de novo argumento capaz de alterar a decisão, que assim restou ementada: ‘Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer e indenização por morais. Plano de saúde. Recusa em autorizar exame PET-SCAN. Falha na prestação de serviço. Rol de procedimentos da ANS não taxativo. Função social do contrato de seguro de saúde. Dano moral em razão do fato lesivo (*in re ipsa*). Verba indenizatória que merece parcial revisão, em respeito ao princípio da razoabilidade. Recurso a que se dá parcial provimento, seguimento, na forma do art. 557 do CPC.’ Agravos Internos a que se nega provimento” (TJRJ, 24ª C.C., Agravo Interno em Apelação Cível nº 0069215-07.2013.8.19.0001, Rel. Des. Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello, j. 14/10/2015).

**21.** Para notícia acerca da decisão, ainda pendente de publicação, confira-se: <http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Quarta-Turma--lista-de-procedimentos-obrigatorios-da-ANS-nao-e- apenas-exemplificativa.aspx>



A ANS, ao contrário do médico-assistente, analisa os procedimentos e eventos sob perspectiva coletiva, tendo em mira a universalização do serviço, de modo a viabilizar o atendimento do maior número possível de usuários. A rápida evolução da medicina e o desenvolvimento de equipamentos médicos cada vez mais modernos, graças ao galopante avanço tecnológico, tornam o cálculo atuarial sempre mais sofisticado, a conduzir à maior complexidade também da gestão dos fundos mutualísticos. A elaboração precisa e cuidadosa de um rol taxativo de coberturas obrigatórias pelo plano-referência é imprescindível para a sobrevivência do sistema. Fosse o rol exemplificativo, a todo momento poder-se-ia demandar a cobertura de novo procedimento ou evento, o que impediria o conhecimento, pela operadora, dos riscos a serem suportados e, conseqüentemente, a fixação prévia do preço a ser cobrado dos usuários, a gerar insuportável insegurança jurídica, se não a própria inviabilidade do setor. Por isso mesmo a decisão do STJ se revela auspiciosa não apenas para as operadoras, mas, sobretudo, para toda a coletividade de contratantes de planos privados de assistência à saúde.<sup>22</sup>

Reforça a natureza taxativa do rol a existência dos ciclos de atualização; não fosse taxativo, não haveria necessidade de estabelecer um processo administrativo para a análise de novas tecnologias e procedimento para atualização periódica. Além disso, a disponibilidade de diversos planos, com coberturas variadas e preços distintos, vai ao encontro da taxatividade: fosse exemplificativo, bastaria ao usuário alegar a flexibilidade do elenco para pleitear a cobertura de procedimento não contratado e não contemplado na mensalidade paga, a tornar dispensável a prévia elaboração de planos específicos.

Por fim, mas não menos importante, atribuir natureza taxativa ao rol não viola a boa-fé objetiva. Ao contrário, reforça-a e a promove.

Como já observado, a boa-fé objetiva impõe aos contratantes a adoção de comportamento probo e leal, voltado à tutela da legítima confiança da contraparte; visa, assim, à promoção de ambiente negocial sadio, correto e cooperativo. Não parece, todavia, ser condizente com tal contexto o pleito de coberturas não previstas no elenco da ANS sem por elas pagar. Não se ignora que, por vezes, a vida segue caminhos dramáticos, e que as pessoas são colocadas diante de infortúnios inimagináveis. Isso, entretanto, não autoriza, sob alegação de boa-fé objetiva, que se demande cobertura não contemplada no referido rol e tampouco contratada.

## A ANS, ao contrário do médico-assistente, analisa os procedimentos e eventos sob perspectiva coletiva.

Não há aí confiança legítima violada. Legítima é a confiança que está de acordo com o direito, despertada a partir de circunstâncias objetivas, da conduta da contraparte e de informações não esclarecidas, que conduzem o contratante a acreditar que determinada cobertura é devida. A existência de informação clara e precisa quanto aos procedimentos cobertos, elencados taxativamente pela ANS, afasta a legitimidade de eventual confiança arguida pelo usuário, e impede a imposição da cobertura à operadora com base em alegada boa-fé objetiva. A rigor, a boa-fé objetiva é vetor de mão dupla, impondo tanto às operadoras quanto aos usuários deveres de conduta pautados na eticidade e honestidade; a exigência de cobertura não elencada no rol da ANS (e não coberta contratualmente) se afigura, em verdade, conduta contrária à boa-fé objetiva, e deve ser coibida pelo Poder Judiciário.

Não se pode deixar de pontuar, a propósito, que as decisões que consideram o rol como exemplificativo e ampliam a cobertura sob o manto da tutela

<sup>22</sup>. No mesmo sentido, confira-se TEPEDINO, 2019.

da boa-fé objetiva decorrem, em certa medida, da própria dificuldade enfrentada pelo jurista em lidar com cláusulas gerais e princípios, fruto da cultura jurídica brasileira tradicionalmente conceitualista. A necessidade de identificar o sentido das cláusulas gerais no caso concreto potencializa a discricionariedade interpretativa do julgador,<sup>23</sup> o que não lhe confere, evidentemente, o poder de integrar a norma a partir de critérios subjetivos, ou de juízos de conveniência e oportunidade. Tampouco importa em lhe atribuir liberdade total e irrestrita. Apenas o poder absoluto é arbitrário, e rejeita qualquer tipo de controle. O exercício legítimo da discricionariedade interpretativa pressupõe a observância do princípio da legalidade,<sup>24</sup> daí a necessidade imperiosa de, no âmbito dos planos privados de assistência à saúde, observarem-se a legislação em vigor, bem como a regulamentação da ANS.

Há que se resistir à tentação, sempre insidiosa e mesmo inerente à natureza humana, de se buscar "justiça" a qualquer custo no caso concreto, diante dos complexos dramas pessoais que se colocam diuturnamente perante o Poder Judiciário. Atribuir uma pretensa "função assistencial" ao contrato, além de ir de encontro ao dado normativo,<sup>25</sup> conduz

23. Confirma-se a definição de Fabrizio di Marzio (2006, p. 399): "Con il sintagma 'discrezionalità interpretativa' intendo riferiremo al potere, proprio dell'attività decisoria, di scelta nel merito, considerato tuttavia non in se stesso ma in quanto **conseguenza** del potere di scelta che il giudice esercita – prima che sulla soluzione da adottare – sulla interpretazione da effettuare per giungere alla soluzione (se, come, in che misura interpretare)".

24. "Os juristas são estimulados a ser positivistas, quando as normas têm um conteúdo moral e há espaço para contribuir para o progresso e para o desenvolvimento dos referidos valores fortes. Quando isso for impossível, só restará a resistência. É um retorno ao jusnaturalismo. Quando o poder se torna presa de impulsos irracionais, o primado da política se obtém com concepção jusnaturalística, e não com a concepção rigorosamente normativa do direito. Dessa forma, o primado da política assume um significado diverso: 'primado não já da lei imposta pela força do Estado, mas da norma razoavelmente fundadora de uma ordem jurídica'" (PERLINGIERI, 2008, p. 50).

25. A jurisprudência superior já reflete essa preocupação, e reitera a importância de não converter a função social do contrato em função assistencial, como se extrai da decisão proferida no REsp nº 783.404, relatada pela ministra Nancy Andrighi, em que se discutia a possibilidade de resolver contrato de compra →

a uma série de graves problemas, a exemplo da quebra do mutualismo inerente ao sistema de planos privados de assistência à saúde, a colocar em xeque a própria sobrevivência da atividade econômica.

## 4 Conclusões

A boa-fé objetiva operou alteração significativa na autonomia privada, reformulando internamente seu conceito para nela inserir a necessidade de os ajustes negociais, a despeito de voltados à promoção da função econômica inerente ao contrato e à satisfação dos interesses privados de cada contratante, promoverem ambiente sadio e ético. Nesse cenário, a boa-fé objetiva, atuando heteronomamente, impõe deveres de conduta às partes, impede comportamentos abusivos e exige a adoção, entre os vários sentidos possíveis extraíveis do contrato, daquele condizente com a lealdade e cooperação que devem reger as relações negociais.

A diversidade das relações jurídicas e dos interesses nelas envolvidos impede a elaboração de um modelo predeterminado de incidência da boa-fé. Impõe-se analisar cada relação contratual, a fim de verificar a concreta incidência da cláusula geral. Por essa razão, analisou-se a natureza jurídica dos ajustes celebrados com as operadoras de planos

→ e venda de safra futura de soja a preço certo, sob o argumento de ter se tornado excessivamente oneroso para o produtor em razão de fortes chuvas e pragas, que resultaram em baixa produtividade e elevação do preço da saca no momento da execução do contrato: "A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. [...] O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. [...] Dessa forma, não há como admitir que, tendo ignorado ou calculado mal tais variáveis, ou, pior, estando arrependida com o preço acordado no ato da contratação, a parte pretenda, sob o manto da função social do contrato, pleitear a resolução deste. O simples fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato" (STJ, 3ª T., REsp nº 783.404, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/6/2007).

privados de assistência à saúde, e se verificou tratar-se de contrato sinalagmático, cujo objeto é a prestação de serviço de gestão de custos, integrado a um sistema mutual, fortemente impactado pelo equilíbrio da equação econômico-financeira dos contratos individuais.

Tais características se afiguram essenciais para a identificação da taxatividade do rol de doenças estabelecido pela ANS. Em primeiro lugar, o dado normativo se refere expressamente a “exigências mínimas”, conferindo à ANS a competência para, com vistas à universalização do serviço e à mais efetiva gestão de custos, definir as coberturas obrigatórias. Admitir que o médico-assistente determinasse, caso a caso, o que deveria ser obrigatório para o seu paciente causaria a derrocada do mutualismo, colocando em risco a própria viabilidade do setor. Além disso, corrobora a taxatividade do elenco a própria existência de ciclos de atualização, bem como a previsão de diversos planos,

com coberturas variadas e predefinidas e preços diferentes.

De outro lado, entender o rol como taxativo prestigia a boa-fé objetiva, tornando claras as “regras do jogo”, de modo a garantir que o particular, ao contratar o plano-referência, esteja informado das exatas coberturas a que faz jus, não havendo que se falar em violação de **legítimas** expectativas quando negada a cobertura de procedimentos e eventos ali não previstos, por mais que a situação concreta, posta diante do julgador, revele as mais dramáticas fragilidades inerentes à condição humana.

A justiça do caso concreto, desejada e perseguida pelo aplicador do Direito, é a justiça na legalidade constitucional, que se alcança apenas com o emprego de renovada teoria da interpretação, axiologicamente orientada para a definição do conteúdo das cláusulas gerais à luz das normas de regência, das características do contrato, do sistema em que está inserido e das peculiaridades do caso concreto. ■

## Bibliografia

- BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. v. I. Milano: Giuffrè, 1953.
- BIANCA, Mirzia. Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 1, p. 795, 2011.
- CRISCUOLO, Fabrizio. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
- DI MARZIO, Fabrizio. Interpretazione giudiziale e costrizione. Ipotesi sulla legittimazione della discrezionalità interpretativa. *Rivista di Diritto Civile*. a. LII, n. 3, Padova, Cedam, maio/jun. 2006.
- GALLO, Paolo. Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto. *Rivista di Diritto Civile*, a. 48, n. 1, jan./fev. 2002.
- GIORGIANI, Michele. *L'obbligazione: la parte generale delle obbligazioni*. v. I. Milano: Giuffrè, 1968.
- KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações Jurídicas Dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Diálogos sobre direito civil*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 3-24.
- LANDO, Ole. Is good faith an overarching general clause in the principles of European contract law? In: ANDENAS, Mads et al. *Liber amicorum Guido Alpa: private law beyond the national systems*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. 1. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. Nuovi profili del contratto. *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, v. 21, n. 3, 2000.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. Relazione di sintesi. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
- POLIDO, Walter A. *Contrato de Seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010.

## Bibliografia

PRISCO, Nicola di. Gli itinerari dell'autonomia privata. *In: Il contratto*: Silloge in onore di Giorgio Oppo. v. 1. Padova: Cedam, 1992.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. Il contratto. *In: SACCO, Rodolfo (Dir.). Trattato di diritto civile*. t. 1. 3. ed. Torino: Utet, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *O STJ e a benfeiteira promoção do mutualismo*. 2019. Disponível em: <https://www.oabrj.org.br/colunistas/gustavo-tepedino/stj-benfazeja-promocao-mutualismo>. Acesso em: 10 fev. 2020.

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; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social

e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. *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 Jurídico, 2019.

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 Jurídico, 2019.

WHITTAKER, Simon; ZIMMERMANN, Reichard. Good faith in European contract law: surveying the legal landscape. *In: Good faith in European contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.