

PRESTAÇÕES AOS CUIDADOS DE SAÚDE PRIVADOS: ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA DELIMITAÇÃO POSITIVA E NEGATIVA AOS CONSUMIDORES EM PORTUGAL E NO BRASIL

BENEFITS TO PRIVATE HEALTH CARE: LEGAL FRAMEWORK OF POSITIVE AND NEGATIVE DELIMITATION FOR USERS IN PORTUGAL AND BRAZIL

Marlus Riani¹

INTRODUÇÃO

A palavra saúde possui um vasto campo de abrangência. Luís Meneses do Vale² esclarece que o significado da saúde tem confluência de três fontes latinas: i) *salus* – conservação e integridade de si; ii) *sanitas* – comportamento saudável e iii) *salubritas* – medidas sanitárias.

Entretanto, é na área científica do Direito³ que se faz indispensável demarcar o escopo em torno do significado da saúde, no intuito de centralizar o problema a ser enfrentado a posteriori, deste bem jusfundamental, positivado em diversos diplomas legais internacionais e nacionais.

De arrancada destaca a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que completou 75 (setenta e cinco) anos em 2023, a qual consagra no artigo 25º: “1. Toda a pessoa tem direito

¹ Doutor em Direito Civil pela Universidade de Coimbra/PT. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos/MG. Advogado e Professor Universitário.

² VALE, Luís António Malheiro Meneses do. O direito à saúde na União Europeia em perspectiva diacrónica: elementos para uma genealogia do artigo 35º da CDFUE. Revista Nascer e crescer/Hospital de Crianças Maria Pia. vol. 20. Porto: Hospital de Crianças Maria Pia, 2011, p. 278. Para o Autor a noção de saúde é “extensa, intensa e multimodamente co-essencial ao próprio homem, compreende-se que a saúde se confunda mesmo com um certo ideal de plenitude, perfeição e Eudaimonia individual, e por extrapolação, de bem-estar social, e que, consequentemente, se evidencie e manifeste por regra em termos negativos ou problemáticos,”. Adiante arremata, sobre o direito à saúde como direito social, posicionando como “jussubjectiva activa substancial de vantagem das pessoas perante a sociedade – direito em sentido amplo – tendo por conteúdo a provisão de serviços e produtos de saúde com carácter essencial de que comprovadamente necessitem, (...) depois reconhecidas pretensões jurídicas de vinculatividade graduada, em função da sua necessidade e da importância dos cuidados, à obtenção de outros produtos e serviços.” Idem, p. 279 e 281.

³ João Loureiro ao iniciar sua resposta sobre “Qual é, então, o objeto da proteção jurídica: a saúde ou doença?”, aponta: “o direito protege bens e não males jurídicos. A saúde é o bem que o direito, enquanto sistema de (im)possibilidades, conforma, tutela e promove, visando garantir, em temas materialmente paritários, a convivência humana.”. LOUREIRO, João Carlos. Aegrotationis Medicinam Ab Iure Peto? Notas sobre a saúde, a doença e o direito. Cadernos de Bioética. Ano XI, nº 25. Coimbra: Centro de Estudo de Bioética, (abril 2001), p. 30-31.

a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto (...) à assistência médica (...). 2 – A maternidade (...) têm direito a ajuda e a assistência especiais.”.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1948, diga-se, logo após a lamentável Segunda Guerra Mundial, idealizou à saúde como completo “bem-estar”⁴, pois buscava-se, naquele momento, a reconstrução das moradias, das próprias cidades e das famílias, por terem sido brutalmente vilipendiadas, sendo essa visão criticada por muitos como uma utopia⁵. Porém, o conceito atual, pontualmente modificado, pela Organização Mundial de Saúde, continua com a mesma diretriz, a saber: “A saúde é um estado dinâmico de completo bem-estar físico, mental, espiritual e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”⁶.

⁴ “o Estado de Bem-Estar Social é uma tendência, não é uma realidade no mundo; sua forma típica é a criação de novos direitos (...) são direitos muitos diferentes dos direitos tradicionais, pois exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação, mais exigem uma realidade para se realizarem. É essa a dificuldade dos direitos sociais; necessitam de uma atividade. O que o grande filósofo italiano do direito contemporâneo, Norberto Bobbio, chama de Estado promocional. Exigem uma atividade, uma promoção do Estado, para serem realizados.” CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. vol. 35. Porto Alegre: Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1995, p. 51.

⁵ Essa assertiva é confirmada por João Carlos Loureiro que diz: “Na gênese da Organização Mundial de Saúde, em 1948, alguns descortinaram utopia na noção abrangente de saúde subscrita”. LOUREIRO, João Carlos. Em jeito de nota de apresentação. In: Responsabilidade em saúde pública no mundo lusófono fazendo justiça durante e além da emergência da Covid. Coimbra: Instituto Jurídico [Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra], 2021, p. xiii. No mesmo sentido, Pedro Laín Entralgo entende que se trata de “formulação de uma falsidade e proclamação de uma utopia.” ENTRALGO, Pedro Laín. Antropologia médica para clínicos. Barcelona: Salvat Editores, 1984, p. 118.

⁶ Resolução EB101.R2, do Conselho Executivo da OMS, em 22.01.1998. Para a Professora Sueli Dallari o conceito trazido pela OMS traduz no “reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels”. DALLARI, Sueli Gandoffi. O conteúdo do direito à saúde. In: O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde. / Alexandre Bernardino Costa ... [et al.](organizadores) – Brasília: CEAD/UnB, 2009, p. 94. Para João Carlos Loureiro “sua gênese e afirmação encontra-se um contexto marcado pelo utilitarismo, pela crença nas possibilidades do Estado Social, pela ideia que, depois das provações da guerra, caminhar-se-ia para uma sociedade da abundância e bem-estar.” LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 657.

Dentre outros normativos⁷, impõe-se avultar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁸, especialmente no seu artigo 12º (Saúde), que dispõe: “§ 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.”. Para tanto, os Estados-partes deverão adotar as seguintes medidas: “1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças. 2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. 3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. 4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.”.

Percebe-se o dilatado alcance que se exige para a melhor concretização da saúde. Sueli Dallari adverte que “os trabalhadores sanitários a questionaram, afirmando que ela corresponde à definição da felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar e que, além disso, ela não é operacional.”⁹. Como bem resume João Carlos Loureiro, o “direito à saúde – uma expressão que está longe de ser pacífica”¹⁰.

No decorrer das últimas décadas, verificou-se o crescimento tecnológico vertiginoso, como novos aparelhos¹¹ de diagnóstico e imagem, estudos genéticos, técnicas cirúrgicas menos invasivas, medicação em pílulas (algumas vendidas até de forma “milagrosas”), ampliação da fabricação de próteses, órteses e materiais especiais, fatores que

⁷ Cronologicamente, destacam-se, alguns diplomas internacionais, que versam sobre o tema “saúde”, a saber: i) 1961- Carta Social Europeia (revista em 1996); ii) 1975 – Declaração sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e para o Benefício da Humanidade e a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência; iii) 1978 – Declaração de Alma Ata sobre Cuidados de Saúde Primários; iv) 1981 -Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; v) 1988 – Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; vi) 1991 – Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e a Melhoria dos Cuidados de Saúde Mental e Princípios das Nações Unidas para os Idosos; vii) 1992 – Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD); viii) 1993 – Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres; ix) 1994 – Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD); x) 1995 – Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres; xii) 1997 – Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO); xiii) 1998 – Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos; xiv) 2000 – Comentário Geral nº 14 do Comité das NU dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre o direito à saúde; xv) 2001 – Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública; xvi) 2002 – Cimeira Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável; xvii) 2002 – Relatório Especial para o direito de todos à satisfação do mais alto padrão atingível de saúde mental e física; xviii) 2003 – Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (UNESCO); xix) 2006 – Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e x) 2008 – Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

⁸ Adaptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de Dezembro de 1966, com entrada em vigor em 3 de Janeiro de 1976, em conformidade com seu artigo 27, sendo que Portugal (Aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11/07) e Brasil (Decreto Federal nº 591/1992).

⁹ DALLARI, Sueli Gandoffi, op. cit., p. 94.

¹⁰ LOUREIRO, João Carlos, op. cit., p. 666

¹¹ Confira o texto: CUNHA, Carolina. O doente sem horário: breve anatomia dos problemas jurídicos suscitados pelas aplicações móveis na área da saúde. Estudos de Direito do Consumidor. vol. 16. p. 43-56. Coimbra: Instituto Jurídico/Centro de Estudos do Consumo, 2018.

impactam diretamente no custo dos cuidados de saúde. Aliado a isso, o ser humano, de modo global, tem vivido por mais tempo e está sempre em busca de viver cada vez mais, para tanto, se submete a diversos tratamentos para satisfazer suas necessidades materiais e ambiciosas, haja vista o aparecimento dos mais variados bens de consumo na área do “completo bem-estar” à saúde.

O direito aos cuidados/à assistência de saúde está inserido na Constituição da República dos dois países como integrante dos direitos fundamentais, e de elevado apelo social, desafiando os intérpretes da lei na consecução para sua devida realização material – dever de prestação -, sem ofensa, direta ou indireta, a outros direitos fundamentais.

Especialmente, no caso do Brasil, ao pesquisar sobre ações judiciais ingressadas no Poder Judiciário, depara-se com uma variedade infindável de pedidos, pleiteando obrigação de dar ou de fazer, que buscam espelhar o “direito de assistência à saúde”¹², tais como, medicamentos, internações hospitalares, próteses, órteses, materiais especiais para atos cirúrgicos, alimentação especial (nutrição parenteral ou enteral), exames, terapias (fonoaudiologia, psicoterapia), fraldas geriátricas, transporte para o paciente e, até, pagamento de energia elétrica, quando há instalação de equipamentos respiratórios, por exemplo, na unidade residencial do consumidor.

Em virtude destes inúmeros pedidos de tutela jurisdicional, consagrou-se no Brasil a denominada “judicialização da saúde”¹³. Em Portugal não se constatou nenhum montante expressivo de demandas judiciais, arbitrais ou administrativas sobre os “direitos aos cuidados de saúde”, seja contra o Poder Público ou contra a iniciativa privada. Tal situação de contrariedade entre os dois países suscitou à investigação.

Neste vasto campo evidenciado alhures do gênero saúde, interessa apontar o enquadramento jurídico da delimitação das prestações aos cuidados de saúde, que visam permitir a concretização do merecimento de tutela ao consumidor na sua pretensão perante os fornecedores de serviços de saúde na garantia do tratamento das doenças, evitando gerar expectativa potencializada sobre a sua legítima delimitação positiva e, conseqüentemente, reclamações ou demandas judiciais.

¹² Ao se referir ao Brasil, será utilizada a expressão “direito de assistência à saúde”, em virtude que dispõe desta forma a lei especial de planos e seguros de saúde (Lei nº 9.656/98).

¹³ “O termo judicialização tem sido utilizado para identificar duas situações diferentes. Existe, em primeiro lugar, uma judicialização quantitativa. Nesse sentido, a expressão judicialização da vida se refere a uma certa explosão de litigiosidade no país, que se manifesta na existência de um número espantoso de ações judiciais em curso. [...] Fenômeno diverso é a judicialização qualitativa. A expressão designa o fato de que boa parte das grandes questões nacionais – políticas, econômicas, sociais e éticas – passaram a ter o seu último capítulo perante os tribunais.” BARROSO, Luís Roberto. A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 22-23.

Em Portugal são quase 3 milhões de segurados e no Brasil mais de 50 milhões de beneficiários que são afetados nesta relação jurídica de consumo.

1 DEVER DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR PELO ESTADO

Consta do texto constitucional português que um sujeito específico, o consumidor, tem, dentre outros, o direito “à proteção da saúde”. Em que pese constar a mesma expressão prevista no artigo 64º, não há dúvida que devem ser tratadas de formas diferentes, pois nesta envolve, também, a relação jurídica com a iniciativa privada. O busílis da questão está em saber: qual o papel a ser desempenhado pelo Estado para garantir esse direito ao consumidor?

Incumbe ao Estado, para proporcionar a proteção ao consumidor do vasto rol de direitos previstos no artigo 60º da Constituição portuguesa, elaborar leis especiais¹⁴ e regulamentos adequados, criar órgãos específicos ou entidades regulatórias que harmonizem os interesses dos consumidores e dos agentes econômicos, bem como apoiar a criação e funcionamento das associações de consumidores e das cooperativas de consumo¹⁵.

Como alerta Jorge Miranda cabe ao Estado o dever de proteção¹⁶, e essa proteção destina-se ao sujeito de direitos compreendido como a parte mais fraca da relação jurídica de consumo.

Gomes Canotilho e Vital Moreira ensinam que o dispositivo constitucional legitima¹⁷ o Estado implementar medidas perante as atividades econômicas desenvolvidas pelos fornecedores de bens e serviços, no intuito de concretizar os direitos dos consumidores. Ao explicarem sobre a “proteção da saúde” apontam para a tutela do consumidor por meio de regulações dos alimentos, dos fármacos, cosméticos, e alertam sobre advertência dos produtos lesivos ou perigosos, além da necessidade de informação qualificada que o uso pode ocasionar nos consumidores.

¹⁴ Consta da Carta dos Fundamentais da União Europeia: “Artigo 38º. Defesa dos consumidores. As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores.”. Jornal Oficial da União Europeia, C 202/400, 7.6.2016

¹⁵ O artigo 1º da Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 24/96) estabelece essa incumbência ao Estado como sendo “Dever geral de proteção”.

¹⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2ª ed., rev. act. e ampl. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal (Coimbra Editora), 2005, p. 1173.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa: anotada. 4ª ed. rev., reimp. Coimbra: Editora, Coimbra, 2014, p. 780-781.

A Resolução do Conselho de Ministros, de 14 de abril de 1975¹⁸, contemplava essa conotação, prevendo que os bens e serviços utilizados em condições normais e previsíveis não poderiam acarretar perigo à saúde, segurança, gerar qualquer dano corporal, e caso apresentassem, deveriam ser retirados imediatamente do mercado de consumo. Além disso, que os gêneros alimentícios não poderiam sofrer alterações ou contaminações das embalagens, imposição de regulamentação clara sobre substâncias ou preparados a serem adicionados nos produtos alimentares, bem como as máquinas, os aparelhos e equipamentos eletroeletrônicos não poderiam afetar à saúde do consumidor.

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

Tem-se que o segurador que oferece esse tipo contratual, *grosso modo*, assume o dever de garantir que o consumidor terá um atendimento digno e de qualidade em toda a rede de estabelecimentos de saúde por ele conveniada, que a *leges artis* e a *animus curandi* serão devidamente empregadas em conformidade com a literatura médica científica atualizada, com o devido pagamento das despesas geradas, tudo no intuito que não haja qualquer agravamento ao seu estado clínico em virtude das prestações convencionadas.

Com efeito, eventual violação à “proteção da saúde” que consistir na falta da observância do dever originário do segurador em garantir a finalidade precípua deste contrato pode-se entender como ofensa ao direito fundamental do consumidor, a qual deve ser tratada no âmbito das legislações infraconstitucionais, tais como, o Código Civil, especialmente o seu artigo 335º, a Lei de Defesa do Consumidor, a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, o Regime Jurídico dos Contratos de Seguros, diplomas jurídicos que servirão de supedâneo ao julgador para analisar a licitude ou ilicitude da delimitação das prestações aos cuidados de saúde.

Em uma nota, não coaduno com a tese jurídica de aplicação direta do texto constitucional, baseado no “direito à proteção da saúde” ou no princípio da dignidade da pessoa humana, quando se instala o pedido de tutela jurisdicional ao consumidor nos casos em que o

¹⁸ Revalidada pela Resolução do Conselho de 19 de maio de 1981. Para mais detalhes: FROTA, Mário. Direito à saúde e os consumidores. (Comunicação apresentada no dia 26 de novembro de 1988, no Seminário promovido pelo UGT, Departamento de Consumidores, no Hotel Berna) e publicada na Tribuna da Justiça. nº 3. Lisboa: abr./maio de 1990. Consulte, também, o Decreto-Lei nº 383/89, 06 de novembro sobre responsabilidade do produtor.

segurador não autoriza os cuidados de saúde por existir cláusula delimitadora negativa da prestação aos cuidados de saúde. A doutrina esclarece existir direitos, liberdades e garantias “procedimentalmente dependentes de actos legislativos concretizadores”^{19 20}.

Em que pese no contexto atual dos seguros de saúde, não existir nenhuma legislação especial portuguesa que imponha a modelação obrigatória de oferta dos cuidados de saúde pelo segurador, fato que lhe permite uma extensa liberdade contratual²¹ para criação das cláusulas contratuais gerais, não justifica aplicar diretamente o direito fundamental à proteção da saúde ou princípio da dignidade da pessoa humana.

A posição dominante do segurador é evidente, ao conhecer todas as circunstâncias do mercado e dos cuidados de saúde convencionados e ofertados ao consumidor, por meio de um contrato inegociável, ou seja, de adesão.

Assenta-se compreender se essa posição do segurador alcança o mesmo *status* de “*poder especial*”, característico, v.g., de uma empresa privada que detém a concessão de serviço público no regime de monopólio, a qual acaba por ser investida como “sujeito passivo” das prestações positivas exigíveis pelo particular.

O Estado permite a iniciativa privada econômica no mercado de seguros de saúde, ao reconhecer não ser possível atender a expectativa de todos, contudo, atua na regulação, com a autorização de funcionamento, fiscalização da perenidade do mercado e dever de proteção do consumidor, bem como na regulamentação de legislações que visam garantir a plena realização do negócio jurídico.

A pessoa coletiva ao exercer a autonomia privada de empreender no ramo de seguro de saúde não deve ser “equiparada” ao Estado, pois o consumidor, dentro da sua liberdade de contratar, pode escolher com qual particular quer se vincular, entre os seguradores devidamente autorizados pelo Estado. Em que pese toda a sua incapacidade de alcance dos efeitos das cláusulas, é dever jurídico do segurador prestar as informações e os esclarecimentos, sob pena de nulidade das cláusulas e consequentemente o dever de indenização.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., 16ª reimpr. (Manuais universitários). Coimbra: Almedina, 2016, p. 99.

²⁰ Canaris propõe três questões: “Primeira: quem é destinatário dos direitos fundamentais – apenas o Estado e os seus órgãos, ou também os sujeitos de direito privado? Segunda: o objecto do controlo segundo os direitos fundamentais é o comportamento de quem – o comportamento de um órgão do Estado, ou de um sujeito de direito privado? Terceira: em que função são aplicados os direitos fundamentais – como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela?”. CANARIS, Claus-Wilhelm, Direitos fundamentais e direito privado. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª ed. reimp. da edição de jul/2003. Coimbra: Almedina, 2009, p. 52.

²¹ Cf. Menezes Leitão: “A liberdade contratual é a parte mais importante da autonomia privada, enquanto princípio fundamental do Direito das Obrigações.”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações. vol. I – Introdução. Da Constituição das Obrigações. 14.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 24.

Com o advento da Constituição da República brasileira, no ano de 1988, restou previsto em seu artigo 5º, inciso XXXII, “que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Fato reforçado no artigo 48²² do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como mandamento ao Poder Legislativo de elaborar o código de defesa do consumidor²³.

Diferentemente da Constituição Portuguesa, o constituinte brasileiro positivou de forma genérica atribuição ao Estado (executivo, legislativo e judiciário) na defesa do consumidor, tendo como parâmetro as legislações a serem promulgadas. A principal é o conhecido Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/90), com *vacatio legis* de cento e oitenta dias, a contar da publicação (art. 118), entrou em vigor em março de 1991.

Com efeito, não há dúvida do dever primordial e imperativo do Estado na defesa do consumidor, cabendo cada poder, dentro dos limites das suas funções governamentais, estabelecer regramentos jurídicos que permitam a efetivação do comando constitucional.

Passa-se à diante a expor o enquadramento jurídico, ora existente nos dois países.

2 ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA DELIMITAÇÃO POSITIVA OU NEGATIVA DAS PRESTAÇÕES

As constituições portuguesa e brasileira permitem a exploração da atividade econômica de serviços aos cuidados de saúde pela iniciativa privada, não sendo monopólio do Estado.

Todavia, o Estado *latu sensu* se encontra presente para autorizar o funcionamento desta atividade, fiscalizar se os serviços estão sendo prestados a contento aos consumidores, promulgar leis e normativos que assegurem os direitos e deveres dos participantes desta relação jurídica, além atuar dirimindo os conflitos gerados, judicialmente ou extrajudicialmente.

Nessa senda, o propósito é evidenciar os regramentos jurídicos dos dois países, no intuito de analisar se atendem, ao fim e ao cabo, a proteção do consumidor quanto a delimitação das prestações aos cuidados de saúde.

²² “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”.

²³ Cláudia Lima Marques destaca a importância do direito do consumidor ter sido introduzido no Brasil pela via originária constitucional, enfatizando que: Em resumo, certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário. A Constituição seria a *garantia* e o *limite* de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor.” BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

2.1 PORTUGAL

A contratação de seguros privados de saúde visa a não dependência ao Serviços Nacional de Saúde (SNS). O objeto a discorrer diz respeito as empresas que ofertam seguros de saúde, individual ou por grupo, enquadrado no ramo <<Não vida>>, com a terminologia de <<Doença>>, nas modalidades: a) prestações convencionadas (com contribuição mensal do tomador ou da pessoa segura com liberdade para optar pela rede conveniada constante de um guia de profissionais e estabelecimentos de saúde); b) prestações indenizatórias (reembolso – segurador indeniza a pessoa segura numa parte das despesas de saúde suportadas por ele, mediante apresentação de comprovantes) e c) combinações de ambas (misto)²⁴.

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

O Decreto-Lei n.º 72/2008 é norma jurídica especial portuguesa vigente que versa sobre seguros²⁵. Especificamente, o seguro de saúde é tratado no Anexo do referido diploma legal, nos artigos 213º a 217º²⁶, compreendo aquele em que “o segurador cobre riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde”²⁷. No artigo 214º é enfático que esses riscos são aqueles

²⁴ Cumpre esclarecer que tem surgido no mercado de cuidados de saúde português alguns produtos denominados de cartão de saúde ou plano de saúde, que não podem ser confundidos com o seguro de saúde, pois não há risco para a empresa, o *modus operandi* é o pagamento de taxa mensal que permite o consumidor aceder a um conjunto de serviços de saúde, geralmente mais básicos, como consultas médicas, consultas com psicólogos, fisioterapia, exames de laboratório, RX, dentro de uma rede de prestadores referenciada pela empresa, obtendo descontos, ao invés de arcar com os custos do montante integral como ocorre no serviço de saúde privado.

²⁵ “Artigo 1.º Conteúdo típico por efeito do contrato de seguro, o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando -se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga -se a pagar o prémio correspondente.”. Diário da República, 1.ª série — N.º 75 — 16 de Abril de 2008, p. 2233. Margarida Lima Rego afirma que “num contrato de seguro, objecto não é o interesse protegido pela cobertura mas sim a própria cobertura, ou seja o estado de vinculação que traduz numa possibilidade de constituição da obrigação de pagar a indenização.” REGO, Margarida Lima. *Contratos de Seguro e Terceiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 348.

²⁶ Importante notar que não se pode entender que o contexto jurídico do contrato de adesão de seguro de saúde se resume aos artigos 213º a 217º, portanto, as disposições contidas no Regime Jurídico do Contrato de Seguro (RJCS), naquilo que se determina sua aplicabilidade, sustentam o todo desta modalidade de seguro.

²⁷ Nas palavras de José Miguel Boquinhas: “Em Portugal, só alguns anos após a revolução de abril foram autorizados os seguros privados de saúde. O Estatuto do Serviço Nacional de Saúde passou a prever expressamente em seu art. 24º um seguro alternativo de saúde que foi estudado durante meses, até como forma possível de *opting-out*, mas que não viria a ter seguimento, tendo morrido essa hipótese logo à nascença. Devido à existência de um Serviço Nacional de Saúde com características de universalidade e generalidade, o espaço para os cidadãos aderirem a um seguro privado é relativamente limitado, resumindo-se a coberturas complementares.” BOQUINHAS, José Miguel. *Políticas e sistemas de saúde*. Coimbra: Almedina, 2012, p.107.

das “prestações convencionadas”, portanto, atraí para esfera da autonomia privada do segurador na modulação do clausulado.

Com efeito, mesmo com o Regime Especial dos Contratos de Seguro, é de destacar o regime geral contido no artigo 405º do Código Civil, haja vista que conforme preceitua a exposição de motivos RJCS declara “a reafirmação da autonomia privada como princípio diretor do contrato”. Entretanto, não de maneira absoluta, mas articulada com as normas de ordem pública e de defesa do consumidor²⁸.

Ainda no regime geral destaca-se o artigo 236º do Código Civil, mais detidamente no n.º 1, sobre a teoria da impressão do destinatário²⁹, alertando-se para uma interpretação mais exigente nos contratos de consumo, devido à complexidade natural do entendimento por parte do consumidor³⁰.

Ressalte-se, também, no preâmbulo da legislação especial a manifestação de que “no seguro de saúde, estabelece-se a obrigatoriedade de menções especiais na apólice, de molde a permitir a determinação rigorosa do risco coberto, faz-se referência à exclusão das denominadas «preexistências»”³¹, sendo que Pedro Romano Martinez já advertia antes mesmo da sua entrada em vigor que “As chamadas cláusulas de exclusão de certos riscos ou mais corretamente, de limitação do risco assumido, em princípios, são válidas, mas é necessário atender ao regime das cláusulas contratuais gerais.”³².

²⁸ Inclusive, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 72/2008 diz: “Superando o regime do Código Comercial, mas sem pôr em causa o princípio da liberdade contratual e o carácter supletivo das regras do regime jurídico do contrato de seguro, prescreve-se a designada imperatividade mínima com o sentido de que a solução legal só pode ser alterada em sentido mais favorável ao tomador do seguro, ao segurado ou ao beneficiário.”

²⁹ “Revela o sentido que seria considerado por uma pessoa normalmente diligente, sagaz e experiente em face dos termos da declaração e de todas as circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto do destinatário, isto é, em face daquilo que o concreto destinatário da declaração conhecia e daquilo até onde ele podia conhecer.” MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil, 5ª ed., reimp. da 4ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Gestlegal, 2020, p. 444.

³⁰ No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 076501, de 14 de dezembro de 1988, decidiu a favor do tomador de seguro por interpretação do conceito de tempestade: “II – Assim, há que procurar determinar qual o sentido juridicamente relevante dessa declaração, em conformidade com critérios legais, designadamente do n.º 1 do artigo 236 do Código Civil doutrina da compressão do declaratório expresso na apólice que titula o seguro. III – Deste sagaz colocado na posição do real declaratório, deduziria considerando todas as circunstâncias atendíveis do caso concreto. IV – Assim, as expressões “temporal” e “tempestade”, no sentido concreto em que devem ser entendidas, designam chuva e vento anormais, agitação violenta de ar, acompanhado de chuva e trovões, ora na noite dos autos desabou sobre o gorgulhão bastante chuva e rajadas de vento, e em consequência dessa anormalidade e que ocorreram os desabamentos e os danos pedidos. Houve, assim chuva que se precipitou de forma anormal, aliada a ventos fora dos cânones da habitualidade, ou seja, aconteceu “tempestade”, “temporal”.

³¹ Diário da República, 1.ª série — N.º 75 — 16 de Abril de 2008, p. 2232. Pode-se entender que o risco assumido diz respeito à execução da prestação pelo segurador.

³² MARTINEZ, Pedro Romano. Cláusulas contratuais gerais e cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade no contrato de seguro. *Scientia Iuridica*: revista trimestral portuguesa e brasileira. Tomo 55. vol. 306. Braga: Universidade do Minho, abr./jun. 2006, p. 258. Com o advento do Decreto-Lei n.º 72/2008, ficou mais explícito com o controle do conteúdo por normas de aplicação geral (art. 3º).

Neste contexto, cumpre registrar o contido no artigo 45.º, do RJCS, que estabelece: “1 – As condições especiais e particulares não podem modificar a natureza dos riscos cobertos tendo em conta o tipo de contrato de seguro celebrado. 2 — O contrato de seguro pode excluir a cobertura, entre outros, dos riscos derivados de guerra, insurreição ou terrorismo.”. Duas situações a destacar, a primeira, que nas condições especiais³³ não pode descaracterizar o tipo do contrato, inviabilizando o acesso à prestação dos cuidados de saúde, a segunda, possibilitou a supressão da obrigação de forma geral (“entre outros”), porém, ressalte-se que não pode inserir cláusulas delimitadoras negativas que violem o número 1 da norma.

A antiga Lei de Bases da Saúde³⁴ incentivou a exploração desta atividade económica, sendo mantida na nova Lei³⁵, porém, com texto ampliado, determinado que para sua subscrição deve o segurador efetivar o direito de informação ao consumidor, no intuito que as cláusulas contratuais gerais sejam redigidas com clareza e de forma inteligível, advertindo sobre as de exclusões e limitações da cobertura.

Na aprovação do Estatuto do SNS³⁶, em 1993, e ainda vigente, contempla a possibilidade da contratação de seguro de saúde, no qual estabelece que não pode haver restrição do direito de acesso aos cuidados de saúde e do direito de opção dos beneficiários. Neste particular, no Brasil, a Lei de Planos de Saúde³⁷ trouxe uma novidade ao dispor como obrigatório o “ressarcimento ao SUS”, ou seja, todos os serviços de atendimento à saúde previstos nos contratos quando prestados aos consumidores nos estabelecimentos de saúde pertencentes ao SUS deverão ser ressarcidos aos cofres públicos. Esse assunto, e alguns outros dispositivos da lei, foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade³⁸, a qual, neste particular foi julgada improcedente, mantendo-se o dever de ressarcimento pelas operadoras.

De acordo com a Lei n.º 67/2013 (art. 3º), a regulação na área da saúde continua dividida entre a Entidade Reguladora da Saúde (ERS), para os estabelecimentos de saúde dos serviços públicos e privados, portanto, atuando diretamente no SNS, e a Autoridade de Supervisão e

³³ António Menezes Cordeiro traz-nos as seguintes definições: “condições gerais: englobam as cláusulas comuns a um certo ramo de contratos, praticado pelo segurador considerado; – condições especiais: abrangem as cláusulas próprias do tipo de contrato em jogo; – condições particulares: identificam o contrato celebrado através das suas diversas coordenadas: partes, segurado, pessoa segura, risco assumido, interesse e, eventualmente, cláusulas acordadas.”. CORDEIRO, António Menezes. *Direito dos Seguros*. 2ª ed., rev. e atual., Reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 676.

³⁴ Cf. Base XLII, da Lei n.º 48/90 (revogada).

³⁵ Cf. Base 27, da Lei n.º 95/2019.

³⁶ Cf. Artigo 24º do Decreto-Lei n.º 11/93.

³⁷ Cf. Artigo 32 da Lei n.º 9.656/98 (brasileira).

³⁸ Para detalhes, consulte ADI n.º 1.931 no Supremo Tribunal Federal (STF), disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 out. 2024.

Fundos de Pensões que atua perante o operador de seguros³⁹. Não se deparou com nenhum normativo expedido pela ASF sobre a delimitação das prestações de cuidados de saúde, apenas, na sua página eletrônica, na área Portal do consumidor, constam algumas perguntas e respostas.

De acordo com o artigo 39º do RJCS, somente para os seguros obrigatórios pode impor a utilização de cláusulas padrões, todavia, o artigo 40º permite a realização do controle abstrato. Para tanto esse controle abstrato, devem ser observadas as regras previstas no Decreto-Lei nº 446/85⁴⁰, que disciplina o ordenamento das cláusulas contratuais gerais, especialmente no que tange a boa-fé objetiva, dever de esclarecer, dever de informar e controle do conteúdo, além da Lei nº 24/96 (Lei de Defesa do Consumidor).

Anota-se uma variedade de legislações que solidifica essa relação jurídica de consumo, porém, privilegia a autonomia privada do segurador na modulação contratual, mesmo tendo um leigo (consumidor) que não compreende adequadamente os riscos cobertos, situação que enseja uma fragilidade jurídica na delimitação das prestações dos cuidados de saúde.

2.2 BRASIL

O escopo no Brasil diz respeito a cobertura planos e seguros de assistência à saúde. Na década de 70 começaram a surgir ofertas de serviços privados para atendimento em clínicas, hospitais e consultórios particulares sem depender do serviço público.

À época, a contratação era regida pelo Código Civil, impregnada pelo regime individualista, pela força obrigatória do contrato, pelo princípio da “*pacta sunt servanda*”, portanto, na lógica liberal da autonomia privada.

Com a vigência do Código de Defesa do Consumidor (1991) ocorreu uma transformação no pensamento jurídico brasileiro, haja vista que a lei possui regras de relativização da autonomia privada, dentre elas, destacam-se os mecanismos de nulidade das cláusulas abusivas e da alteração dos contratos de adesão.

Posteriormente, no ano de 1999, entrou em vigor a Lei nº 9.656/98, denominada de Lei dos Planos de Saúde, sendo um divisor de águas para essa típica relação jurídica de consumo

³⁹ Sobre a relação dos médicos com a seguradoras e a deontologia profissional, veja em: RUEFF, Maria do Céu. Dever de informar, conflitos de interesse e deontologia na relação tripartida cidadão-médico-seguradora. *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. vol. 13. ano 7. Coimbra: Coimbra Editora, jan./jun. 2010, p. 48-50.

⁴⁰ Quando da sua edição, em 1985, constava no artigo 3º, al. “c) A cláusulas impostas ou expressamente aprovadas por entidades públicas com competência para limitar a autonomia privada”. Portanto, não era possível de discussão judicial se a cláusula constante do contrato por adesão havia sido determinada por entidade pública. Tal dispositivo vigorou por dez anos, eis que foi revogado com o advento do Decreto-Lei n.º 220/95, que transpôs para o ordenamento jurídico interno a Diretiva 93/13/CEE, de 05 de Abril.

e para esse ramo de atividade econômica. A lei trouxe para o sistema jurídico um conjunto particular de direitos, deveres e responsabilidades para as pessoas que compõem esse mercado, quais sejam, beneficiários, operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços (hospitais, clínicas, médicos, etc).

Destaca-se como inovações importantes, a proibição a seleção de risco, seja pela idade ou condição de saúde, obrigando a contratação para quem deseja adquirir um plano, controle de reajuste anual e por faixa etária, período de carências limitados, cumprimento de garantias financeiras, manutenção e qualificação dos prestadores de serviços, ampliação e participação colegiada sobre o modelo de atenção à saúde e incorporação de novas tecnologias.

No referido diploma legal, após alteração pela Medida Provisória nº 1.665/98, foi instituído o Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU), competente para normatizar as questões relacionadas à prestação de serviços no mercado de saúde suplementar, tendo editado 23 resoluções, entre elas, a CONSU nº 10, de 3 de novembro de 1998, sobre o “rol de procedimentos e eventos em saúde” que versa sobre as delimitações positivas e negativas da prestação de serviço pelas operadoras de planos de saúde.

Diante destas novas normativas, o mercado passou a conviver com duas modalidades de contratação, dos planos antigos (antes da lei) e dos planos novos.

No ano de 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar, por meio da Lei nº 9.961, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Evidente o benefício advindo com a criação da Agência e a regulamentação do setor de saúde suplementar, pois não havia regras básicas uniformes, sendo que cada segmento empresarial, de forma unilateral, modelava seu contrato e o ofertava da maneira que entendesse mais conveniente, não tendo o consumidor um órgão próprio e específico que lhe auxiliasse nas dúvidas sobre o produto complexo que estava adquirindo.

Para uma saudável concorrência, a criação da ANS contribui, também, de forma assertiva, permitindo a alienação voluntária da carteira de beneficiários, impondo regime de direção fiscal em várias operadoras que não tinham como operar no mercado. A presença da prestação de saúde suplementar no Brasil é estratégica e sua manutenção uma realidade indispensável, principalmente para permitir que o Estado, dentro das suas limitações financeiras, cumpra seu dever constitucional.

No que tange a delimitação das prestações, para os planos antigos aplicam-se as disposições contratuais pactuadas entre as partes, eis que a Lei de Planos de Saúde não incide

nos planos antigos, conforme decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, através do Tema 0123⁴¹ julgado no ano de 2020.

A delimitação da prestação da assistência à saúde dos planos novos tem como supedâneo os próprios dispositivos da Lei nº 9.656/98⁴² e na Resolução Normativa nº 465/2021 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, na qual consta o “rol de procedimento e eventos em saúde” atualizado, composto por mais de 3.000 itens obrigatórios de cobertura contratual.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considerava o “rol da ANS” como exemplificativo, porém, a Quarta Turma inaugurou divergência deste entendimento que culminou na apreciação da matéria, no ano de 2022, pela Segunda Seção do STJ, a qual por maioria de votos, o Estado-juiz unificou o posicionamento no EREsp 1.886.929 e no EREsp 1.889.704, para delimitar a prestação de assistência à saúde suplementar, na moldura de ser o Rol da ANS taxativo, comportando excepcional cobertura, desde que “(i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS”.

Após essa decisão do STJ, o Estado-legislativo apresentou, projeto de lei para alterar a Lei dos Planos de Saúde, sendo sancionado pelo Estado-executivo a Lei nº 14.454/22, que considera o Rol da ANS como “referência básica”, admitindo-se que tratamentos ou procedimentos que não estejam nele previsto sejam autorizados desde que “I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.”.

⁴¹ “As disposições da Lei 9.656/1998, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, somente incidem sobre os contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como nos contratos que, firmados anteriormente, foram adaptados ao seu regime, sendo as respectivas disposições inaplicáveis aos beneficiários que, exercendo sua autonomia de vontade, optaram por manter os planos antigos inalterados.”.

⁴² Ver artigos 10 a 12 da Lei nº 9.656/98.

Oportuno registrar que o Estado-regulador, ou seja, a Agência Nacional de Saúde Suplementar defende que o direito de assistência à saúde do consumidor está delimitado positivamente nos parâmetros do "Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde" por ela editado. Consta-se que há um conflito de entendimentos entre os poderes estatais.

Diferentemente Portugal, no Brasil temos uma normativa específica expedida pelo Estado-regulador sobre a delimitação dos riscos cobertos, todavia, existe uma regra jurídica positivada que visa relativizar esse entendimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um lado, tem-se o interesse do consumidor, fragilizado, física ou mentalmente, sem o devido conhecimento técnico, que ao receber a prescrição do seu médico entende ter a garantia ao tratamento de maneira irrestrita e mais adequada. Do outro, encontra-se a presença do segurador que almeja arcar somente com os custos da promoção, recuperação e reabilitação mediante as regras estabelecidas pelo órgão regulador para atuação no mercado de saúde suplementar. Como harmonizar e compatibilizar esse potencial conflito?

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu artigo 4º, III, designa como política pública a harmonização e compatibilização dos interesses nas relações jurídicas de consumo, visando a proteção do sujeito vulnerável e proporcionando o "desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

Com efeito, o ideal seria que os posicionamentos do Estado estivessem alinhados no intuito de proporcionar a segurança jurídica a todas as partes envolvidas. Porém, diante da divergência dos órgãos estatais, vivencia-se na atualidade o fenômeno da "judicialização da assistência à saúde", com tendência para sua continuidade.

O tema, por sua natureza, é sensível e a relação jurídica de consumo de saúde suplementar é muito complexa, envolvendo vários outros interesses, como dos prestadores de serviços (médicos, hospitais, clínicas, profissionais da saúde e laboratórios) e dos fabricantes de insumos (medicamentos, órteses, próteses, materiais especiais).

Em Portugal, a inexistência de uma normativa específica sobre a delimitação da prestação de cuidados de saúde, aliado a autonomia privada do fornecedor na modulação do clausulado, potencializa eventuais lesões aos consumidores vulneráveis de conhecimento

técnico. Porém, não se identificou perante o Poder Judiciário, ASF, câmaras arbitrais, demandas expressivas sobre a não prestação dos cuidados de saúde.

No Brasil, tem-se a lei especial de planos de assistência à saúde e a normativa do “rol de procedimentos e eventos em saúde” editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar que atinge somente os planos novos, firmados posteriormente a lei, e nele constam mais de 3.000 (três mil) tratamentos obrigatórios⁴³.

Apesar da existência das normativas específicas que delimitam à assistência à saúde, as demandas judiciais extrajudiciais com os consumidores são corriqueiras e exponenciais, sendo uma contradição com Portugal.

A proteção e defesa do consumidor é imperiosa, por ser ele o elo fraco da relação jurídica, principalmente pela falta de conhecimento técnico e por, na maioria das vezes, estar debilitado. Contudo, há de se ressaltar que não há sustentabilidade para um sistema ilimitado que seja obrigado a arcar com toda e qualquer assistência à saúde. As operadoras de planos de saúde mantêm e desenvolvem suas atividades mediante o recebimento das contraprestações pagas pelos usuários. A liberação de procedimentos fora dos parâmetros legais e contratuais certamente impacta nos preços dos planos para os consumidores passivos, que nesse contexto acabarão por suportar os necessários reajustes nas mensalidades.

Para o devido equilíbrio entendo salutar a delimitação legal e regulatória da prestação aos cuidados de saúde. A questão é saber se a delimitação positiva ou negativa da prestação configura ou não abuso.

É preciso evoluir ainda mais na discussão deste tema sensível para todos. O diálogo deve acontecer despido de utopias e interesses particulares para a efetiva evolução na busca do melhor modelo assistencial à saúde para os consumidores. A verdade é que não existe cobertura integral para os consumidores sem a devida contraprestação equilibrada e o pagador, ao fim e ao cabo é o consumidor.

⁴³ Os principais argumentos para que o “rol” seja considerado exemplificativo consiste no discurso de que o médico assistente é quem sabe o melhor para seu paciente, além de que o referido Rol é defasado e suas atualizações não acompanham a evolução tecnológica da medicina. Do lado contrário, para que o Rol da ANS seja taxativo, as críticas traduzem na postura do caráter absolutista que o Poder Judiciário concede ao pedido do médico assistente, bem como que deve ser respeitada a competência do órgão regulador que visa a sustentabilidade do mercado de saúde suplementar.