



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESDRA TAMARA DA SILVA

**A OBRIGATORIEDADE DA COBERTURA DOS
PROCEDIMENTOS PELOS PLANOS DE SAÚDE À LUZ DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE DA
CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO**

Salvador

2020

ESDRA TAMARA DA SILVA

**A OBRIGATORIEDADE DA COBERTURA DOS
PROCEDIMENTOS PELOS PLANOS DE SAÚDE À LUZ DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE DA
CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professora Dr^a Flávia Da Fonseca Marimpietri.

Salvador

2020

TERMO DE APROVAÇÃO

ESDRA TAMARA DA SILVA

A OBRIGATORIEDADE DA COBERTURA DOS PROCEDIMENTOS PELOS PLANOS DE SAÚDE À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE DA CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2020.

Dedico este presente trabalho àqueles que acreditaram em mim, me incentivaram nos momentos de angustia e desespero e também aos que falaram que eu não seria capaz, obrigada por serem a mola propulsora do desafio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a mim que suportei os anos de graduação e trabalho, que insisti mesmo quando não me sentia capaz, que me abracei nas noites de choro quando precisava fazer escolhas difíceis e aceitar as derrotas pelo caminho, por ter limpando as lágrimas, levantado a cabeça e criado estratégias para conseguir me manter na faculdade, mesmo com as dificuldades financeiras e emocionais, por ter tido fé e nunca ter perdido minha ternura e sensibilidade, mesmo nos momentos em que fiquei apavorada e sozinha.

À minha família, menos aqueles que ficavam perguntando quando ia formar, mas nunca ligaram para perguntar se eu já tinha almoçado ou se precisava de algo.

Aos meus professores, alguns por serem incentivadores do conhecimento além da acadêmica e mostrarem tanto amor na arte de lecionar. Aos que me reprovaram mesmo quando eu me humilhei aos prantos para ser aproximada em 0,5 décimos, pois estava correndo o risco de perder minha bolsa, obrigada por me ensinarem que a vida não é um conto de fadas, e que precisamos aprender a lidar com a derrota, mesmo sendo injusta.

A Naiara e Vika, por acreditarem em mim, quando nem eu acreditei.

A Gleizy, pela paciência e companheirismo e pelas longas e filosóficas conversas.

A Paulinha, por todos os momentos que rimos das adversidades da vida, e por ter dividido sua quentinha comigo muitas vezes, ato que diz muito sobre a importância da amizade de uma pessoa.

A Lorena, por sua serenidade e apoio incondicional nas horas de angústia e pelos risos fáceis e leves nos momentos de felicidade.

A Leticia, pelo companheirismo, caronas, almoços e tanto afeto e preocupação e por todas as palavras de incentivo, minha eterna gratidão por toda sua ajuda.

A Danilo, que foi meu maior incentivador com suas palavras e ações, que não me deixou desistir mesmo quando eu pensava não suportar mais, que me inspira como pessoa e profissional.

Agradeço a tantos outros amigos que sem dúvida foram anjos enviados por Deus.

“Ninguém baterá tão forte quanto à vida. Porém, não se trata de quão forte pode bater, se trata de quão forte pode ser atingido e continuar seguindo em frente. É assim que a vitória é conquistada”.

Rocky Balboa

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso de graduação tem como tema: A obrigatoriedade da cobertura dos procedimentos pelos planos de saúde à luz do Código de Defesa do Consumidor: uma análise da cirurgia de transgenitalização. Dessa forma, será realizado um estudo acerca da tutela jurídica do direito à saúde assegurada pela Constituição Federal de 1988, bem como, o conceito dinâmico de saúde estabelecido pela Organização Mundial de Saúde e a recepção desse conceito pela Carta Magna brasileira, também faremos uma apreciação da evolução da saúde pública e suplementar no país. Paralelamente, será estudada a proteção à saúde pelo Código de Defesa do Consumidor, através dos seus princípios e direitos básicos estabelecidos, aprofundando no estudo dos contratos de consumo de planos de saúde e as suas obrigações no que tange a cobertura dos procedimentos do processo transexualizador. Finalizando com uma análise da importância da cirurgia de transgenitalização para a saúde física e psíquica da pessoa trans e a violação de normas constitucionais e da legislação consumeristas na negativa de cobertura de todo o processo transexualizador por parte dos planos de saúde.

Palavras-chave: Planos de Saúde; Direito do consumidor; Transexual; Processo Transexualizador.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRANG	Associação Brasileira de Medicina em Grupo
AIS	Ações Integradas de Saúde
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
art.	artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal da República
CF/88	Constituição Federal da República
CFM	Conselho Federal de Medicina
CFP	Conselho Federal de Psicologia
CPC	Código de Processo Civil
M	Ministério Público
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PNSILGBT	Política Nacional de Saúde Integrada da População LGBT
PROCON	Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
SAC	Serviço de Atendimento ao Consumidor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUDS	Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE E OS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE.	11
2.1 O CONCEITO DINÂMICO DE SAÚDE ESTABELECIDO PELA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE E A RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988	15
2.2 A RECEPÇÃO DO CONCEITO DE SAÚDE PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988	18
2.2.1 Saúde pública x saúde suplementar no Brasil	20
3 TUTELA DA SAÚDE E DIREITOS DO CONSUMIDOR	24
3.1 RELAÇÃO DE CONSUMO E OS SEUS ELEMENTOS	26
3.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR	33
3.3 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR	40
3.4 O CONCEITO DE CONTRATOS DE CONSUMO	47
3.5 O CONCEITO DE CONTRATOS DE PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE	48
3.5.1 A regulamentação dos contratos de planos privados de saúde	52
3.5.2 O direito do consumidor x planos de saúde privados	55
4 NEGATIVA DE COBERTURA PARA A TRANSGENITALIZAÇÃO E SUA TUTELA JURÍDICA	58
4.1 TRANSEXUALIDADE E O PROCESSO TRANSEXUALIZADOR .	66
4.1.1 A importância da cirurgia de transgenitalização para a saúde física e psíquica do transexual	69
4.2 O ROL DOS PROCEDIMENTOS E EVENTOS DA ANS	71
4.3 AS OBRIGAÇÕES DOS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE E AS GARANTIAS DO CONSUMIDOR	75
4.4 A INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE	77
5 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS	86

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo discutir a obrigatoriedade da cobertura dos procedimentos de forma integral no processo transexualizador, pelos planos de saúde à luz do código de defesa do consumidor, utilizando-se de uma análise do conceito dinâmico de saúde estabelecido pela Organização Mundial de Saúde – OMS e recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Trata-se, portanto, da análise da proteção ao direito à saúde, que é garantido constitucionalmente e a relação de consumo estabelecida entre pessoas transgêneros e os planos privados de saúde. No primeiro capítulo de desenvolvimento, será abordada a tutela do direito à saúde e os planos de saúde, fazendo-se inicialmente uma análise sobre o conceito dinâmico de saúde estabelecido pela organização Mundial de Saúde, e sua recepção pela Constituição Federal de 1988. Onde faremos uma breve análise sobre as diversas alterações no conceito de saúde no decorrer da história do mundo e do Brasil, e aprofundamos para a compreensão dos conceitos de saúde pública e saúde suplementar no país.

No capítulo seguinte de desenvolvimento haverá a análise da proteção da saúde e direitos do consumidor, onde estudaremos as relações de consumo e seus elementos, compreendendo os princípios e direitos básicos do consumidor aplicados às relações consumeristas travadas entre indivíduos e os planos privados de saúde. Trazendo-se ainda o estudo sobre a regulação dos contratos de planos de saúde.

No terceiro capítulo de desenvolvimento, será estudada a violação da negativa de cobertura para o processo de transgenitalização de forma integral por parte dos planos de saúde. Nesse capítulo entenderemos o que é a transexualidade e o processo transexualizador e a importância da cirurgia de transgenitalização para a saúde física e psíquica do transexual.

Durante esse capítulo, estudaremos o rol dos procedimentos e eventos da ANS, bem como, as obrigações dos planos privados de saúde e as garantias do consumidor. Finalizamos com a abordagem acerca da invocação do princípio da vulnerabilidade do consumidor nos contratos de planos de saúde, para assegurar o direito à saúde e a dignidade da pessoa transexual.

2 A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE E OS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹, é considerada uma das mais modernas dos ordenamentos jurídicos mundiais, dispõe em seu art. 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.

No art. 196 da Carta Magna está disposto, que a saúde é direito de todos e um dever do Estado, que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução dos riscos de doenças e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O art. 198 por sua vez, determina a criação do SUS- Sistema único de Saúde – que é uma rede regionalizada e hierarquizada para cumprir as atribuições da saúde pública no país².

Nesse sentido, ensina André Ramos Tavares³ que o Estado deve promover políticas sociais e econômicas destinadas assegurar o efetivo acesso universal igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, pois, esse tema está diretamente ligado com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, que propõe o Estado-Garantidor, cujo o dever é assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver e desenvolver-se.

No entanto, cabe esclarecer que a organização das ações e serviços públicos de saúde no Brasil é algo relativamente recente, como bem resume Carlos Gomes Brandão⁴ no período colonial à ação do Estado nesse campo, pode ser considerada insignificante, durante esse período a assistência à saúde era assegurada pelas Santas Casas de Misericórdia.

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 16 jun.2020.

² *Idem*.

³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.928.

⁴ BRANDÃO, Carlos Gomes. **Processo e Tutela Específica do Direito à Saúde**. 2006. Tese (Especialização em Direito Civil e Processo Civil). Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, p.20.

A partir do ano de 1923, foi criada a Caixa de Aposentadoria e Pensões para os ferroviários entre outras, dessa forma, por um longo período a assistência à saúde era assegurada aos trabalhadores dessas diversas caixas de assistência. Somente a partir da Constituição de 1934 é que se começou a tratar do assunto no plano constitucional⁵.

Brandão⁶ esclarece que, a partir do ano de 1975, com a Lei nº 6.229/75⁷, que instituiu o Sistema Nacional de Saúde, dando início ao processo em que as atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde passaram a serem obrigações do Estado. Várias conferências e eventos debateram a questão da saúde no Brasil, no entanto, foi na 8ª Conferência Nacional de Saúde, que deu início ao processo que resultou a inclusão dos atuais dispositivos constitucionais e com a criação do SUS.

Patrícia Messa Urrutigaray e Tiago Toniêto⁸ ensinam que, o Sistema Único de saúde é regido pelas seguintes diretrizes; descentralização, com direção única em cada esfera do governo; atendimento integral e participação da comunidade nas estratégias dos serviços de prevenção e erradicação de doenças.

Ainda segundo os ensinamentos de Patrícia Messa Urrutigaray e Tiago Toniêto⁹, a saúde é um direito fundamental do cidadão, fruto de um processo histórico, que ganhou importância e positividade em documentos jurídicos na esfera internacional de forma expressa e implícita através do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A garantia pelo direito à saúde encontra-se disposta na Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1949¹⁰, na Declaração Universal dos Direitos do

⁵ BRANDÃO, Carlos Gomes. Processo e Tutela Específica do Direito à Saúde. 2006. Tese (Especialização em Direito Civil e Processo Civil) - Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2006.

⁶ *Ibidem*.

⁷ BRASIL. Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6229.htm. Acesso em: 16 jun.2020.

⁸ URRUTIGARAY, Patrícia Messa; TONIÊTO, Tiago. **A saúde como direito fundamental previsto na constituição de 1988 e os desafios dos gestores públicos na humanização e qualificação do sistema único de saúde – SUS.** 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13188/0>. Acesso em: 21 maio.2020.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ OMS – Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**, adotada pela Conferência Internacional de Saúde, realizada em Nova Iorque de 19 a 22 de julho de 1946.

Homem de 1948 e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1976, sendo o Brasil signatário dessas instituições.

Apesar de ser um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, tutelado pelo Estado, existem diversos problemas no sistema público de saúde, tais como a falta de médicos, falta de medicamentos, sucateamento das instalações e a descrença da população brasileira em no Sistema Único de Saúde, dessa forma, um sistema privado de saúde passou a ter uma grande atuação subsidiária, são os Planos Privados de Saúde.¹¹

Ainda de acordo com Urrutigary e Toniêto¹², não obstante o direito à saúde ser amplamente positivado, muitas vezes ele não é totalmente efetivado pelo Estado. Na atualidade é percebido a quase completa ineficácia do Estado na garantia do direito à saúde, de maneira universal, acarretando diversos problemas sociais, fazendo com que a população procure outras formas de proteção, recorrendo à contratação de planos privados de saúde.

Na visão de Mariana Filchtiner Figueiredo¹³ os planos privados de saúde e o sistema público podem e devem conviver, pois a atuação subsidiária dos planos privados na efetivação de políticas de saúde fortifica a ideia de solidariedade no que tange o acesso efetivo aos serviços de saúde. Devendo ser uma alternativa desenvolvida com seriedade, pois ela pode abrir possibilidades para o êxito da garantia do direito fundamental à saúde.

Podemos afirmar que no Brasil vigora atualmente um sistema misto de assistência à saúde, uma vez que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) em seu art. 196 assegura que a saúde é direito de todos e dever do Estado e o art. 199 assegura à iniciativa privada no setor¹⁴.

¹¹ URRUTIGARAY, Patrícia Messa; TONIÊTO, Tiago. **A saúde como direito fundamental previsto na constituição de 1988 e os desafios dos gestores públicos na humanização e qualificação do sistema único de saúde – SUS.** 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13188/0>. Acesso em: 21 maio.2020, p.12.

¹² *Ibidem, loc cit.*

¹³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101.

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 16 jun.2020.

É importante destacar que a tutela de maneira privada da saúde gera para o Estado o dever de regular e fiscalizar a atuação dos planos de saúde. Bruno Miragem¹⁵ leciona que, os planos de saúde prestam serviços que dizem respeito a necessidades vitais de preservação e promoção da vida e do direito fundamental a saúde, sendo de grande relevância social e jurídica. Isso já fundamenta e orienta a intervenção do Estado na contratação das partes envolvidas na relação de consumo.

Nesse contexto, é facultativa a adesão ao sistema privado de saúde pelos usuários, de modo que, o indivíduo pode contratar um plano de saúde privado, mas não deixará de ter o direito à assistência pública prestada pelo Estado. Ademais, no que diz respeito à saúde privada, a Carta magna dispõe no art. 197, que é um dever do Estado regulamentar, fiscalizar e controlar os serviços de saúde, incluindo os prestados na esfera privada, dessa maneira, o princípio da equidade ganha relevância, pois estabelece o equilíbrio entre consumidor e operadora do plano de saúde¹⁶.

Antônio Joaquim Fernandes Neto defende que:

Pode-se afirmar, com fundamento das normas que protegem os direitos fundamentais, que a principal justificativa para a intervenção do Estado é a natureza do bem jurídico alcançado pelas atividades de assistência à saúde. A atividade financeira, que sempre envolve riscos para o poupador, destina-se à proteção de bens de personalidade a vida, a integridade psíquica e corporal e o Estado não pode deixar de garantir o cumprimento das obrigações assumidas.¹⁷

Cabe ressaltar que, diante da ineficácia do Estado em garantir de forma efetiva à saúde, as operadoras de planos privados de saúde se tornam essenciais à implementação dos objetivos de garantias constitucionais no que tange a saúde da população, uma vez que o modelo constitucional adotado para a promoção da saúde considera esse direito um direito público subjetivo e fundamental.

¹⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**.6.ed.,atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.463.

¹⁶URRUTIGARAY, Patrícia Messa e TONIÊTO, Tiago. **A saúde como direito fundamental previsto na constituição de 1988 e os desafios dos gestores públicos na humanização e qualificação do sistema único de saúde – SUS**. 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13188/0>. Acesso em: 21 maio.2020, p.13.

¹⁷ NETO, Antonio Joaquim Fernandes. **Plano de Saúde e o Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.53-54.

2.1 O CONCEITO DINÂMICO DE SAÚDE ESTABELECIDO PELA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE E A RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

O conceito de saúde sofreu diversas alterações ao longo do tempo, Germano Schwartz¹⁸, leciona que no início da civilização, saúde era sinônimo de ausência de doença, motivo pelo qual por muito tempo a busca pela saúde era baseada na simples cura das moléstias e patologias que afligiam as pessoas e os únicos conhecimentos para combater as doenças eram através da magia ou da religião, a cura era condicionada a forças divinas e sobrenaturais. Nesse período havia a crença, de que as doenças eram castigos ou punições impostas aos homens pelas divindades e somente estas poderiam livrá-los dessas doenças.

Por volta de 4.000 A.C, teve início à análise científica do processo de cura, foi nesse período que surgiram pessoas com a função de curadoras de doenças, o que chamamos hoje de médicos. Foi na Grécia antiga que a concepção mística-religiosa perdeu forças. Hipócrates foi o grande nome da medicina grega, e criador de um novo conceito de doenças.¹⁹

Para o médico Grego a doença era um problema natural e palpável, ele estabelecia que o tipo de vida que uma pessoa levava tinha influência na sua saúde. A partir daí, a saúde deixou de ser a ausência de enfermidades e passou a compreender diversos outros fatores como, por exemplo, boas condições de vida e infraestrutura sanitária²⁰.

Marília Lúcia Cândido da Silva²¹ ensina que no império Romano a tradição grega permaneceu, no entanto, os avanços científicos alcançados pelos gregos sofreram grandes retrocessos durante a Idade Média, período em que a concepção mística voltou a prevalecer, diante dos caos causados pela peste bubônica e outras epidemias que dizimaram a população europeia nesse período, a concepção mística foi novamente abandonada.

¹⁸ SCWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação de uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.28.

¹⁹ *Ibidem*, p.28.

²⁰ *Idem*, p.28.

²¹ SILVA, Marília Lúcia Cândido da. **A relação de consumo nos contratos de planos privados de assistência a saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Marília-UNIMAR, Marília, 2007. Orientador: Prof. Dr. Oscar Ivan Prux. 2007, p.17

Nos séculos XVII e XVIII, a saúde foi novamente considerada sob o pensamento científico, mas o seu conceito estava ligado à ausência de doenças. Com o advento da Revolução Industrial, a sociedade europeia assistiu ao surgimento de um movimento social que valorizava a acumulação de capital. Dessa forma, a saúde passou a ter destaque, pois o trabalhador doente comprometia o processo produtivo, foi motivado por interesses econômicos que o Estado liberal, no setor da saúde limitava-se ao tratamento curativo, tendo como objetivo curar as doenças que impediam o trabalhador de comparecer ao serviço, permanecendo o conceito de saúde com a ausência de doenças.²²

Luis Salvador de Miranda Sá,²³ defende que da antiguidade ao século XX, concebia-se saúde como a ausência de qualquer tipo de enfermidade. Nesse período gozar de saúde significava não padecer de enfermidade, bastava estar em harmonia consigo mesmo e com o meio que se vivia. Com o avançar do século XX a concepção de saúde foi evoluindo para bem-estar, além da ausência de enfermidade.

No século XX houve grandes mudanças sociais e políticas, resultantes de conflitos internacionais, relativos às duas grandes guerras mundiais. Após esse período de guerras a sociedade sentiu uma necessidade de promover um novo pacto, que personificou as ações da Organização das Nações Unidas, fomentou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que incentivou a criação de órgãos especiais para a garantia de direitos considerados essenciais aos homens.²⁴

Com o Estado Social surge a tese da saúde preventiva onde a saúde é um direito dos cidadãos. Essa concepção defende que o Estado deve garantir além da cura da doença, uma infraestrutura básica a fim de prevenir ocorrências das doenças. No entanto, o conceito de saúde para essa tese ainda é a ausência de doenças.²⁵

²² SILVA, Marília Lúcia Cândido da. **A relação de consumo nos contratos de planos privados de assistência a saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Marília-UNIMAR, Marília. Orientador: Prof. Dr. Oscar Ivan Prux. 2007, p.17

²³ JUNIOR, Luis Salvador de Miranda Sá. **Desconstruindo a definição de saúde** – Jornal do Conselho Federal de Medicina(CFM), 2014. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/index.asp?opcao=bibliotecaJornal>. Acesso em: 07 jul.2020, p.15.

²⁴ SILVA, Marília Lúcia Cândido da. *Op cit.*, p.18.

²⁵ *Ibidem*, loc cit., p.18.

Em junho de 1946, na cidade de Nova York foi assinada a Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS, que é o organismo sanitário Internacional da Organização das Nações Unidas.²⁶

A OMS define em seu preâmbulo o atual conceito de saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de enfermidades, assegura que, gozar do melhor estado de saúde é um direito fundamental de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, credo político e de condição econômica ou social.

Em dezembro de 1948, foi adotada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que tem como propósito promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades individuais, estabelece em seu artigo XI, que toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.²⁷

Essa mudança foi um avanço no plano formal, porque se trata de uma preposição positiva; no plano essencial, porque supera as dicotomias corpo e mente, natural e social, saúde e enfermidade, promoção e profilaxia, profilaxia e terapêutica, terapêutica e reabilitação; e também vem possibilitando políticas sanitárias mais úteis e eficazes.²⁸

No âmbito individual é importante ressaltar que o bem estar físico também é abarcado no conceito dinâmico de saúde, deve-se compreender que a saúde é total, não se trata apenas da saúde física do bom funcionamento dos órgãos vitais, mas também do âmbito psíquico, segundo as normas da OMS o equilíbrio neuro-psíquico é de extrema importância, ou seja, o indivíduo precisa estar bem adaptado as condições de uma vida digna, por isso, fala-se atualmente de uma saúde

²⁶ OMS – Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**, adotada pela Conferência Internacional de Saúde, realizada em Nova Iorque de 19 a 22 de julho de 1946.

²⁷ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 jul.2020.

²⁸ JUNIOR, Luis Salvador de Miranda Sá. **Desconstruindo a definição de saúde** – Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM), 2014. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/index.asp?opcao=bibliotecaJornal>. Acesso em: 07 jul.2020, p.15.

dinâmico-social que deve ser analisada amplamente como saúde física, mental e social²⁹.

Marília Lúcia Cândido da Silva, acrescenta que, esta concepção defendida pela OMS é a mais ampla, alcançando além da integridade corporal e psíquica da pessoa humana, sob aspectos individuais e também o bem estar social, dessa forma, a saúde pressupõe satisfação no relacionamento interpessoal. Nesse contexto, podemos entender que a falta de saúde não é somente a ausência de doenças físicas ou psíquicas, mas também a falta de condições para uma vida digna e com qualidade.³⁰

Luis Salvador Miranda Sá Junior³¹ preleciona que, o bem estar significa condição de satisfação das necessidades sejam elas conscientes ou inconscientes, naturais ou psicossociais, implica na satisfação do bem estar físico, mental e social. Essa identificação de saúde com bem estar tem como intuito superar as dificuldades metafísicas da definição negativa de saúde associada apenas a enfermidades e invalidez, incluindo as condições de equilíbrio psicossociais como saúde.

Ao estabelecer esse novo conceito ultrapassou-se a ideia que limitava a saúde em perfeição morfológica e individual. Hoje o conceito de saúde atinge uma dimensão muito mais ampla, saindo da esfera individual para uma noção de valor em comunidade, portanto, um valor coletivo que deve ser gozado individualmente e em solidariedade por todos.

2.2 A RECEPÇÃO DO CONCEITO DE SAÚDE PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Muitos países inspirados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem atribuíram à saúde o status de direito fundamental, Germano Schwartz³² ensina que

²⁹ JUNIOR, Luis Salvador de Miranda Sá. **Desconstruindo a definição de saúde** – Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM), 2014. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/index.asp?opcao=bibliotecaJornal>. Acesso em: 07 jul.2020, p.15.

³⁰ SILVA, Marília Lúcia Cândido da. **A relação de consumo nos contratos de planos privados de assistência a saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Marília-UNIMAR, Marília. Orientador: Prof. Dr. Oscar Ivan Prux. 2007, p.20.

³¹ JUNIOR, Luis Salvador de Miranda Sá. *Op cit.*, p.15.

³² SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação de uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.46.

o Brasil, por sua vez, foi na contramão da história, e a Constituição Brasileira de 1967 não regulamentou o direito à saúde, a única referência à saúde estava inserida no inciso XIV, do art. 8^o³³, que delegava a União à competência para estabelecer planos nacionais de educação e saúde, não lhe consagrando a saúde como um direito fundamental do homem.³⁴

Só em 1988 a Constituição Federal em seu artigo 196, adere ao conceito da OMS, e positiva a saúde como um direito e garantia fundamental, reconstrói a base do sistema de saúde brasileiro com um viés de assegurar os direitos sociais relativos à saúde, à isonomia, à dignidade da pessoa humana, e à privacidade.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 25 desta declaração o direito à saúde é reconhecido como um direito de bem estar social.

Art. 25 – 1 Toda Pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem estar, principalmente quanto a alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito á segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.³⁵

É importante ressaltar que no *caput* art. 5^o, da carta magna brasileira temos a previsão expressa referente ao direito à igualdade de todos perante a lei, podemos reiterar que a Constituição Federal de 1988 prevê um sistema de saúde brasileiro democrático com acesso igualitário, universal e inclusivo, ou seja, todos e todas têm o mesmo direito, independentemente das diferenças.

De acordo com Marília Lúcia Cândido da Silva³⁶ o conceito de saúde entabulado na constituição vigente está em consonância com o atual conceito de saúde que a Organização Mundial de Saúde (OMS) estabelece, visto que, tanto consagra a

³³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília,DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 16 jun.2020.

³⁴SCHWARTZ, Germano. Direito à Saúde: Efetivação de uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.46.

³⁵ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 jul.2020

³⁶ SILVA, Marília Lúcia Cândido da. **A relação de consumo nos contratos de planos privados de assistência a saúde**.Dissertação(Mestrado em Direito) Universidade de Marília-UNIMAR, Marília. Orientador: Prof. Dr. Oscar Ivan Prux. 2007, p.21.

dimensão curativa e preventiva, e a promoção ao bem-estar pessoal e social do indivíduo. Nesse diapasão, estabelece o artigo 3º da Lei nº 8080/90 – Lei Orgânica da Saúde (LOS), que regulamentou o dispositivo constitucional citado:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais³⁷.

No Brasil a saúde se divide em pública e suplementar. A saúde pública está estruturada dentro do Sistema Único de Saúde- SUS, já a saúde suplementar é a saúde privada que compreende os planos de saúde.

2.2.1 Saúde pública x saúde suplementar no Brasil

André Ramos Tavares leciona que as ações e serviços públicos de saúde submetem-se ao princípio do atendimento integral, como dispõe o inciso II do art. 198 da CF/88, que é diferente do já mencionado acesso universal. O atendimento integral refere-se ao próprio serviço, que nesse caso deve compreender todas as necessidades do ser humano relacionadas à saúde. Portanto, todos têm direito à saúde, que deve ser prestada de maneira completa, sem exclusões de doenças ou patologias, por dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público³⁸.

Gilson Carvalho³⁹, explica que historicamente os cuidados com a saúde do brasileiro, passa pela filantropia religiosa e caridosa. A população era atendida pelas instituições médicas e filantrópicas, em paralelo a isso, o Estado realizava algumas ações de saúde diante de epidemias, como ações de vacinação e/ou saneamento básico. Um grande marco na saúde pública foi a 3ª conferência Nacional de Saúde no final de 1963 que trouxe vários estudos para a criação de um sistema de saúde.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 10 jul.2020.

³⁸ TAVARES. André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.930.

³⁹ CARVALHO. Gilson. **A saúde pública no Brasil**. São Paulo. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002. Acesso em: 23 maio.2020.

Duas Grandes Bandeiras foram trazidas nessa conferência, foram elas: um sistema de saúde para todos, que propunha saúde de direito para todos os cidadãos e organizado descentralizado trazendo por sua vez um protagonismo dos municípios. Essas propostas foram não foram desenvolvidas devido à ditadura militar iniciada em março de 1964.⁴⁰

Durante a ditadura militar houve organizações que lutavam por um sistema de saúde que tinha como objetivo colocar a saúde como direito de todos os cidadãos e um dever do Estado, mesmo diante de um sistema de autoritarismo houve protagonistas que defendiam um sistema de saúde com integralidade e universalidade, os protagonistas envolvidos nessa luta eram: os movimentos populares; as universidades; os partidos políticos progressistas; as prefeituras com bandeira progressistas etc.⁴¹

Marília Lúcia Cândido da Silva⁴² ensina que no Império Romano a tradição grega permaneceu, no entanto, os avanços científicos alcançados pelos gregos sofreram grandes retrocessos durante a Idade Média, período em que a concepção mística voltou a prevalecer, diante dos caos causados pela peste bubônica e outras epidemias que dizimaram a população europeia nesse período, a concepção mística foi novamente abandonada.

Na década de 1980 nasceu as Ações Integradas de Saúde – AIS, onde tinha como cerne a parceria da previdência com a saúde pública municipal e estadual, através de transferências da previdência para ações dos Estados e municípios que realizavam a prestação de cuidados primários ambulatoriais. Em 1987, as AIS foram aprimoradas e começaram a se denominar Sistema Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS), e finalmente em 1991 foi implementado o Sistema Único de Saúde.⁴³

⁴⁰ CARVALHO. Gilson. **A saúde pública no Brasil**. São Paulo. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002. Acesso em: 23 maio.2020.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² SILVA, Marília Lúcia Cândido da. **A relação de consumo nos contratos de planos privados de assistência a saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Marília-UNIMAR, Marília. Orientador: Prof. Dr. Oscar Ivan Prux. 2007, p.17.

⁴³ CARVALHO. Gilson. *Op cit*.

Segundo Luiz Henrique Sormani Barbugiani⁴⁴ o Estado, enquanto garantidor dos serviços de saúde de caráter público, criou o Sistema Único de Saúde- SUS, que constitui em uma rede regionalizada e hierarquizada, seguindo as diretrizes específicas do supramencionado art. 198 da CF/88, descentralizando o serviço de saúde, agora com uma direção única em cada esfera do governo; proporcionando atendimento integral, com prioridade para as atividades de prevenção, sem prejudicar os serviços assistenciais; e com a participação da sociedade.

O Sistema Único de Saúde é alimentado por recursos orçamentários oriundos da seguridade social da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que apresentam percentuais mínimos de aplicações nos serviços de saúde, conforme determinações da Constituição Federal e da legislação regulamentadora vigente⁴⁵.

O poder público não consegue atender da maneira completa e eficaz a toda a população e a muitas deficiências na prestação dos serviços de saúde por parte do Estado, devido a esses fatores o art. 199 da CF/88 autoriza a atuação da iniciativa privada nesse setor, desde que de forma complementar ao SUS, atendendo a diretrizes previamente estabelecidas, por meio de convênios ou contratos de direito público.⁴⁶

Nesse sentido de acordo com André Ramos Tavares⁴⁷ a Constituição Federal de 1988, teve como preocupação permitir a abertura ao setor privado e admitir que as instituições privadas de prestação de saúde possam participar do sistema único estatal, de forma complementar, exigindo a formação de convênio ou contrato, sendo ambos regidos pelo Direito Público. Contudo, fica vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subsídios às instituições privadas com fins lucrativos.

A prestação dos serviços de saúde é de modo eminente do poder público com a colaboração em caráter suplementar da iniciativa privada, que por sua vez devem seguir as normas estabelecidas pelo SUS. Nesse contexto, para regular, controlar e fiscalizar os serviços de saúde oferecidos no âmbito privado surgiu a Lei. nº 9656/98 e em seguida a Agência Nacional de Saúde Suplementar ANS, que dentro da competência conferida pelo art. 197 da CF/88, exerce o poder de polícia,

⁴⁴ BARBUGIANI. Luiz Henrique Sormani. **Planos de saúde. Doutrina, jurisprudência e legislação.** São Paulo: Saraiva. 2015, p.31.

⁴⁵ *Ibidem, loc cit.*

⁴⁶ *Idem, p.32.*

⁴⁷ TAVARES. André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.931.

aplicando normas próprias e as disposições constantes do ordenamento jurídico nacional.⁴⁸

Dessa forma, a disponibilização saúde da população brasileira passou também a ser objeto de planos e seguros de saúde de natureza privada a cargo de operadoras de serviços de saúde que comercializam esse tipo de atividade essencial mediante a adesão usuários ao contrato, criando uma típica relação de consumo.⁴⁹

⁴⁸ BARBUGIANI. Luiz Henrique Sormani. **Planos de saúde. Doutrina, jurisprudência e legislação.** São Paulo: Saraiva. 2015, p.32.

⁴⁹ *Ibidem*, p.33.

3 TUTELA DA SAÚDE E DIREITOS DO CONSUMIDOR

Como já foi exposto o direito à saúde está inserido na esfera dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Tratando-se de um direito público subjetivo, indisponível como estabelece o art. 196 Carta Magna.⁵⁰ E conforme preconiza o caput, do art. 199 do texto constitucional faculta-se à iniciativa privada a atuação na área da saúde.⁵¹ O parágrafo 1º desse mesmo dispositivo, estabelece que a atuação das instituições privadas no âmbito da saúde será de forma complementar ao sistema único de saúde, devendo obedecer às diretrizes elaboradas por ele⁵².

De acordo com José Afonso da Silva⁵³ no Brasil, o setor privado do campo da saúde exerce um papel preponderante no atendimento aos que possam arcar com mensalidades cobradas, deixando de ser um mero coadjuvante, obtendo grande destaque e controle no que tange as atividades sanitárias.

No setor privado a caracterização do direito à saúde se dá como uma relação obrigacional, uma relação jurídica de consumo, que é tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor. O Diploma Consumerista, é o instrumento legal de realização dos valores constitucionais de proteção e defesa dos consumidores, tendo como objetivo efetivar no plano infraconstitucional, princípios constitucionais, especialmente o princípio da igualdade material.⁵⁴

A defesa do consumidor é um direito fundamental e também um princípio geral de toda atividade econômica, de acordo com o art. 170, inciso V da CF/88. O CDC é um sistema de regras de direito unidas, onde abarcam e explanam todos os princípios cardiais do direito do consumidor, todos os seus conceitos fundamentais e todas as cláusulas gerais para sua ampla interpretação e aplicação⁵⁵. Pode ser dividido em duas partes, a primeira que vai do art. 1º ao art. 7º, sendo caracterizada como parte geral e a partir do art. 8º é iniciada a parte especial do código. Os

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 16 jun.2020.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*.

⁵³ SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.707.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p10.

⁵⁵ *Ibidem*, p12.

artigos 8º ao 10º do diploma consumerista dispõe sobre a proteção à saúde e segurança dos consumidores.⁵⁶

A tutela ao direito à saúde também é encontrado na parte geral no art. 6º, inciso I, que dispõe:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;⁵⁷

Segundo o art. 8º do CDC dispõe que a informação sobre os riscos à saúde e segurança do consumidor é um dever específico do fornecedor. O parágrafo 1º do art. 12, estabelece que cabe ao fornecedor o dever de segurança, que implica num fornecimento de produtos e serviços seguros que não comprometam a saúde do consumidor. É importante ressaltar que essa segurança não é incondicional, visto que riscos normais e previsíveis devem ser tolerados pelos consumidores desde que contenham essa informação de forma clara e explícita.⁵⁸

O art. 9º do Diploma consumerista prevê que o fornecedor tem o dever de informar nos produtos potencialmente nocivos ou perigosos, bem como no art. 10º que por sua vez, trata da proibição de colocação de produto ou serviço no mercado de consumo como alto grau de nocividade ou periculosidade.⁵⁹

Esses riscos que o Código do Consumidor prevê se referem aos riscos que são esperados pelos usuários, sendo então, inerentes ao produto ou serviços utilizados, dessa forma, a consequência é indissociável ao consumo, geralmente são produtos utilizados no cotidiano. Assim essas informações devem ser oferecidas aos consumidores, para sua plena ciência, como estabelece a legislação consumerista o dever de informar é do fornecedor bem como ele terá responsabilidade em caso de acidente de consumo.⁶⁰

⁵⁶ OLIVEIRA. Bruna Portugal Silva. O direito a Saúde sob a ótica Consumerista. *In*: CORINA, Teresa Costa Rosa Santos; PIMENTEL, Diego Ferreira; SILVA, Rômulo Ruan Santos (Orgs.). **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde: análise de julgados**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017, p.52.

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078 compilado.htm. Acesso em: 16 jun.2020.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ OLIVEIRA. Bruna Portugal Silva. *Op cit., loc cit.*

3.1 RELAÇÃO DE CONSUMO E OS SEUS ELEMENTOS

Relação de consumo é a relação jurídica que tem em um polo o consumidor, no oposto um fornecedor, e servindo de elo entre os dois deve existir um produto ou serviço.

O Consumidor padrão de acordo com o Código de Defesa do consumidor em seu art. 2º, *caput*, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final⁶¹. É importante frisar que destinatário final é o último elo da cadeia produtiva, é quem utilizará o produto ou serviço para consumo e não utilizará como insumo⁶².

Claudia Lima Marques⁶³ identifica a existência de duas correntes doutrinárias quanto à definição do consumidor, são elas os finalistas (subjetiva) e os maximalistas (objetiva). Para os finalistas ou subjetivistas o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o art. 4º do CDC, inciso I. Essa corrente propõe que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos artigos. 4º e 6º.

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Essa corrente restringe a figura do consumidor a aquele que adquire/utiliza um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois a finalidade do CDC é proteger de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.⁶⁴

Já a corrente Maximalista também conhecida como objetiva, encaram as normas do CDC como o novo regulamento do mercado de consumo, que institui normas e princípios para proteger tanto consumidor quanto o fornecedor, para essa corrente a definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, para que

⁶¹ BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078/compilado.htm. Acesso em: 16 jun.2020.

⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.67.

⁶³ MARQUES. Claudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; RASCOE, Leonarodo. **Manual de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.110.

⁶⁴ *Ibidem, loc cit.*

as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior das relações de mercado. O destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, consome, não importa se é pessoa física ou jurídica, se tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou o utiliza.⁶⁵

Sergio Cavalieri Filho entende que, a corrente finalista sofreu certo enfraquecimento, na medida em que se admite excepcionalmente a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica a aplicação de normas do CDC a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais. Dessa maneira, ao contrário do que os maximalistas defendem não se deixa de investigar acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas como exceção, e a vista da vulnerabilidade comprovada de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considera-lo consumidor.⁶⁶

De acordo com Cláudia Lima Marques⁶⁷ após a vigência do CC/2002 a visão maximalista perdeu força, tendo sido de suma importância à atuação do STJ, pois cresceu uma tendência jurisprudencial deste tribunal, concentrada na noção de consumidor final imediato e de vulnerabilidade, que podemos denominar de finalismo aprofundado. Trata-se de uma interpretação mais aprofundada e madura, utilizada em casos mais difíceis que envolvem pequenas empresas, que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente.

Existem também os consumidores equiparados, trata-se de uma ficção jurídica criada pelo legislador, não são consumidores tecnicamente falando, mas são pessoas que estão nessa situação e adquirem os direitos do consumidor padrão. No parágrafo único, do art. 2º do CDC está disposto que se equipara a consumidor a coletividade, ou seja, enquanto grupo o consumidor pode buscar a tutela coletiva. O conceito chave aqui é a vulnerabilidade⁶⁸

⁶⁵ MARQUES. Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; RASCOE, Leonarodo. **Manual de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.110.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 68

⁶⁷ MARQUES. Cláudia Lima. *Op cit.*, p.116.

⁶⁸ *Ibidem*, p.128-129.

No art. 17 do CDC encontraremos a previsão acerca das vítimas de acidente de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento⁶⁹.

E o art. 29 dispõe sobre os consumidores equiparados por práticas abusivas.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas⁷⁰.

Toda vez que um fornecedor toma uma atitude que viole os princípios e direitos garantidos no Código de Defesa do Consumidor ele comete uma prática abusiva, dessa forma, basta que o sujeito seja exposto a uma prática abusiva, para que seja considerado consumidor, ainda que não lhe cause danos.⁷¹

Claudia Lima Marques⁷² ensina que, essa extensão do campo de aplicação do Diploma Consumerista é a observação de que muitas pessoas, grupos e mesmo profissionais, mesmo não sendo consumidoras *strictu sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado, podendo ocupar a posição de vulnerabilidade. Mesmo não preenchendo as características de um consumidor padrão, a posição preponderante do fornecedor e a posição de vulnerabilidade, o que sensibilizou o legislador, que por sua vez, deu a essas pessoas o status de consumidor equiparado.

O outro polo da relação jurídica é o fornecedor, de acordo com o *caput* do art. 3º do CDC⁷³, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078/compilado.htm. Acesso em: 16 jun.2020.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ MARQUES. Claudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; RASCOE, Leonarodo. **Manual de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev., atual. e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.p.128-129.

⁷² *Ibidem*, p.129.

⁷³BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078/compilado.htm. Acesso em: 16 jun.2020.

Lima Marques⁷⁴ entende que, a definição de consumidor é relacional e depende de um fornecedor para haver a relação jurídica submetida ao CDC, seja contratual ou extracontratual. E é por esse motivo que a definição de fornecedor disposta no *caput* do art. 3º do CDC é tão ampla, para que um maior número de relações possa estar no campo de aplicação do Código Consumerista.

Fornecedor é gênero que comporta várias espécies, como, produtor, comerciante, artesão etc. Fornecedor é toda pessoa *latu sensu* que vai até o mercado de consumo oferecer seu produto ou serviço fazendo disso a sua atividade produtiva, ou seja, tem habitualidade. É indispensável que o fornecedor tenha habitualidade.

Na visão de Sergio Cavaliere Filho⁷⁵ foi uma estratégia do legislador considerar fornecedores todos aqueles, incluindo os entes sem personalidade jurídica, que atuam nas diversas etapas do processo produtivo, antes da chegada do produto ou serviço ao seu destinatário final. Desta maneira, serão tratados como fornecedores o fabricante ou o produtor originário, e também todos os intermediários e intervenientes, transformadores, distribuidores e ainda o comerciante, desde que façam disso suas atividades principais ou profissionais.

É importante salientar que a relação jurídica de consumo além de ser composta pelo consumidor e fornecedor (elementos subjetivos) é também composta por produtos ou serviços (elementos objetivos)⁷⁶.

O parágrafo 1º, do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor⁷⁷ define como produto qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Sergio Cavaliere Filho⁷⁸ menciona que em princípio qualquer bem pode ser considerado produto, desde que resulte de atividade empresarial em série de transformação econômica. Os bens do setor primário que são de natureza agrícola, só serão incluídos sob a esfera do CDC, depois de terem sofrido transformação por intervenção do trabalho humano ou mecânico.

⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; RASCOE, Leonarodo. **Manual de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.133.

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.80

⁷⁶ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 86.

⁷⁷ BRASIL. **Lei nº. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 07 jun.2020.

⁷⁸CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op cit.*, p.82.

No que tange aos produtos imateriais, esses estão atrelados a serviços como, por exemplo, pacotes turísticos, mútuo bancário, aplicação financeira, planos de capitalização com sorteio de prêmios, serviços de energia elétrica, pacotes de telefonia etc. Não se comercializa um produto, seja material ou imaterial sem serviço.⁷⁹

O art. 26, nos incisos I e II da legislação consumerista dispõe sobre produtos duráveis e produtos não duráveis. Cavalieri Filho⁸⁰ explica que produtos duráveis são os bens tangíveis que não se extinguem após o seu uso regular, foram feitos para ser utilizados várias vezes, mas não são eternos, esses bens sofrem desgastes com passar do tempo e o uso contínuo, por exemplo, os livros, as roupas, os automóveis, os imóveis etc. Os bens não duráveis são aqueles bens tangíveis que desaparecem e acabam com o uso regular, podendo ser essa extinção imediata (alimentos, remédios, bebidas) ou de forma paulatina (caneta, sabonete).

O parágrafo 2º, do art. 3º do CDC, conceitua como serviço, “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhistas”.⁸¹

A característica marcante dessa abrangente definição de serviços, para fins de tutela do consumidor, é a de que os mesmos devem ser prestados mediante remuneração, observando de forma obrigatória os requisitos da profissionalidade, da habitualidade e do recebimento de contraprestação em dinheiro.⁸² É necessário que haja remuneração para configurar relação de consumo, mesmo que seja direta ou indireta⁸³.

Segundo Luiz Antônio Rizzato Nunes o serviço é tipicamente uma atividade, uma ação humana que tem vista uma finalidade, essa ação se exerce em si mesma

⁷⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.83.

⁸⁰ *Ibidem, loc cit.*

⁸¹ BRASIL. **Lei nº. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 07 jun.2020.

⁸²CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.84.

⁸³ SAMPAIO. Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo. Revista do Tribunais, 2010, p.133.

caracterizando o serviço não durável. O autor ensina que o mercado desenvolveu os chamados serviços tidos como duráveis contínuos, que são, por exemplo, os serviços de convênio de saúde, os serviços educacionais regulares em geral etc. Dessa forma, o CDC incorporou essa invenção e define também os serviços como duráveis e não duráveis.⁸⁴

Essa divisão está prevista no art. 26, incisos I e II do CDC. No entanto, é preciso ampliar o significado de serviço não durável, que serão aqueles que, de fato, exercem-se quando são uma vez prestados, como, por exemplo, os serviços de transporte, de diversões públicas, de hospedagem etc.⁸⁵

Já os serviços duráveis serão aqueles que possuem continuidade no tempo em decorrência de uma estipulação estabelecida no contrato, como, por exemplo, os planos privados de saúde ou serviços escolares etc., bem como, qualquer tipo de serviço que no contrato seja estabelecido como contínuo.⁸⁶

O serviço passou a ter uma importância excepcional no mercado, porque muitas vezes o atendimento ao consumidor é também uma prestação de serviços. É importante lembrar, então, que qualquer venda de produto implica a simultânea prestação de serviço, no entanto, o inverso não é verdadeiro, existindo produtos sem serviços. Por exemplo, para vender um par de sapatos, o vendedor presta um serviço ao atender o consumidor. Já na prestação de serviço de consulta médica há apenas o serviço.⁸⁷

Na leitura da redação do parágrafo 2º, do art. 3º do CDC, está inserido o importante aspecto da remuneração e a exclusão do serviço de caráter trabalhista. Começando por este último, se pode afirmar que a lei simplesmente exclui de sua abrangência os serviços de caráter trabalhista, pois a relação constituída nesse âmbito tem conotação diversa da instaurada na relação de consumo.⁸⁸

Quanto ao aspecto da remuneração previsto no citado dispositivo, que define serviço como aquela atividade fornecida mediante remuneração, ou seja, nada é gratuito no mercado de consumo, tudo tem um custo repassado ao consumidor,

⁸⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor (com exercícios)**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.102.

⁸⁵ *Ibidem*, loc cit.

⁸⁶ *Idem*, p.71.

⁸⁷ *Idem*, p.103.

⁸⁸ *Idem*, loc cit.

seja de forma direta ou indiretamente. Logo, quando o CDC fala de remuneração, não está se referindo a preço a ser cobrado, devendo-se interpretar o conceito de remuneração no sentido estrito de qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto.⁸⁹

De acordo com Cavalieri Filho⁹⁰ o CDC não incide sobre os serviços não remunerados, fato que dá abertura para equivocadas interpretações, uma vez que a remuneração direta acontece quando o consumidor paga diretamente ao fornecedor, e a remuneração indireta, que por sua vez, se configura quando há proporcionados benefícios comerciais ao fornecedor, advindos da prestação de serviços apenas aparentemente gratuitos, pois a remuneração já se encontra diluída e embutida em outros custos é o exemplo, do estacionamento das faculdades privadas, serviços gratuitos de manobristas em restaurantes, etc.

Não devendo confundir serviços puramente gratuitos dos serviços aparentemente gratuitos. Sendo que os primeiros são afastados da incidência do CDC, pois são prestados no exclusivo interesse do beneficiário, sem nenhuma vantagem para quem o executa. Já os serviços aparentemente gratuitos, aos quais se aplica a lei consumerista, são aqueles que indiretamente o executor tem interesse ou vantagem patrimonial no serviço prestado, estando os custos desses embutidos.⁹¹

O CDC, no caput, do art. 3º, incluiu no rol dos fornecedores a pessoa jurídica pública, por via de consequências, todos aqueles que em nome dela prestam serviços públicos.⁹² Dessa forma, os serviços públicos estão sujeitos às regras consumeristas como prevê o art. 22 do diploma de defesa do consumidor, que os órgãos públicos por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a oferecer serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais, contínuos.^{93/94}

⁸⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor (com exercícios)**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.103.

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.84

⁹¹ *Ibidem*, p.85.

⁹² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Op cit.*, p.104.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op cit.*, *loc cit.*

⁹⁴ BRASIL. **Lei nº. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 07 jun.2020.

Luiz Antônio Rizzato Nunes defende que foi de fundamental importância o Código de Defesa do Consumidor regra especificamente os serviços públicos essenciais e sua existência, para impedir que os prestadores de serviços públicos pudessem construir teorias para tentar deslegitimar a incidência da Lei consumerista.⁹⁵

Nesse sentido Luiz Antônio Rizzato Nunes afirma que, a legislação consumerista incidirá em toda relação que for caracterizada como de consumo, afirmando que haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos serviços.⁹⁶

3.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

De acordo com Sergio Cavalierri Filho os princípios desempenham múltiplas funções, dentre os quais se destaca a função estruturante de dar unidade e harmonia ao ordenamento jurídico, são a estrutura jurídica de todo o sistema.⁹⁷ Percebe-se, assim, que os princípios exercem uma função importantíssima, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, são normas qualificadas que orientam a aplicação de todas as outras normas.⁹⁸

Os princípios devem ser aplicados de maneira harmônica, não tem ordem de grandeza ou hierarquia, quando há conflitos entre princípios deve se aplicar ao caso concreto o que possibilitará a melhor resolução para as partes na relação jurídica. Eles formam um alicerce de todas as regras e vão servir também para resolver possíveis conflitos de regras e normas.

Abordaremos os princípios que protegem o consumidor, começando com o princípio da vulnerabilidade, que está previsto no art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor é identificado como o primeiro princípio da Política Nacional das Relações de consumo, ele expressa o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, pois o consumidor é a parte mais frágil da

⁹⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor (com exercícios)**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.104.

⁹⁶ *Ibidem*, p.102.

⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.34

⁹⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Op cit.*, p.102.

relação de consumo, por isso, é imprescindível que haja instrumentos jurídicos para reequilibrar as relações jurídicas de consumo e o reconhecimento da presunção de vulnerabilidade do consumidor é o que norteia a igualdade material entre consumidores e fornecedores.⁹⁹

Importante ressaltar que vulnerabilidade não é sinônimo de hipossuficiência, ambos os institutos estão relacionados com a fragilidade do consumidor perante o fornecedor nas relações de mercado de consumo, no entanto, vulnerabilidade é um fenômeno de direito material e a presunção é absoluta, e a hipossuficiência é fenômeno de direito processual e sua presunção é relativa, ou seja, no plano do direito material todos os consumidores pessoas físicas são consideradas vulneráveis, mas na via processual nem todas são hipossuficientes, nesse plano a fragilidade deve ser demonstrada no caso concreto.¹⁰⁰

Fabricio Bolzan de Almeida¹⁰¹ ensina que a vulnerabilidade tem diferentes espécies, são elas: técnica, jurídica/científica, fáticas/socioeconômica e informacional. Dessa forma, compreendermos as diversas formas de fragilidade do consumidor, o autor explica que a vulnerabilidade técnica consiste na ausência de conhecimentos técnicos sobre o produto ou o serviço, adquirido/contratado, o fornecedor é o detentor dos meios de produção e do conhecimento a respeito dos bens de consumo produzidos ou vendidos. Neste caso, é a falta de conhecimentos técnicos pelo consumidor e, por outro lado, a presunção destes conhecimentos pelo fornecedor.¹⁰²

Já a vulnerabilidade jurídica ou científica, envolve a debilidade do consumidor no que diz respeito à falta de conhecimento sobre a matéria jurídica ou a respeito de outros ramos científicos, é evidente a fragilidade do consumidor na interpretação das cláusulas dos contratos de consumo, que são por sua vez, sua grande maioria contratos de adesão, elaborados unilateralmente pelo fornecedor, a impossibilidade

⁹⁹ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.340.

¹⁰⁰ *Ibidem*, loc cit.

¹⁰¹ *Idem*, p.344.

¹⁰² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p.68.

de discutir sobre as cláusulas contratuais potencializa a vulnerabilidade jurídica do consumidor.¹⁰³

No que tange à vulnerabilidade fática ou socioeconômica, deparamo-nos com a fragilidade no aspecto econômico, é uma espécie ampla, abrangendo diversas situações concretas de forma genérica, onde reconhece a debilidade econômica do consumidor em relação a fornecedor.¹⁰⁴

Alguns autores defendem que existe a vulnerabilidade informacional, onde se ressalta a importância das informações acerca dos bens de consumo e sobre a grande influência no poder de persuadir o consumidor no momento de escolher o que comprar ou contratar.¹⁰⁵

A lei nº 8.078/90 em seu art. 4º, inciso II, cumpre o mandamento o constitucional estabelecido no art. 5º, inciso XXXII, e define o princípio da intervenção estatal, determinando a ação governamental como forma de assegurar a proteção efetiva do consumidor, o legislador pontua que tal efetividade deve ser alcançada pelo Estado da seguinte forma: através da iniciativa direta; por meio de incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; pela sua presença no mercado de consumo; pela garantia de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho dos produtos e serviços e pelo estudo constante das modificações do mercado de consumo.¹⁰⁶

O princípio da harmonia está previsto no art. 4º, inciso III, do Código do Consumidor, esse princípio também é conhecido como princípio da “harmonização” dos interesses dos sujeitos do mercado de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, apresentando dois objetivos a serem alcançados: compatibilização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da

¹⁰³ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 345.

¹⁰⁴MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p.68.

¹⁰⁵MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais,5.ed.São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2017, p.330.

¹⁰⁶ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. *Op cit.*, p.354.

proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico.¹⁰⁷

O Código de Defesa do Consumidor prevê o princípio da boa fé no inciso III, do art. 4º, aqui é a previsão da Boa-fé Objetiva. Para Luiz Antônio Rizzatto Nunes a boa fé objetiva presente no CDC, pode ser definida como sendo uma regra de conduta, onde é dever das partes agir conforme os parâmetros de honestidade e lealdade, buscando o equilíbrio nas relações consumeristas¹⁰⁸, ou seja, é a boa fé do comportamento e ação, não bastando a mera intenção de não causar lesão, é necessário materializar as condutas.

É importante destacar que esse princípio não é exclusivo das relações consumeristas, Sergio Cavaliere filho defende que, o princípio da boa fé no plano infranconstitucional representa tudo aquilo que o princípio da dignidade da pessoa humana significa para a ordem constitucional. ¹⁰⁹ É um dos princípios basilares do direito privado em geral.¹¹⁰

A boa fé subjetiva por sua vez, não se trata de princípio jurídico, mas é um estado psicológico que se reconhece à pessoa e é um requisito no suporte fático presente em certas normas jurídicas, para produção de efeitos jurídicos. Diz respeito, à ausência de conhecimento sobre determinado fato, ou falta da intenção de prejudicar outro indivíduo, que é a boa fé do comportamento e ação.¹¹¹

Existem os deveres anexos ligados à boa fé objetiva, são eles: o dever de informar, de cooperação e de proteção. O dever de informar, é o dever de esclarecer tudo acerca do produto ou serviço de forma satisfatória, é um dever de informar qualificado, é um dever substancial de que as informações sejam efetivamente compreendidas pelo consumidor.¹¹² O dever de cooperação representa a boa fé objetiva e concretiza a o princípio da harmonização das relações de consumo.

¹⁰⁷ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.361.

¹⁰⁸NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor (com exercícios)**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.132.

¹⁰⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.38.

¹¹⁰MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.p.75.

¹¹¹*Ibidem*, p.75-76.

¹¹²*Idem*, p.77.

Outro princípio expresso no art. 4º do CDC, é o princípio do equilíbrio, este princípio junto à boa-fé realiza a harmonização na relação de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre tendo como na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. O princípio do equilíbrio se deu em decorrência natural do contexto histórico de desigualdade em que surgiu a necessidade da defesa do consumidor ¹¹³

O inciso IV, do art. 4º do diploma consumerista, dispõe sobre os princípios da educação e informação tanto de fornecedores como dos consumidores, quanto aos seus direitos e deveres visando melhorar as relações de consumo.

José Geraldo Brito Filomeno¹¹⁴ aduz que existem dois tipos de educação a respeito do tema, a formal e a informal. Para o citado autor a educação formal deve ser iniciada com as crianças nas escolas, porque os direitos do consumidor são uma face dos direitos de cidadania. No que tange a educação informal, devem ser objeto de preocupação tanto dos órgãos de defesa e proteção ao consumidor, bem como de entidades não governamentais, como dos meios de comunicação de massa.

Uma iniciativa de grande valia para concretização da educação informal, foi à edição da Lei nº 12.291 de 20 de julho de 2010¹¹⁵, que exige um exemplar do CDC em cada estabelecimento comercial.

Uma novidade introduzida pela Lei nº 13.486 de 2017¹¹⁶ é o princípio da qualidade e segurança, está previsto no art. 4º, inciso V, do CDC e prevê o incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, bem como mecanismos alternativos de solução de conflitos nas relações de consumo.

¹¹³ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.370.

¹¹⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.62.

¹¹⁵ BRASIL. **Lei nº 12.291**, de 20 de julho de 2010. Torna obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12291.htm. Acesso em: 07 jul.2020.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei nº 12.486**, de 3 de outubro de 2017. Altera o art. 8º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para dispor sobre os deveres do fornecedor de higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços e de informar, quando for o caso, sobre o risco de contaminação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13486.htm. Acesso em: 07 jul.2020.

Em resumo este princípio está cercado dos seguintes preceitos: dever de bem informar sobre a qualidade e a segurança dos bens e produtos colocados no mercado de consumo; dever de comunicar sobre a periculosidade dos produtos ou serviços oferecidos por meio de anúncios publicitários, sendo vedados produtos ou serviços de alto grau de nocividade ao consumidor; e o dever de informar de forma ostensiva e adequada sobre a periculosidade.

Na visão de José Geraldo Brito Filomeno¹¹⁷, o incentivo dos fornecedores a criação desse princípio, que tem como objeto da primeira parte do inciso v do art. 4º à evidente preocupação junto aos próprios fornecedores e produtores de produtos e serviços, no intuito se adaptarem aos padrões de qualidade, o que certamente resultará no aumento de prestígio dos consumidores. A segunda parte do dispositivo fala em mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo.

O citado autor defende que, por mecanismos alternativos, se entende instâncias não oficiais ou judiciárias para a resolução dos conflitos. Como por exemplo, a lei de arbitragem (lei n. 9.307/96), que apesar das restrições apontadas pelo inciso VII do art. 51 do CDC, que dispõe como abusiva e nula de pleno direito a cláusula contratual que determine a obrigatoriedade de arbitragem, é permitida para a resolução de conflitos nas relações de consumo. Nesse mesmo sentido é que existe como alternativa os Serviços de Atendimento ao Consumidor (SACs).¹¹⁸

O art. 4º, inciso VI, da Lei n. 8.078/90¹¹⁹ estabelece o princípio da coibição e repressão eficientes de abusos praticados no mercado de consumo, aqui o legislador ordinário teve a preocupação em primeiramente tentar coibir o abuso e se houver falha, reprimi-lo de maneira eficaz. Dessa maneira, as autoridades competentes devem fiscalizar e evitar a ocorrência de condutas abusivas no mercado de consumo. No entanto, se houver comprovação de práticas abusivas, deverá reprimi-las de forma efetiva.¹²⁰

¹¹⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010., p.62.

¹¹⁸ *Ibidem*, p.63.

¹¹⁹ BRASIL. **Lei nº 8.078** de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 16 jun.2020.

¹²⁰ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.375.

O CDC em diversas passagens coíbe as praticas abusivas no mercado, nos incisos do art. 39, exemplifica práticas abusivas vedadas, traz um rol exemplificativo de cláusulas abusivas e nulas de pleno direito nos disposições do art. 51. O aludido princípio também coíbe e reprime o abuso de infrações da ordem econômica, pois esse tipo de abuso reflete no mercado de consumo podendo lesar o consumidor.

O Diploma Consumerista prevê o princípio da racionalização e melhoria dos serviços públicos, no inciso VII, do art. 4º. Este princípio reforça a ideia de que o Código de Defesa do Consumidor incide sim sobre alguns serviços públicos.

Sobre este princípio José Geraldo Brito Filomeno¹²¹, considera que, o alcance do dispositivo é dúbio, pois quando se fala em relação de consumo se tem em vista os chamados serviços públicos *uti singuli*, que são os serviços prestados e colocados à disposição dos consumidores de pelo próprio Poder Público como serviços de distribuição de água e tratamento de esgotos, transportes coletivos, energia elétrica, telecomunicações, gás etc.

Por outro lado existem os serviços públicos *uti universi*, que são aqueles prestados diretamente pelo poder público e remunerados mediante recolhimento de tributos (impostos, taxas e contribuições de melhorias), são eles: educação e saúde pública, construção e manutenção de praças e parques e etc. Ora, parece que o dispositivo em questão, refere-se especificamente aos primeiros serviços, bem como o art. 22 do CDC, refere-se de forma especifica aos serviços *uti singuli*.¹²²

Por fim, temos o principio da responsabilidade solidária, que produz implicações práticas e relevantes para a proteção do consumidor. Fabricio Bolzan de Almeida esclarece que, sendo reconhecida a solidariedade dentro da cadeia de fornecedores terá o consumidor a prerrogativa de eleger que será acionado ou poderá ter o direito de acionar todos os sujeitos que colocaram o serviço ou produtos no mercado de consumo.¹²³ Nesse sentido, Rizzato Nunes, ensina que o consumidor poderá escolher quem acionar: um ou todos. Porque a solidariedade

¹²¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.64.

¹²² *Ibidem, loc cit.*

¹²³ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.377

obriga a todos os responsáveis a responder de forma simultânea pelos danos causados.¹²⁴

O CDC dispõe sobre a responsabilidade solidária dos fornecedores em diversos artigos, mas destacam-se os art. 18 e 19, que tratam da responsabilidade de todos os fornecedores da cadeia de produção pelos vícios do produto e do serviços. Almeida¹²⁵ conclui que, existe a presunção legal expressa nos citados artigos de que todos os fornecedores da cadeia de produção responderão solidariamente pelos vícios dos produtos ou dos serviços.

3.3 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Os direitos básicos do consumidor estão elencados no art. 6º da lei n. 8.078/90, mas não se limita apenas a esse dispositivo, é importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988, nos termos do inciso XXXII do art. 5º, determina como dever do Estado a proteção do consumidor, ou seja, estamos diante de um direito fundamental, faremos uma análise topográfica presente na lei.

Sergio Cavaliere Filho define os direitos básicos como aqueles interesses mínimos, matérias e instrumentais, que se relaciona com os direitos fundamentais universalmente consagrados, que diante de sua importância o legislador tutelou expressamente.¹²⁶

O inciso I do art. 6º¹²⁷ do CDC, dispõe que é um direito básico do consumidor a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. O CDC, prevê no capítulo IV, uma seção para tratar da proteção à saúde e segurança dos consumidores, esses direitos estão em consonância com a Política Nacional das Relações de Consumo.

¹²⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor (com exercícios)**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.150-151.

¹²⁵ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.379

¹²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.90.

¹²⁷ BRASIL. **Lei nº. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 07 jun.2020.

Nesse sentido Cláudia Lima Marques¹²⁸ defende que esse direito básico de segurança é um fundamento único do dever de segurança ou de cuidado dos fornecedores, a autora afirma que o CDC prioriza a segurança das vítimas de consumo que deve ser assegurada por toda a cadeia de fornecedores, quebrando a suma divisa entre a responsabilidade contratual e extracontratual.

O Inciso II, do art. 6º¹²⁹ do CDC, estabelece que são direitos básicos a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações. Na visão de Fabricio Bolzan de Almeida, a uma conexão existente entre os direitos pontuados neste artigo, para o autor a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços conseqüentemente concretiza a igualdade nas relações de consumo, dessa forma, conferem ao vulnerável da relação a liberdade, pois ele estará munido das informações necessárias sobre o produto ou o serviço, e poderá decidir se realizará ou não o negócio.¹³⁰

Cavaliere Filho, aduz que, aumentando o nível de conhecimento e informações do consumidor, também se aumenta seu poder de reflexão e de formulação de um juízo crítico sobre a oportunidade e a conveniência da contratação, dessa forma, poderá o consumidor escolher dentre os diversos produtos e serviços do mercado de consumo, manifestando sua vontade formal e materialmente livre consciente do que melhor se ajusta a sua necessidade.¹³¹

O direito à liberdade de escolha está intimamente conectado aos princípios constitucionais que têm por finalidade assegurar a todos existência digna.¹³²

Importante ressaltar que o direito à igualdade nas contratações possui dois aspectos: o primeiro se dá nas relações compostas entre consumidores e fornecedores; o segundo é em relação aos consumidores entre si, não se admitindo a diferenciação dos consumidores pelos fornecedores, o que também está previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em resumo, os fornecedores

¹²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; RASCOE, Leonarodo. **Manual de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p 129.

¹²⁹ BRASIL. **Lei nº. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 07 jun.2020.

¹³⁰ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.389.

¹³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.94

¹³² *Op cit.*, p.102.

devem oferecer as mesmas condições para todos os consumidores, apenas sendo permitido o tratamento diferenciado nos casos previstos em lei, como se dá com idosos, gestantes e crianças.¹³³

Em sua redação original o inciso III, do art. 6º do CDC, previa o direito básico à informação adequada e clara sobre diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço e bem como sobre os riscos que apresentem.

Por força da lei nº 12.741 de 8 de dezembro de 2012¹³⁴, a redação desse inciso mudou para a seguinte disposição “ a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, como sobre os riscos que apresentem”. Podemos retirar do dispositivo duas importantes características das informações nas relações de consumo, são elas a adequação e a clareza.

O consumidor também tem direito à proteção contra as práticas comerciais e contratuais abusivas, encontraremos esse direito resguardado no inciso IV, do art. 6º do CDC¹³⁵. É importante ressaltar que antes da criação do diploma consumerista, o consumidor era refém de variadas práticas comerciais abusivas, como a publicidade enganosa, contratos de consumo elaborados unilateralmente pelo fornecedor com letras e cláusulas de difícil visualização para quem estava contratando, e diante desse contexto, que se fez necessário o citado dispositivo, para coibir essas práticas.

Sergio Cavalieri Filho considera abusivo tudo o que afrontar os princípios e a finalidade do sistema protetivo do consumidor, relacionando-se à noção de abuso

¹³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.102

¹³⁴ BRASIL. **Lei nº 12.741**, 8 de dezembro de 2012. Dispõe sobre as medidas de esclarecimento ao consumidor, de que trata o § 5º do artigo 150 da Constituição Federal; altera o inciso III do art. 6º e o inciso IV do art. 106 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12741.htm. Acesso em: 19 jun.2020.

¹³⁵ BRASIL. **Lei nº. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 07 jun.2020.

do direito previsto no art. 18 do Código Civil, para todas as relações no mercado de consumo.¹³⁶

Claudia Lima Marques¹³⁷ leciona que, inciso IV do art. 6º do CDC proíbe o abuso de direito e impõe a boa fé e a transparência nas relações de consumo, a autora ensina que a boa fé é o princípio máximo do CDC e que o princípio da transparência atua como um reflexo da boa fé exigida aos agentes da relação de consumo.

Independente do momento da contratação a conduta abusiva estará relacionada à posição de domínio do fornecedor na relação consumerista, conseqüentemente, está vantagem do fornecedor poderá fazer com que ele realize condutas em desconformidade com a boa-fé objetiva e seus deveres anexos.¹³⁸

O inciso V, da lei nº 8.078/90¹³⁹, prevê que, constituem como direitos básicos do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleça prestações desproporcionais ou revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

O Diploma consumerista estabelece através do citado artigo à possibilidade de modificar cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais e de revisar as cláusulas em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, dessa maneira de forma implícita determina a preservação do contrato de consumo. Importante ressaltar que o parágrafo 2º do art. 51¹⁴⁰ do CDC explicita o princípio da conservação dos contratos.¹⁴¹

Sobre este disposto Cláudia Lima Marques¹⁴² considera que Código de Defesa do Consumidor, avança em relação ao Código Civil na resolução por onerosidade excessiva, ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível,

¹³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.101.

¹³⁷ MARQUES. Claudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; RASCOE, Leonarodo. **Manual de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.70.

¹³⁸ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.389.

¹³⁹ BRASIL. **Lei nº. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.. Acesso em: 07 jun.2020.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. *Op cit.*, p.406.

¹⁴² MARQUES. Claudia Lima. *Op cit.*, p.91.

apenas exigindo a destruição da relação de equivalência entre as prestações. Para a citada Autora o que autoriza a modificação do contrato pelo judiciário é o resultado objetivo da relação contratual que sofre fato superveniente que torna as prestações excessivamente onerosas para o consumidor, para a lei consumerista também não exige que haja extrema vantagem para outra parte contratual, como é exigido no Código Civil.

O art. 6º, no seu inciso VI, traz a efetiva prevenção e reparação de dano patrimonial e moral, individuais, coletivos e difusos, como direitos básicos do consumidor. Esse dispositivo alberga a efetiva prevenção de danos e a efetiva reparação dos diversos danos expostos, abrangendo os danos patrimoniais, morais, individuais incluindo os individuais homogêneos, coletivos e difusos.

No dizer de Sergio Cavaliere Filho¹⁴³ o CDC implantou um moderno e avançado sistema de responsabilidade civil para garantir a efetiva prevenção e reparação de danos, estabelecendo a responsabilidade objetiva (independente de culpa) para o fornecedor, tendo esta por fundamento os princípios da prevenção, da informação e da segurança. A indenização deve ser integral e abarcar danos materiais, morais, individuais, coletivos e difusos.

O dever de prevenir danos recai sobre o fornecedor que deve se abster de colocar no mercado produtos ou serviços com alto grau de nocividade ou periculosidade, como informar de forma ostensiva. Ademais, após inserir o produto no mercado de consumo, constatar riscos no bem ou serviço, deve o fornecedor comunicar imediatamente aos consumidores e as autoridades competentes.¹⁴⁴

Esse dever de prevenção também cabe ao Estado, que na condição de responsável pela defesa do vulnerável da relação consumerista, devendo implementar a efetiva fiscalização daquilo que for fornecido ao consumidor através de órgãos competentes. Se não houver êxito no intento de prevenção de danos no mercado de consumo, será imprescindível a reparação efetiva pelos prejuízos causados ao consumidor.¹⁴⁵

¹⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.112.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.423.

¹⁴⁵ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.423.

Como caracteriza Cavalieri Filho¹⁴⁶ a reparação de danos ao consumidor poder natureza material ou moral. Os danos materiais são reparados efetivamente quando o comprova sua ocorrência e a sua extensão, aplicando-se o princípio da *restitutio in integrum*, sendo expressamente vedado qualquer a tarifação ou tabelamento de indenização. Por sua vez a efetiva reparação dos danos morais é mais complexa, pois a sua indenização deve ser arbitrada com moderação e prudência pelo julgador, devendo proporcionar ao ofendido um bem estar psíquico compensatório pela ofensa sofrida, devendo representar uma punição para o infrator, para que dessa forma desestimular as práticas ilícitas.

O acesso aos órgãos judiciários e administrativos é também um direito básico do consumidor assegurado no art. 6º inciso VII do CDC, esse dispositivo tem como intuito assegurar a proteção jurídica, administrativa e técnica aos consumidores, como a finalidade de prevenir ou reparar danos ocorridos no mercado de consumo. Fabricio Bolzan de Almeida¹⁴⁷ ensina que, em dado momento histórico constatou-se a necessidade de uma atuação mais efetiva do Poder Público na defesa da parte mais frágil da relação de consumo, para assim equilibrar essa relação jurídica. Dessa forma, o CDC cumpre seu papel ao definir esse direito básico.

Sobre o tema Cavalieri Filho¹⁴⁸ destaca que os instrumentos para o acesso à justiça estão dispostos no art. 5º do CDC, que elenca a manutenção de assistência jurídica integral e gratuita para o consumidor hipossuficiente; instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor; criação de delegacias de polícia especializadas nas infrações penais de consumo; criação de Juizados Especiais e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo. Quanto às vias administrativas, esse acesso acontece através de oferecimento de reclamação junto os PROCONS e apresentação de denúncias nas Agências Reguladoras, que estão cada vez mais presentes nas relações de consumo.

O inciso VIII, art. 6º traz como direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos com possibilidade de inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando for verossímil a alegação ou o consumidor for

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014 p.112/113

¹⁴⁷ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020., p.423

¹⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op cit., loc cit.*

hipossuficientes. A facilitação da defesa do consumidor em juízo tem como principal manifestação processual a inversão do ônus da prova.

É importante ressaltar que existe uma distribuição prévia do ônus probante no Código de Processo Civil de 2015, no art. 373 ao dispor em seu inciso I, que “o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito” e inciso II ao réu, quando à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.¹⁴⁹

A princípio, a regra do Código de Processo Civil, permanece numa lide envolvendo uma relação de consumo, cabendo ao consumidor-autor da demanda comprovar os fatos constitutivos do seu direito. Todavia o Código Consumerista buscando facilitar a defesa do consumidor em juízo, prevê a possibilidade da inversão do ônus da prova, desde que presente os requisitos da verossimilhança das alegações do consumidor ou hipossuficiência do consumidor. O ônus probante é invertido a critério do juiz, ressalta-se que a inversão nesses casos não será automática, por não ser obrigatória, sendo essa *ope judicis*.¹⁵⁰

Outra modalidade de inversão existente no CDC é a *ope legis*, por sua, é obrigatória, pois ela é decorrente da lei e ocorre independentemente de qualquer critério de apreciação judicial.¹⁵¹

Nesse sentido Sergio Cavalieri Filho¹⁵², observa que, o CDC rompe dogmas e estabelece novos paradigmas para as relações entre desiguais, fazendo isso também, no que se refere à carga probatória, ora transferindo o ônus da prova ao fornecedor, ora admitindo que essa transferência seja por determinação do julgador, conforme o art. 6º, VIII.

¹⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 jul.2020.

¹⁵⁰ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.425.

¹⁵¹ *Ibidem*, *loc cit*.

¹⁵²CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.115.

Por fim, o ultimo direito básico do consumidor previsto no art. 6^o¹⁵³ da Lei Consumerista está no inciso X, que prevê a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Cavaliere Filho¹⁵⁴ examina esse dispositivo sob a ótica da responsabilidade do fornecedor, ensinando que o CDC criou para a Administração pública o dever jurídico de prestar, de maneira adequada e eficaz os serviços públicos de modo geral, cumprindo o que está disposto no art. 37, caput, da Constituição Federal, que por sua vez impõe a Administração Pública obediência, entre outros, ao princípio da eficiência e ao princípio da adequação.

Segundo Claudia Lima Marques¹⁵⁵ o inciso X do art. 6^o do CDC, será complementado pelo art. 22 do mesmo código e todos os demais artigos que se referem a serviços e não se distinguem sua natureza de serviços essenciais, universais, públicos ou ex-públicos, privatizados, autorizados ou concedidos. Para a autora este inciso apenas complementa o direito de prevenção e reparação já expostos acima, todavia, se observarmos os índices de reclamações dos consumidores, será verificados que esses serviços são fontes de muitos danos, por isso a importância da disposição deste inciso.

3.4 O CONCEITO DE CONTRATOS DE CONSUMO

Segundo Leonardo Roscoe Bessa¹⁵⁶ a concepção clássica do contrato, construída no século XIX, fundamentada nos princípios da autonomia privada, da intangibilidade do conteúdo do contrato a chamada *pacta sunt servanda* e da relatividade das convenções, foi amplamente revista, dando espaço à cláusula geral da boa-fé objetiva, ao princípio do equilíbrio econômico e à função social do contrato.

¹⁵³ BRASIL. **Lei nº. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 07 jun.2020.

¹⁵⁴CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.17.

¹⁵⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção contratual. In: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; RASCOE, Leonarodo. **Manual de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.414

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.409.

No Brasil essa revisão ganha força com a promulgação da constituição de 1988, o texto constitucional no seu art. 1º incisos III e IV¹⁵⁷ assume de forma explícita que possui como seu principal fundamento a dignidade da pessoa humana e os valores sócias da livre iniciativa e no art. 3º declara como objetivo construir uma sociedade solidária, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos. Dessa forma, por exigência constitucional o contrato não pode mais ser um simples instrumento para a satisfação de interesses egoístas.¹⁵⁸

Em 1990 foi promulgada a lei nº 8.078, o diploma de proteção ao consumidor absorveu as diretrizes constitucionais de solidariedade social e consagrou a atenção ao vulnerável da relação de consumo, destacando a proteção contratual.¹⁵⁹

Os contratos de consumo são os instrumentos para a realização das relações consumeristas, esses contratos são de diversas modalidades, mas a grande maioria possui natureza de contrato de adesão. Com a evolução dos tempos e com o monopólio dos meios de produção do fornecedor, os contratos nas relações de consumo perderam o caráter de bilateralidade típico do Direito Civil clássico¹⁶⁰, cabendo agora ao fornecedor de produtos ou serviços a elaboração e/ou aprovação de todas as cláusulas contratuais e ao consumidor resta à faculdade de aderir ou não a o contrato previamente elaborado

3.5 O CONCEITO DE CONTRATOS DE PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE

Nos ensinamentos de Luiz Henrique Sormani Barbugiani¹⁶¹ os planos de Saúde surgiram devido à preocupação da sociedade hodierna quanto as variadas dificuldades no acesso e tratamento médico hospitalar público adequado, quando um sujeito ou membros de sua família são vitimas de doenças ou buscam prevenir

¹⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 16 jun.2020.

¹⁵⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção contratual. *In*: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; RASCOE, Leonarodo. **Manual de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.410.

¹⁵⁹ *Ibidem*, *loc cit*.

¹⁶⁰ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.1007.

¹⁶¹ BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde**: Coleção direito econômico. São Paulo: Saraiva, 2015, p.19.

a ocorrência delas. Dessa forma, na intenção de evitar a ausência do devido atendimento na forma e momento certo, foi que esse tipo de contrato se desenvolveu na sociedade.

Com o passar dos anos esses contratos foram se aprimorando, misturando diversos institutos jurídicos como o princípio da solidariedade e o princípio do mutualismo. Nos contratos de assistência à saúde o objeto do contrato de forma direta e indiretamente relaciona-se com a proteção da integridade física e psíquica do indivíduo e de sua família, por esse motivo o poder público passou a regular esse tipo de prestação de serviço, através de instrumentos legais de proteção, como o CDC e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.¹⁶²

De acordo com o art. 1º da lei nº 9.656/98¹⁶³, a lei que regulamenta os planos de saúde, o conceito de plano de saúde é a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preços pré ou pós estabelecidos, não havendo prazo determinado, com a finalidade de garantir a assistência à saúde, pela livre escolha de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, integrantes ou não da rede credenciada contratada ou referenciada, visando a ampla assistência médica, hospital e odontológica.

Nesse mesmo sentido Fernando Campos Scaff¹⁶⁴ leciona que os planos de saúde são contratos de adesão, que mediante pagamento de mensalidades reiteradas, é responsável pela prestação dos serviços por meio de agentes privados conveniados nas operadoras ou de profissionais empregados por estas, sem devolução de valores de modo total ou parcial aos contratantes, em virtude dos serviços prestados escolhidos pelos beneficiários/consumidores de planos de saúde.

¹⁶²BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde**: Coleção direito econômico. São Paulo: Saraiva, 2015, p.19.

¹⁶³ BRASIL. **Lei nº 9656**, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656/compilado.htm. Acesso em: 18 jul.2020.

¹⁶⁴ SCAFF. Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.20-51.

O contrato de assistência à saúde é um contrato de natureza aleatória, onde o consumidor paga um valor estipulado pela operadora do plano de saúde mensalmente, para ter os tratamentos de saúde quando precisar.¹⁶⁵

Aurisvaldo Sampaio¹⁶⁶ exemplifica que na relação contratual dos planos de saúde uma das partes que é a operadora, obriga-se diante da outra que é o consumidor a proporcionar a cobertura dos riscos de assistência à sua saúde, mediante a prestação médico hospitalar e/ou odontológicas em rede própria. O autor afirma que se trata de um contrato de prestação de serviços por prazo indeterminado, obrigando ao consumidor, como regra ao pagamento de contraprestações mensais previamente definidas.

Os contratos de planos de saúde cumprem sua função social, ao assegurar ao consumidor, acesso a serviços de assistência a saúde, com qualidade e presteza, no limite da modalidade de plano contratado, mediante o pagamento direto da operadora ao prestador ou o reembolso das despesas.¹⁶⁷

Aurisvaldo Sampaio¹⁶⁸, utilizando como base nas disposições da Lei nº 9.656/98, classifica os contratos de planos de saúde utilizando três critérios, são eles: o regime de contratação; a segmentação de cobertura assistencial; e à época de contratação.

A lei nº 9656/98 nas alíneas do inciso VII, do art. 16¹⁶⁹ estabelece os tipos de contratação, sendo eles o plano individual ou familiar; e os planos coletivos por adesão e coletivos empresariais. Os planos coletivos podem ser de dois tipos, são eles os planos empresariais feitos por empresas para seus funcionários; e planos coletivos por adesão, feito por grupos formados em sindicatos ou associações.¹⁷⁰

¹⁶⁵ OLIVEIRA. Bruna Portugal Silva. O direito a Saúde sob a ótica Consumerista. In: CORINA, Teresa Costa Rosa Santos; PIMENTEL, Diego Ferreira; SILVA, Rômulo Ruan Santos (Orgs.). **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde: análise de julgados**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017, p.45

¹⁶⁶ SAMPAIO. Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010, p.185.

¹⁶⁷ *Ibidem, loc cit.*

¹⁶⁸ *Idem*, p.200-201.

¹⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 9.656**, de 6 de junho de 1998. Brasília, DF:Presidência da República do Brasil, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acesso em: 18 jul.2020.

¹⁷⁰ LOPES. Geraldo Evangelista. Planos de saúde: contratos de prestação de serviços. **Âmbito jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-166/planos-de-saude-contratos-de-prestacao-de-servicos/>. Acesso em: 18 jun.2020.

Outro ensinamento de Aurisvaldo Sampaio¹⁷¹ é que o plano coletivo empresarial é aquele contratado por pessoa jurídica para atender a população delimitada, com que mantêm vínculo empregatício ou estatutário. A cobertura assistencial nessa modalidade de plano poderá abranger desde que haja previsão no contrato, as seguintes pessoas: sócios ou administradores vinculados à pessoa jurídica contratante, demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados anteriormente a pessoa jurídica contratante, agentes políticos, trabalhadores temporários, estagiários e menores aprendizes. Podendo essa cobertura ser estendida ao grupo familiar dessas pessoas, até o terceiro grau de parentesco consanguíneo ou segundo grau de parentesco por afinidade, além do cônjuge ou companheiro.

Já o plano coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura para a população que mantenha vínculo com pessoas jurídicas como: conselhos profissionais e entidades de classe nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão; sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações; associações profissionais legalmente constituídas; cooperativas que congreguem membros de categorias ou classe de profissionais regulamentadas; caixas de assistências e fundações de direito privado. Podendo ainda o grupo familiar do consumidor titular ser beneficiado.¹⁷²

A contratação do plano individual é realizada por contato direto entre o contratante/pessoa física e a operadora, onde em teoria se estabelecem as regras que naquele contrato serão aplicadas, os serviços prestados pelo plano pode ser exclusivo para o contratante ou extensivo para sua família, nesses casos se torna um plano familiar.¹⁷³

O critério da época de contratação, leva em conta o momento em que foi contratado o plano de saúde, se antes ou depois da lei de planos de saúde. Planos antigos são os celebrados antes da vigência da lei 9.656/98 e que não foram adaptados às suas regras, estando imunes à sua incidência. Esses planos são regidos pela legislação vigente à época da contratação, os contratados a partir de

¹⁷¹ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.200/201.

¹⁷² *Ibidem*, p.203.

¹⁷³ LOPES, Geraldo Evangelista. Planos de saúde: contratos de prestação de serviços. **Âmbito jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-166/planos-de-saude-contratos-de-prestacao-de-servicos/>. Acesso em: 18 jun.2020.

1991 são regidos pelo CDC. Os planos novos, por sua vez, são aqueles contratados são aqueles celebrados a partir da vigência da lei de planos de saúde, e são submetidos ao seu império.¹⁷⁴

Por fim, é importante mencionar que o art. 35 da lei nº 9.656/98¹⁷⁵ permite aos consumidores que possuem planos antigos a possibilidade de adaptá-los à sua disciplina, fazendo surgir assim os contratos antigos adaptados, subordinando-se a lei de planos de saúde.

3.5.1 A regulamentação dos contratos de planos privados de saúde

O mercado de saúde suplementar depende da implementação entre o poder público, operadoras de mercado, médicos, prestadores de serviços e consumidores, é o que dispõe o art. 197 da Constituição Federal de 1988.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.¹⁷⁶

Dessa forma, a Carta Magna considera a regulamentação, a fiscalização e o controle das ações e serviços de saúde como de relevância pública. Logo a oferta de planos privados de saúde por operadoras do ramo é legítima, mas deve ser regulada pela submissão à disciplina do Poder Público¹⁷⁷.

Antes da edição da lei n. 9.656/98, a regulação dos planos de saúde estava a cargo do Decreto-lei. nº 73/66,¹⁷⁸ ao dispor sobre os “seguros privados” e “seguros-

¹⁷⁴SAMPAIO. Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.211.

¹⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 9656**, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acesso em: 18 jul.2020.

¹⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 16 jun.2020.

¹⁷⁷ SILVA. Rômulo Ruan Santos da Silva. VIENA. Victoria Andrade. A Realizabilidade do Direito à saúde através do Código de Defesa do Consumidor: uma análise dos planos de saúde In: CORINA, Teresa Costa Rosa Santos; PIMENTEL, Diego Ferreira; SILVA, Rômulo Ruan Santos (Orgs.). **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde: análise de julgados**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017, p.17.

¹⁷⁸ BRASIL. **Decreto nº 0073**, de 21 de novembro de 1966. Brasília: Presidência da República do Brasil. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0073.htm. Acesso em: 18 jun.2020.

saúde”, sendo a Associação Brasileira de Medicina de Grupo-ABRANGE, explica que essa forma de contratação denominada “medicina de grupo” surgiu na década de 1960 com a abertura de fábricas de veículos no ABC paulista, que passaram a buscar serviços de saúde privados para seus funcionários, o que gerou a criação do Conselho Nacional de Auto-regulamentação das Empresas de Medicina de Grupo muito tempo antes da edição do CDC, para proteger os beneficiários desses serviços.¹⁷⁹

Entre 1966 e 1998 houve um grande crescimento da saúde suplementar no país e um grande vácuo normativo também. Aurisvaldo Sampaio¹⁸⁰ destaca a tímida imposição contida na lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980¹⁸¹, que obrigou o registro de empresas entidade competente para a fiscalização exercício da atividade profissional, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros. Embora não dispondo a lei diretamente sobre planos de saúde, entendeu-se como obrigatória a inscrição destas nos Conselhos de Medicina, o que fez com que o CFM atuasse de forma mais firme no tocante ao Setor.

Em 1989, a Superintendência de Seguros Privados do Ministério da Fazenda-SUSEP/MF, defendeu a necessidade da regulamentação do setor, reclamando para si a função regulatória da oferta e comercialização da assistência médica suplementar.¹⁸²

Com o crescimento exponencial da saúde suplementar e o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 199, caput, dispõe ser a assistência à saúde livre à iniciativa privada. Após 10 anos, a regulamentação em projeto de lei discutido no Congresso Nacional, somado a fatores como o aumento do número de denúncias

¹⁷⁹ ALMEIDA, Nilza Rodrigues. **Contratos de plano de Saúde**. São Paulo: EI- Edições Inteligentes, 2007, p.68.

¹⁸⁰ SAMPAIO. Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.196.

¹⁸¹ BRASIL. **Lei nº 6.839**, de 30 de outubro de 1980. Presidência da República. Brasília. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6839.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.839%2C%20DE%2030,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=2%C2%BA%20Esta%20Lei%20entrar%C3%A1%20em%20vigor%20na%20data%20de%20sua%20publica%C3%A7%C3%A3o.. Acesso em: 19 jun.2020.

¹⁸² GAMA. Anete Maria *et al.* O espaço da regulamentação dos planos e seguros de saúde no Brasil: Notas sobre a ação de instituições governamentais e da sociedade civil. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Artigo_O_espaco_da_regulamentacao_dos_planos_e_seguros_d_e_saude_no_Brasil.pdf. Acesso em: 19 jun.2020, p.5.

de negação de atendimento e o aumento abusivo de preços foram fatos que determinaram a efetiva regulamentação do setor, cujo primeiro grande marco normativo foi a promulgação da lei nº 9.656 de 3 de junho de 1998.¹⁸³

A Lei de planos de saúde utiliza de fórmulas que abrangem a diversidade de situações fáticas então apresentadas pelo mercado, buscando englobar todas as modalidades de serviços que envolvessem a cobertura de riscos de assistência à saúde, a fim de regulamentar de maneira uniforme o setor.¹⁸⁴

Corroborando com essa ideia Geraldo Evangelista Lopes¹⁸⁵ afirma que, a Lei de planos de saúde¹⁸⁶, de certa forma possibilitou uma padronização contratual, onde o contratante passa a ter mais cobertura contratual, foi criado um plano de saúde referência, diminuindo em muito as limitações que existiam antes da referida Lei.

A lei incorporou a ampliação da cobertura dos contratos de prestação de assistência médica e hospitalar bem como os aspectos de regulamentação da situação econômico-financeira das empresas de planos e seguros de saúde. A criação de legislação específica homogeneizou os contratos de planos e seguros de saúde e ampliou a cobertura assistencial destes.¹⁸⁷

Mesmo após da criação da Lei nº 9.656/98, ainda continuou um alto índice de reclamações pelo não atendimento as cláusulas do contrato e a imposição de

¹⁸³ GAMA. Anete Maria *et al.* O espaço da regulamentação dos planos e seguros de saúde no Brasil: Notas sobre a ação de instituições governamentais e da sociedade civil. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Artigo_O_espaco_da_regulamentacao_dos_planos_e_seguros_d_e_saude_no_Brasil.pdf. Acesso em: 19 jun.2020.

¹⁸⁴ SAMPAIO. Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.196-197.

¹⁸⁵ LOPES. Geraldo Evangelista. Planos de saúde: contratos de prestação de serviços. **Âmbito jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-166/planos-de-saude-contratos-de-prestacao-de-servicos/>. Acesso em: 18 jun.2020.

¹⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 9656**, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acesso em: 18 jul.2020.

¹⁸⁷ GAMA. Anete Maria *et al.* O espaço da regulamentação dos planos e seguros de saúde no Brasil: Notas sobre a ação de instituições governamentais e da sociedade civil. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Artigo_O_espaco_da_regulamentacao_dos_planos_e_seguros_d_e_saude_no_Brasil.pdf. Acesso em: 19 jun.2020, p.6.

exclusões e limitações a determinados exames e até mesmo a falta de previsão de certos atendimentos.¹⁸⁸

Em 28 de Janeiro de 2000, a Lei nº 9.961, criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar- ANS,¹⁸⁹ definindo suas finalidades, estrutura e atribuições. A agência foi instituída pela lei como autarquia integrante do Ministério da Saúde, sob regime especial, com autonomia em suas decisões de conotação técnica, bem como, autonomia para gerir seu próprio pessoal, administração e patrimônio e finanças.¹⁹⁰

A Agência Nacional de Saúde Suplementar, com sede no Rio de Janeiro, possui abrangência em todo o território nacional, e exerce competências e atribuições, voltadas ao controle, fiscalização, normatização e regulação de atividades e serviços relacionados a assistência de saúde suplementar, defende o interesse público ao regular as operadoras de planos de saúde, incluindo em suas atividades o relacionamento com os consumidores e também com os prestadores de serviços de saúde¹⁹¹

A fiscalização e controle exercido pela ANS vêm surtindo efeito, muitos direitos dos contratantes/beneficiários começaram a ser efetivados com a fiscalização e exigências feitas pela agência, incluindo-se a notificação de fechamento de inúmeros planos e seguros de saúde que eram comercializados, mas não atendiam os serviços mínimos que deveriam estar previstos nos contratos.¹⁹²

3.5.2 O direito do consumidor x planos de saúde privados

O Código de Defesa do Consumidor traz garantias à proteção da saúde daqueles dos consumidores, essas garantias não se limitam aos produtos ou serviços

¹⁸⁸ LOPES. Geraldo Evangelista. Planos de saúde: contratos de prestação de serviços. **Âmbito jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-166/planos-de-saude-contratos-de-prestacao-de-servicos/>. Acesso em: 18 jun.2020.

¹⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 9.961** de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm. Acesso em: 19 jun.2020.

¹⁹⁰BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde**: Coleção direito econômico. São Paulo: Saraiva, 2015, p.24.

¹⁹¹ *Ibidem, loc cit.*

¹⁹² LOPES. Geraldo Evangelista. Planos de saúde: contratos de prestação de serviços. **Âmbito jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-166/planos-de-saude-contratos-de-prestacao-de-servicos/>. Acesso em: 18 jun.2020.

adquiridos no mercado de consumo, elas se estendem aos serviços que ainda não foram prestados, mas que possuem a expectativa de serem, caso surja à necessidade, o que é o caso dos planos de saúde privados.¹⁹³

O beneficiário de planos de saúde também se encontra exposto às prerrogativas e aos contratos de adesão impostos pela operadora de planos de saúde, logo, ele é consumidor do serviço oferecido pela operadora e a agregação entre a legislação específica de saúde suplementar e os direitos previstos no CDC tendo garantido a proteção do consumidor. Dessa maneira, a Lei nº 9656/98, em seu art. 35-G dispõe que se aplicam subsidiariamente aos contratos de planos privados de planos de saúde as disposições do Código de Defesa do Consumidor.¹⁹⁴

Foi publicada em 6 de dezembro de 2010 pela segunda seção do STJ, com base no Código de Defesa do Consumidor e da lei 9656/98, tendo como relator do projeto de súmula, o Ministro Aldir Passarinho Júnior.

Súmula 469 STJ.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.¹⁹⁵

Consolidando o entendimento jurisprudencial aplicado pelo próprio STJ, de aqui os planos de saúde devem se sujeitar às normas do Código de Defesa do Consumidor, sem reservas.

Na opinião de Aurisvaldo Sampaio¹⁹⁶ a relação jurídica entre a operadora de plano de saúde e os destinatários dos seus serviços é de consumo, para o autor é inegável a condição de consumidores dos destinatários finais da atividade fornecida pelos planos privados de saúde, seja na condição de contratante/adquirente ou como mero usuário dos serviços. As operadoras de saúde são pessoas jurídicas que desenvolvem a atividade de prestação de serviços, exercendo de modo

¹⁹³ SILVA, Rômulo Ruan Santos da Silva. VIENA, Victoria Andrade. A Realizabilidade do Direito à saúde através do Código de Defesa do Consumidor: uma análise dos planos de saúde In: CORINA, Teresa Costa Rosa Santos; PIMENTEL, Diego Ferreira; SILVA, Rômulo Ruan Santos (Orgs.). **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde: análise de julgados**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017, p.16.

¹⁹⁴ *Ibidem, loc cit.*

¹⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 469 STJ**. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27469%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27469%27).sub). Acesso em. 07 jul.2020.

¹⁹⁶ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.250.

habitual, esta atividade econômica. Logo se encontra na condição de fornecedora, na forma do art. 3º, *caput*, do CDC.

A atividade fornecida no mercado de consumo pelas operadoras de planos privados de saúde é qualificada como prestação de serviço de consumo, como está estabelecido no parágrafo 2º, do art. 3º do Diploma consumerista.¹⁹⁷ Logo não há dúvida a cerca da natureza consumerista dos contratos de planos de saúde, que por sua vez, devem ser tutelados pela legislação específica e pelo Código de Defesa do Consumidor.

¹⁹⁷ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.250.

4 NEGATIVA DE COBERTURA PARA A TRANSGENITALIZAÇÃO E SUA TUTELA JURÍDICA

As pessoas transgêneros, estão entre sujeitas a diversos tipos de violências, preconceitos e discriminações. Esses indivíduos possuem identidades de gêneros diversas do que é imposto pelos padrões heteronormativos da sociedade, ou seja, o homem transexual e a mulher transexual se identificam com uma masculinidade e/ou feminilidade diferente daquela esperada pela sociedade em função do seu sexo biológico¹⁹⁸. Desafiam a lógica hegemônica de sexo biológico como determinante da identidade de gênero e por fugirem da lógica binária e dicotômica, são encaradas com estranhamento e preconceitos.¹⁹⁹

As pessoas Trans alcançaram um grande avanço na conquista de acesso aos serviços à saúde pública, em um procedimento pautado no modelo biomédico: o chamado processo transexualizador, que foi instituído e regulamentado pelo Ministério da Saúde, através das Portarias nº 457 de 19 de agosto de 2008²⁰⁰ e Portaria nº 2803 de 19 de novembro de 2013²⁰¹. Estas portarias estavam pautadas na habilitação de serviços em universitário e na realização de procedimentos hospitalares.

O Ministério da Saúde apresentou a Política Nacional de Saúde integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, instituída pela Portaria nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011, e pactuada pela Comissão Intergestores Tripartite- CIT, conforme Resolução nº 2 de 6 de dezembro de 2011 que por sua vez, orienta o Plano Operativo de Saúde integral LGBT, estabelecendo estratégias

¹⁹⁸ SOUZA, Marta Helena Teixeira, SIGNORELLI. Marcos Claudio, COVIELLO. Denise Martin e PEREIRA. Pedro Paulo Gomes. **Itinerários terapêuticos de travestis da região central do Rio Grande do Sul**, Brasil. Cien Saude Colet 2014. Pg.2277-2286. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232014000702277&script=sci_abstract&tlng=pt.. Acesso em: 12 jul.2020.

¹⁹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Transexualidade e Travestilidade na Saúde**. Brasília: MS; 2015.

²⁰⁰ BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Portaria nº 457**, de 19 de agosto de 2008. Aprova a Regulamentação do Processo Transexualizador no âmbito do Sistema Único de saúde (SUS). Diário Oficial da União 2008; 20 ago.

²⁰¹ BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Portaria nº 2803**, de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União 2013; 20 nov.2019.

e ações no âmbito do Sistema Único de Saúde, consolidando o SUS como um sistema universal, integral e equitativo²⁰². Como estabelece o seu art. 1º.

Art. 1º Esta Resolução institui o Plano Operativo da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais no âmbito do SUS, com o objetivo de apresentar estratégias para as gestões federal, estadual, distrital e municipal do SUS no processo de enfrentamento das iniquidades e desigualdades em saúde, com foco na população de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT), para a consolidação do SUS como sistema universal, integral e equitativo.²⁰³

Os eixos estratégicos para a atuação do SUS no que tange a saúde da pessoa trans, está disposto nos incisos, do art. 2º da supracitada RN nº 02/2011, são eles:

Art. 2º O Plano Operativo de que trata o art. 1º é estruturado em 04 (quatro) eixos estratégicos:

I - acesso da população LGBT à atenção integral à saúde;

II - ações de promoção e vigilância em saúde para a população LGBT;

III - educação permanente e educação popular em saúde com foco na população LGBT; e

IV - monitoramento e avaliação das ações de saúde para a população LGBT.²⁰⁴

Diante da luta de movimentos sociais LGBT pela ampliação do atendimento especializado ao transgênero foi publicada a Portaria nº 859, em 30 de julho de 2013, com o objetivo de revisar a lógica do cuidado, por meio da estruturação de uma linha de cuidado ampliando a atenção à saúde, desde a atenção básica à especializada, focada não somente no procedimento cirúrgico e hospitalar, mas também na estruturação e ampliação dos serviços ambulatoriais. Teve seus efeitos suspensos pela PRT GM/MS nº 1579 de 31/07/2012, que por sua vez foi revogada pela PRT GM nº 2.803 de 19/11/2013.²⁰⁵

Em 19 de novembro de 2013 foi publicada a Portaria nº 2.803, que ampliou e redefiniu o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde. Com objetivo de atender as pessoas que sofrem a incompatibilidade de gênero, atendendo as necessidades da pessoa trans através da implementação do processo transexualizador no SUS, e regulamentando todos procedimentos para a

²⁰² BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT**. Brasília: MS. 2008 Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cit/2011/res0002_06_12_2011.html.> Acesso em:13 jul.2020

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Processo transexualizador no SUS**. 2018. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/atencao-especializada-e-hospitalar/especialidades/processo-transexualizador-no-sus>. Acesso em: 13 jul.2020.

readequação sexual, se inserindo no contexto da Política Nacional de Saúde Integral LGBT e buscando garantir o acesso à saúde de forma igualitária a essas pessoas.²⁰⁶

Cabe esclarecer que o processo transexualizador compreender um conjunto de estratégias de atenção à saúde, que implicam no processo de transformação dos caracteres sexuais pelos quais passam as pessoas com incongruência de sexo em determinado momento de suas vidas.²⁰⁷ A regulamentação do processo no SUS trata de uma normatização que visa assegurar a aplicação dos princípios da universalidade do acesso e a integralidade na atenção em relação às dimensões físicas e psicossociais implicadas no processo de transformação fenotípica e social da pessoa trans.²⁰⁸

A Organização Mundial de Saúde- OMS²⁰⁹, reconhecia internacionalmente a transexualidade como patologia (CID-11), na qual, considerava como uma doença mental, e dispunha “que seu portador possui vontade de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, e geralmente, deseja fazer com que o corpo seja o mais próximo daquele que sonha, seja por procedimento cirúrgico ou tratamento hormonal”²¹⁰.

Importante, salientar que o sufixo *ismo* é geralmente, empregado na medicina para designar doenças, por isto no passado o transexualismo era catalogado no Código Internacional de Doenças, como uma doença ou problema relacionado à saúde psicológica de um indivíduo.

No entanto, 28 anos depois dessa normativa, a Organização Mundial de Saúde – OMS, durante a 72^o Assembleia Mundial da Saúde, em Genebra, retirou oficialmente a transexualidade do rol de transtornos mentais, e criou um novo

²⁰⁶ BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Processo transexualizador no SUS**. 2018. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/atencao-especializada-e-hospitalar/especialidades/processo-transexualizador-no-sus>. Acesso em: 13 jul.2020

²⁰⁷ BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Portaria nº 457**, de 19 de agosto de 2008. Aprova a Regulamentação do Processo Transexualizador no âmbito do Sistema Único de saúde (SUS). Diário Oficial da União 2008; 20 ago.2019.

²⁰⁸ BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Transexualidade e Travestilidade na Saúde**. Brasília: MS; 2015. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/transexualidade_travestilidade_saude.pdf. Acesso em: 14 jul.2020.

²⁰⁹ OMS – Organização Mundial da Saúde. **CID-11 para Estatísticas de Mortalidade e Morbidade**. <<https://icd.who.int/browse11/l-m/en>>. Disponível em: Acesso em: 07 jul.2020.

²¹⁰ ONU – **OMS retira a transexualidade da lista de doenças mentais**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/>. Acesso em: 16 jul.2020.

capítulo no documento, dedicado a saúde sexual, onde a transexualidade foi incluída nessa nova seção e agora integra condições relacionadas à saúde sexual, sendo agora classificada como incongruência de gênero.²¹¹

Agora a nova edição da CID 11 dispõe o seguinte:

A incongruência de gênero é caracterizada por uma incongruência acentuada e persistente entre o gênero experiente de um indivíduo e o sexo designado. O comportamento e as preferências das variantes de gênero, por si só, não são uma base para atribuir os diagnósticos nesse grupo²¹².

Antes desta decisão da OMS o Conselho Federal de Psicologia – CFP já havia publicado a Resolução-CFP nº 01/2018, que orienta a atuação do profissional de psicologia para que travestilidades e transexualidades não sejam consideradas patologias. Essa norma administrativa tem como objetivo impedir o uso de instrumentos ou técnicas psicológicas para criar, manter ou reforçar preconceitos, estigmas, estereótipos ou discriminação e veda a colaboração com eventos ou serviços que contribuam para o desenvolvimento de culturas institucionais discriminatórias.²¹³

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina autoriza as cirurgias em transexuais desde o ano de 1997. Com o passar dos anos, o Conselho editou diversas resoluções determinando os pressupostos para que as pessoas trans pudessem ter o devido acesso à cirurgia. A Resolução normativa do CFM nº 1.955/2010 ²¹⁴, considerava o transexual como portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio.

²¹¹ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução-CFP nº01/2018**. Disponível em: [https://site.cfp.org.br/transexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializaoms/#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Sa%C3%BAde,Problemas%20de%20Sa%C3%BAde%20\(CID\)](https://site.cfp.org.br/transexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializaoms/#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Sa%C3%BAde,Problemas%20de%20Sa%C3%BAde%20(CID).). Acesso em: 16 jul.2020.

²¹² OMS. Organização Mundial da Saúde. **CID 11 para estatísticas de mortalidade e morbidade**. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fclid%2fentity%2f411470068..> Acesso em: 16 jul.2020.

²¹³ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP-Brasil). **Resolução nº 1**, 29 de janeiro de 2018. Estabelece normas de atuação para psicólogas e os psicólogos em relação às pessoas transexuais e travestis. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-01-2018.pdf>. Acesso em: 16 jul.2020.

²¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM-Brasil). **Resolução nº 2.265**, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2020. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2265>. Acesso em: 16 jul.2020.

A Resolução Normativa do CFM nº 1.955/2010, em seu art. 1º apenas permitia a "a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários" e, em seu art. 2º, autorizava, "a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia".²¹⁵

A citada RN nº 1.955/2010 foi revogada pela Resolução Normativa nº 2.265/2019²¹⁶ do Conselho. A RN nº 2.265/2019, por sua vez, prevê a ampliação do acesso ao atendimento à população com incongruência de gênero na rede pública e estabelece critérios para a maior segurança na realização de procedimentos com hormonioterapia e cirurgias de transgenitalização.²¹⁷

A norma administrativa atual contempla em seu art. 2º a atenção integral à saúde do transgênero e todas as suas necessidades, garantindo o acesso da pessoa trans sem qualquer tipo de discriminação aos serviços básicos, especializados e de urgência e emergência. O texto estabelece também que a assistência médica a pessoas transgênero deve promover atenção integral e especializada nas fases de acolhimento, acompanhamento ambulatorial, hormonoterapia e procedimentos clínicos, cirúrgicos e pós-cirúrgicos²¹⁸.

Estudiosos da área fazem duras críticas à referida resolução, defendem que a norma não apresenta avanço em relação ao já estabelecido em termos normativos no país que são referências para as linhas de cuidado das pessoas trans. Também não significa avanços frente aos consensos internacionais sobre o cuidado com a pessoa transgênero, pois se manifesta tardiamente.²¹⁹

A posição do CFM é considera bastante inferior diante das questões e dos desafios trazidos pela divulgação da nova CID 11, onde a Organização Mundial de Saúde (OMS) reconhece que nenhuma evidência científica produzida no século XX foi

²¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM-Brasil). **Resolução nº 1.955**, de setembro de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1955>. Acesso em: 16 jul.2020.

²¹⁶ *Idem*.

²¹⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM-Brasil). **Resolução nº 2.265**, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2265>. Acesso em: 16 jul.2020.

²¹⁸ *Idem*.

²¹⁹ MATOS, Amanda. *et al.* **Análise da resolução 2265 de 20 de setembro de 2019 resolução produzida pelo Conselho Federal de Medicina**. 2020. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1CryHEHWIal7JrJwKmsBE4NmHiTDF6SEU/view.>> Acesso em 13 jul.2020.

capaz de definir a incongruência de sexo como um transtorno mental, logo, essa Resolução do CFM indica um retrocesso, uma vez que, o cuidado em saúde e os direitos humanos das pessoas trans não são negociáveis²²⁰.

Cabendo lembrar que a Lei nº 8.080 estabelece que é de competência do Ministério da Saúde a elaboração de políticas públicas de saúde. Contudo o CFM tem assumido uma função normativa que extrapola suas competências. E suas Resoluções têm uma grande influência na organização dos serviços de saúde e nos cuidados das pessoas trans.²²¹

Além do mais, nenhuma autarquia tem poder para contestar ou deferir das normas internacionais de Direitos Humanos, e das definições técnicas preconizadas pela OMS. A principal crítica a supracitada resolução é a de que na tentativa de conceituar e definir quem são as pessoas elegíveis para o cuidado em saúde trans, o CFM não apenas ameaça, mas restringe o acesso de pessoas que não estão em conformidade com o diagnóstico esperado, ferindo o direito de autodeterminação e ao mesmo tempo Estado permaneça omissa na formulação de políticas e de medidas assecuratórias de direitos fundamentais das pessoas transgêneros.²²² No entanto, não cabe aqui o aprofundamento acerca das contradições da Resolução.

Pode-se afirmar que o SUS, através do Processo Transexualizador e da PNSILGBT visa garantir o atendimento integral de saúde dos transexuais, incluindo ações de acolhimento e acesso aos serviços do SUS, desde o uso do nome social, acesso à hormonoterapia e todos os procedimentos cirúrgicos de adequação do corpo biológico à identidade de gênero social no qual a pessoa trans se identifica²²³.

Os cuidados à saúde da população trans é estruturado pelos componentes da atenção básica e especializada. A atenção básica é o componente da rede responsável pela coordenação do cuidado e por realizar a atenção contínua da população, também é porta de entrada prioritária da rede pública. A atenção especializada, por sua vez é um conjunto de variados pontos de atenção, composto

²²⁰ MATOS, Amanda. *et al.* **Análise da resolução 2265 de 20 de setembro de 2019 resolução produzida pelo Conselho Federal de Medicina.** 2020. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1CryHEHWIal7JrJwKmsBE4NmHiTDF6SEU/view>. Acesso em: 13 jul.2020.

²²¹ *Ibidem.*

²²² *Idem.*

²²³ BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT.** Brasília: MS, 2011.

por modalidades de atenção ambulatorial e hospitalar, através de acompanhamento clínico pré e pós-operatórios, tratamento através de hormonoterapia e a realização de cirurgias e o seu acompanhamento pré e pós operatório²²⁴.

Ainda sobre a proteção jurídica da pessoa trans, cabe destacar que, diante da fragilização da proteção a dignidade do transexual havia o projeto de lei nº 70 de 1995²²⁵ de autoria do Deputado Federal José Coimbra, que visava regulamentar a mudança do prenome mediante autorização judicial nos casos de pessoas transexuais que se submetessem a cirurgia de alteração de sexo.

Por fim, ressalta-se que atualmente na câmara dos deputados tramita o projeto de Lei nº 5.002 de 2013²²⁶ denominado de lei João W. Nery, lei de identidade de gênero de autoria dos Deputados Federais Jean Wyllys e Érica Kokay, no qual dispõe sobre o direito à identidade de gênero, adequação sexual ao gênero através de tratamentos hormonais e a cirurgia de resignação sexual no plano médico obrigatório, ampliando os direitos dos transexuais.

Como já foi exposta boa parte da tutela jurídica referente à transgenitalização no ordenamento jurídico brasileiro e em normas internacionais, adentraremos a discussão acerca da violação as normas constitucionais e do sistema de proteção ao consumidor no que se refere a negativa de cobertura integral do processo de retificação da designação de sexo de forma integral pelos planos privados de saúde suplementar.

A cobertura de planos de saúde são a prestação dos serviços através de procedimentos que devem possuir garantia obrigatória pelas operadoras de Planos Privados de Saúde, onde também será contemplada a rede credenciada e a abrangência geográfica.²²⁷

²²⁴ BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT**. Brasília: MS; 2011.

²²⁵ BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei nº 70 de março de 1995**. Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>> Acesso em: 13 jul.2020.

²²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 5.002 de 2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/565315>. Acesso em: 13 jul.2020.

²²⁷ ALBERTO, José *et al.* **Orientações práticas em saúde suplementar tudo o que o contratante precisa saber**. 2019, p. 17. Disponível em: <https://www.abbvie.com.br/content/dam/abbvie-dotcom/br/documents/LivroSa%C3%BAde-Suplementar.pdf>. Acesso em: 14 jul.2020.

De acordo com a Lei nº 9656/98, todos os planos de saúde ofertados pelas operadoras de saúde devem respeitar uma cobertura mínima de procedimentos, tratamento, exames e atendimentos. Essa cobertura mínima é obrigatória a todas as operadoras de saúde, também conhecido com rol de procedimentos eventos obrigatório da ANS-, sobre o qual trataremos com mais profundidade mais adiante.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS se manifesta acerca da cobertura do processo transexualizador no parecer técnico nº 26 publicado em 17 de maio de 2019²²⁸, onde dispõe que rol de procedimentos e eventos em saúde, atualmente regulamentado pela RN nº428/2017 constitui como referência básica para os fins da cobertura assistencial disposta na lei de Planos de Saúde.

O parecer técnico estabelece que a transexualização, é entendida como o conjunto de procedimentos clínicos e cirúrgicos realizados com objetivo de alteração das características sexuais fisiológicas da pessoa trans, e não se encontra listado em sua totalidade na RN nº 428/2017, portanto a sua cobertura integral não é obrigatória pelas Operadoras de Planos de Saúde²²⁹

Podemos analisar que o parecer está em desconformidade com toda a normatividade atualizada, pois em seu texto, cita transexualidade como patologia, ao tratar a incongruência de gênero como patologia. Afirmando que os planos de saúde podem assegurar a cobertura apenas de alguns dos procedimentos envolvidos no processo transexualizador.

Neste sentido, procedimentos como MASTECTOMIA; HISTERECTOMIA; OOFORRECTOMIA OU OOFOROPLASTIA; TIROPLASTIA, que constam listados no Rol sem Diretriz de Utilização e não possuem qualquer restrição de cobertura expressa no nome do procedimento, nos termos do Art. 5º, da RN nº 428/2017, serão de cobertura obrigatória quando solicitados pelo médico assistente, ainda que no âmbito do processo transexualizador.²³⁰

²²⁸ ANS - AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTA. **Parecer técnico nº 26.** Cobertura: processo transexualizador. 2019. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/parecer_tecnico/uploads/parecer_tecnico/_parecer_2019_26.pdf. Acesso em: 13 jul.2020.

²²⁹ *Idem.*

²³⁰ *Idem.*

4.1 TRANSEXUALIDADE E O PROCESSO TRANSEXUALIZADOR .

De acordo com Carolina Grant²³¹ em 1910 o sexólogo alemão Magnus Hirschfeld foi o primeiro estudioso a utilizar o termo “transexual”, contido na expressão “transexual psíquico”, na obra *Die Tranvestitien*, onde trata de um grupo forçosa e aparentemente homogêneo de práticas sexuais, consideradas como “atos contra a natureza”.

Michele de Souza Borges²³² assevera que, a definição científica do termo transexualidade torna-se importante a partir de um diagnóstico social, e somente uma orientação científica é capaz de afastar preconceitos arraigados na mente humana, à autora defende que a partir do conhecimento científico é possível evitar designações equivocadas e preconceituosas, razão pela qual se faz necessário conceituar a transexualidade.

Para abordamos o tema da diversidade sexual, é necessário diferenciarmos alguns conceitos basilares, são eles a identidade sexual, a orientação sexual e identidade gênero. A identidade sexual pode ser definida quando há a plena inserção psíquica de um indivíduo em consonância com suas características anatômicas, o gênero por sua vez, é um conceito mais subjetivo recebe uma construção sociológica, está mais ligado ao papel social desempenhado pelo individuo do que suas características biológicas, representando a expressão da vivência social do indivíduo, por fim a orientação sexual que corresponde à forma pela qual o indivíduo vai viver a sua sexualidade, podendo ser heterossexual, homossexual, bissexual ou assexual.²³³

²³¹ GRANT, Carolina. **Direito, bioética e transexualidade:** um estudo sobre os limites e as possibilidades de ampliação da tutela jurídica das experiências trans*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2015. Orientador Prof^a Dr^a Mônica Neves Aguiar da Silva. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17741/1/disserta%c3%87%c3%83o%20-%20texto%20completo%20com%20ficha%20-%20carolina%20grant%20-%2002.03.2015.pdf>. Acesso em: 13 jul.2020.

²³² BORGES, Michele de Souza. **Direito à idedentidade:** o transexual e sua autonomia corporal. 2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/842/Direito+%C3%A0+idedentidade%3A+o+transexual+e+sua+autonomia+corporal+>. Acesso em: 07 jul.2020.

²³³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Curso de bioética e biodireito.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.292.

Adriana Caldas do Rego Pedro Maluf²³⁴, preleciona que a luz dos preceitos da embriologia, no período entre seis e oito semanas após a concepção, o feto masculino de estrutura cromossômica (XY) recebe uma grande dose de hormônios androgênicos que, além de configurações embriológicas específicas alterando a estrutura cerebral de um formato feminino para uma configuração masculina, um pequeno erro na secreção desse hormônio que altere a dosagem necessária pode gerar um feto masculino com estrutura cerebral funcionante feminino, levando ao comportamento homossexual na puberdade, caso esse “erro” na secreção seja em um grau mais elevado pode gerar a síndrome transexual.

Percebam que o comportamento sexual será definido pela estrutura do cérebro ainda em estágio embrionário, logo cai por terra à ideia de que orientação sexual é uma escolha, existem estudos que afirmam que a orientação sexual tem influência genética e biológica, sendo provável que sua determinação seja antes ou pouco depois do nascimento²³⁵

Maria Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Neves²³⁶, partem da premissa de que a sexualidade humana vai para além do campo biológico é antes de tudo cultural, ou seja, é uma construção histórica que estabelece importantes aspectos do ser humano, abrangendo nuances de cunho biológico, psíquico e comportamental, que se integram entre si. O resultado da integração desses aspectos é o que se denomina de status sexual, e partir da construção do status sexual que surge o direito à identificação sexual, que, por sua vez, se insere no campo dos direitos de personalidade.

A pessoa transexual é o indivíduo biologicamente perfeito, mas acredita pertencer ao sexo contrário a sua anatomia, resultando na situação em que o sexo psicológico é incompatível com o sexo morfológico, em consequência seus órgãos genitais não constituem um centro erógeno. Há classificação do transexual como primário e secundário, o primeiro tipo é aquele indivíduo que precocemente

²³⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Curso de bioética e biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.293.

²³⁵ *Ibidem, loc cit.*

²³⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de. Manual de Biodireito. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.263-264.

demonstra vontade inequívoca de modificação de sexo. O segundo tipo oscila entre homossexualismo e travestismo²³⁷

A transexualidade é um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, geralmente é acompanhada de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação ao seu sexo anatômico, manifestando o desejo da realização de tratamento hormonal e intervenção cirúrgica com o intuito de adequação ao corpo e gênero almejado²³⁸

Trata-se do desvio sexual de mais alto grau, existem quatro teorias que visam esclarecer sua origem, são elas: a genética, a fenotípica, a psicogênica- ligada à identificação com seu sexo originário derivada da educação transmitida pelos pais – e a eclética.²³⁹

A transexualidade é uma experiência identitária, localizada no gênero, e se caracteriza pelos conflitos potenciais com as normas estabelecidas sobre gênero à medida que as pessoas transgêneras, reivindicam o reconhecimento social e legal do gênero diferente ao informado pelo sexo.²⁴⁰

Berenice Bento²⁴¹ defende que a transexualidade não é uma patologia, a utilização de outros termos pelo saber médico para se referir a transexualidade como, por exemplo: disforria de gênero, neurodiscordância de gênero, síndrome de transtorno de gênero e transexualismo, no qual, o sufixo ismo é denotativo de condutas sexuais perversas, essas denominações são postas no rol de doenças mentais.

A Socióloga prefere a denominação de “experiência transexual”, afirma que a transexualidade não é a pessoa [...] A experiência ou identidade transexual não deveria limitar o sujeito que a vive, como se fosse uma prisão que condena a todos a serem marcados e carimbados com “transexuais”, como doentes de uma patologia que independente da cultura e subjetividades atinge a todos igualmente²⁴²

²³⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de. Manual de Biodireito. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.263-267.

²³⁸ VIEIRA, Rodrigues Tereza. **Nome e sexo: Mudanças no Registro Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.168.

²³⁹ FARINA. Roberto. **Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estudos de intersexualidade e das parafilias**. São Paulo: Novolunar, 1982, p.136-141.

²⁴⁰ BENTO. Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008, p.183.

²⁴¹ *Ibidem, loc cit.*

²⁴² *Ibidem, loc cit.*

Segundo Anielle Monteiro, mesmo depois de estudos feitos nas áreas da sociologia e da antropologia, defendendo que o gênero é uma construção social e se diferencia de sexo biológico, é um equívoco caracterizar a transexualidade como patologia²⁴³

Não resta dúvida de que o conceito da palavra “transexual” deve ser o da não identidade entre o sexo psicológico e o sexo biológico de determinado indivíduo, e que as pessoas transexuais independentemente das dicotomias em relação a ser patologia ou não devem ter seu direito a saúde e bem-estar social, assegurados pelo Estado, o conceito de saúde dinâmico social estabelecido pela OMS, que assegura que saúde não se limita apenas a prevenção e tratamentos de enfermidades, determinando que a saúde é também a garantia de bem-estar social do indivíduo deve ser respeitado exemplarmente nessas situações.

4.1.1 A importância da cirurgia de transgenitalização para a saúde física e psíquica do transexual

A cirurgia de transgenitalização é uma das etapas do processo transexualizador, que consiste em um conjunto de alterações corporais e sociais que possibilitam a passagem do gênero atribuído (imposto no nascimento do indivíduo) para o identificado. Para as pessoas que desejam realizá-la, há procedimentos estabelecidos internacionalmente, principalmente produzidos pela Associação Internacional de Disforria de Gênero Harry Benjamin. Os referidos procedimentos formam os protocolos a que as pessoas transgêneras devem se submeter [...] Cumprir exatamente todas as exigências estabelecidas no protocolo não é uma garantia à pessoa transexual de que terá o parecer indicativo para realizar a cirurgia²⁴⁴.

No Brasil inicialmente o Conselho Federal de Medicina declarou inadmissível a cirurgia de transgenitalização, afirmando que ela ofendia valores éticos que as

²⁴³ MONTEIRO. Anielle Oliveira. **Transexualidade e Direitos Humanos:** uma luta por dignidade e cidadania. Paraíba, GT 12: Direitos, cidadania e sexualidades humanas: questões de gênero e a (in)visibilidade das sexualidades divergentes.2017, p.11.

²⁴⁴ BENTO. Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade.** São Paulo: Brasiliense, 2008, p.186-187.

sociedades médicas deveriam preservar, sob o ponto de vista anatômico afirmava que a cirurgia não era corretiva, mas “mutiladora” constituindo lesão sob o ponto de vista do direito penal, conseqüentemente era proibida no ordenamento jurídico brasileiro, pois o Estado defendia que o procedimento feria o direito à vida, ao corpo e à integridade²⁴⁵.

Posteriormente o Conselho Federal de Medicina, reconheceu essa cirurgia como adequada, reconhecendo os seus resultados e adequando aos princípios da liberdade e da dignidade humana, desde então o cenário das pessoas transexuais vem mudando, o direito personalíssimo da alteração/adequação do sexo biológico ao psíquico vem sendo lentamente consolidado pela jurisprudência pátria²⁴⁶

A cirurgia para ser realizada pelo Sistema Único de Saúde, faz-se necessário que a pessoa transexual obedeça certos requisitos imposto pelo Conselho Federal de Medicina, são: ter mais de 21 anos de idade, passar dois anos com acompanhamento de equipe multidisciplinar para em seguida apresentar laudo psiquiátrico de que sofre de “transtorno de identidade de gênero”²⁴⁷.

Para ocorrer uma inclusão social efetiva das pessoas transexuais, faz-se necessário o reconhecimento por parte do Estado do direito à identidade de gênero e no caso dos indivíduos que desejam através da cirurgia de resignação sexual.

Em relação à adequação no registro civil já temos uma jurisprudência significativa a favor da população trans, baseados na defesa dos princípios constitucionais do direito à saúde, personalidade e autodeterminação²⁴⁸. Mas no que tange a cirurgia de transgenitalização ainda existem muitos obstáculos a serem derrubados para o efetivo alcance desse direito do transexual.

Não se trata apenas de estética, Observa Sílvio Venosa que “o transexual não resignado vive em situação de incerteza, angústia e conflitos que lhe dificultam, senão impede de exercer as atividades inerentes aos seres humanos”²⁴⁹

²⁴⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Curso de bioética e biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.311.

²⁴⁶ *Ibidem*, loc cit.

²⁴⁷ MONTEIRO, Anielle Oliveira. **Transexualidade e Direitos Humanos**: uma luta por dignidade e cidadania. Paraíba, GT 12: Direitos, cidadania e sexualidades humanas: questões de gênero e a (in)visibilidade das sexualidades divergentes. 2017, p.11.

²⁴⁸ *Ibidem*, p.09.

²⁴⁹ VENOSA, Sílvio. **Direito Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.223.

A cirurgia de transgenetização tem como intuito trazer dignidade e saúde, para pessoas que tenham incompatibilidade entre sexo biológico e sexo psicológico, ou seja, os transexuais. Em muitos casos a não realização da cirurgia pode ocasionar grande desconforto, infelicidade, agressividade, depressão, afetando diretamente o bem estar e convívio do transexual, gerando consequências negativas para o seu estado psíquico²⁵⁰.

A realização da cirurgia da mudança de sexo é um direito fundamental do ser humano, intimamente ligado à sua identidade pessoal, ao seu equilíbrio psíquico, e a sua dignidade, pois à identidade sexual deve ser entendida como um direito da personalidade, é um procedimento realizado sob recomendação médica, para que o interior e o exterior do indivíduo possam harmonizar-se.²⁵¹

4.2 O ROL DOS PROCEDIMENTOS E EVENTOS DA ANS

A lei nº 9.961/00²⁵² estabelece no inciso III, do art. 4º, que é competência da ANS elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em saúde, que constituirão referência básica para as disposições da Lei nº 9.656/98 e suas excepcionalidades.

Segundo o próprio site da ANS o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde é uma listagem mínima obrigatória de exames, consultas e procedimentos que os planos de saúde privados são obrigados a oferecer aos consumidores. Esse rol é para os beneficiários que contrataram planos a partir de 1º de janeiro de 1999, os chamados planos novos, que são regulamentados pela Lei nº 9.656/98, ou os planos adaptados a lei.²⁵³

Este Rol é atualizado a cada dois anos, essa atualização conta com a participação de um grupo técnico, composto por representantes da Câmara de Saúde

²⁵⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Curso de bioética e biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.312.

²⁵¹ *Ibidem, loc cit.*

²⁵² BRASIL. **Lei nº 9.961**, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm. Acesso em: 09 jul.2020.

²⁵³ BRASIL. **Agência Nacional de Saúde**. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/48-planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/perguntas-frequentes/750-central-de-atendimento-o-que-o-seu-plano-deve-cobrir#:~:text=O%20Rol%20de%20Procedimentos%20e,1999\)%20ou%20adaptados%20%C3%A0%20lei](http://www.ans.gov.br/48-planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/perguntas-frequentes/750-central-de-atendimento-o-que-o-seu-plano-deve-cobrir#:~:text=O%20Rol%20de%20Procedimentos%20e,1999)%20ou%20adaptados%20%C3%A0%20lei). Acesso em: 09 jul.2020.

Suplementar, que inclui órgãos de defesa do consumidor, representantes de operadoras e de conselhos profissionais. A sociedade civil também pode contribuir, pois é realizada consulta pública durante um período estabelecido pela Agência, onde ela recebe a contribuição dos consumidores.²⁵⁴ A Resolução Normativa nº 428 de 07 de novembro de 2017, regulamenta a última atualização do Rol²⁵⁵.

Nos ensinamentos de Aurisvaldo Sampaio²⁵⁶ o grande problema em relação a esse o rol de procedimentos da ANS e a legislação específica, é a interpretação das normas como se houvessem concedido à ANS poderes plenos para definir, exaustivamente, os procedimentos eventos em saúde cuja a cobertura será obrigatória, excluindo da obrigatoriedade aqueles que não ingressarem nessa lista, essa situação tem resultado em diversos litígios, pois as operadoras recusam-se a cobrir os procedimentos e eventos não relacionados a ANS.

O jurista afirma de forma veemente, que o elenco de procedimentos estabelecidos pelas resoluções normativas da ANS, normas administrativas, não pode ser entendido como um rol exaustivo, e sim meramente exemplificativo, já que todas as doenças constantes da CID, e os seus tratamentos devem ser obrigatoriamente cobertos pelos planos privados de saúde, nos limites da respectiva segmentação consoante a previsão do art. 10, caput, da Lei nº 9.656/98²⁵⁷:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei²⁵⁸.

E ratificado pelo art. 35-F que dispõe o seguinte:

Art. 35-F. A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação,

²⁵⁴ BRASIL. **Agência Nacional de Saúde**. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/48-planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/perguntas-frequentes/750-central-de-atendimento-o-que-o-seu-plano-deve-cobrir#:~:text=O%20Rol%20de%20Procedimentos%20e,1999\)%20ou%20adaptados%20%C3%A0%20lei](http://www.ans.gov.br/48-planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/perguntas-frequentes/750-central-de-atendimento-o-que-o-seu-plano-deve-cobrir#:~:text=O%20Rol%20de%20Procedimentos%20e,1999)%20ou%20adaptados%20%C3%A0%20lei). Acesso em: 09 jul.2020.

²⁵⁵ *Idem*.

²⁵⁶ SAMPAIO. Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.269.

²⁵⁷ *Ibidem*, p.270.

²⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 9656**, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acesso em: 18 jul.2020.

manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes²⁵⁹.

Nesse sentido, Aurisvaldo Sampaio²⁶⁰, defende de forma clara que se a Lei determinou cobertura abrangente, não pode a norma administrativa, hierarquicamente inferior, limitar o que a Lei não limitou. Ademais ele destaca que a dinâmica atual da medicina se encontra em constante evolução, sendo totalmente inconciliável com a existência de um rol taxativo de procedimentos.

A existência desse Rol, sem que a ANS esclareça expressamente a sua condição de elenco não taxativo, gera situações descabidas, principalmente no que tange a cobertura de todos os procedimentos do processo de redesignação sexual.

Diante dos argumentos trazidos acima é nítido que a cirurgia de transgenitalização deve está incluída na cobertura dos planos de saúde, no entanto, a maioria dos pedidos de cobertura para o procedimento cirúrgico é recusado, geralmente sob a alegação de ser um procedimento estético e não estar o incluído no Rol da ANS.

No que tange à negativa de cobertura sob a alegação de tratar-se de procedimento estético, cabe elucidar que, na realidade, o tratamento é um procedimento reparador, posto que não se busca a melhora da forma física do paciente, como em uma cirurgia plástica comum, mas visa adequar do corpo à sua identidade de gênero²⁶¹.

Diante dessa realidade da negativa da cobertura do procedimento cirúrgico do processo de transgenitalização, o Tribunal de Justiça de São Paulo vem coibindo a conduta abusiva das operadoras ao determinar a não cobertura do tratamento, sob a alegação de ser um tratamento estético, nesse sentido é o que se observa no julgado abaixo:

APELAÇÃO – PLANO DE SAÚDE – Ação de obrigação de fazer referente à cirurgia de mastectomia radical e reconstrução cutânea (remoção das mamas) – **Autor transexual que busca harmonizar sua aparência física**

²⁵⁹ BRASIL. **Lei n° 9656**, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acesso em: 18 jul.2020.

²⁶⁰ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.270-271.

²⁶¹ AVELLO, Juliana. **Cirurgia de transgenitalização: o plano de saúde deve custear? Uma análise sobre a responsabilidade do plano de saúde frente à indicação médica de cirurgia de redesignação sexual**. Disponível em: <https://julianaayello.jusbrasil.com.br/artigos/807731469/cirurgia-de-transgenitalizacao-o-plano-de-saude-deve-custear?ref=feed>. Acesso em: 07 jul.2020.

com sua identidade psíquica – Juntada de sentença de procedência para alteração de nome e gênero – Indicação de médico conveniado à ré – **Recusa do plano de saúde, por entender que se trata de cirurgia estritamente estética e não constante do rol da ANS** – Sentença de procedência – Inconformismo da ré – Rejeição – Autor beneficiário do plano de saúde com avaliação psicológica de quadro transexual – **Dignidade da pessoa humana – Descompasso entre classificação biológica do sexo e seu gênero como causa de inúmeros constrangimentos e possível discriminação – Inquestionável proteção da saúde mental do autor – Direitos fundamentais – Processo transexualizador previsto no SUS demonstrou o afastamento da noção estética das intervenções relacionadas – Abusividade da negativa de cobertura por não estar previsto no rol da ANS – Súmulas nº 96 e 102, TJSP** – Obrigação de custeio que deve ser mantida – NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação 1044730-94.2015.8.26.0506; Relator (a): Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/10/2018; Data de Registro: 18/10/2018)²⁶²

Nos casos em que a recusa da cobertura do tratamento é devido ao fato de o procedimento não estar listado no Rol de procedimentos e eventos da ANS, ressalta-se o entendimento sumulado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que firmou a orientação pela abusividade de negativa.

Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS

Nesse sentido, a 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, condenou a operadora Bradesco Saúde a cobrir totalmente os procedimentos de emasculação, orquiectomia unilateral e neovagina, todos destinados à cirurgia de transgenitalização de uma mulher transgênero. Ademais a operadora também foi condenada a pagar uma indenização no valor de R\$ 10.000 por danos morais diante da negativa de cobrir os procedimentos. O Processo tramita em segredo de Justiça com o número 1044172-74.2018.8.26.0100.²⁶³

Esse Rol de procedimentos eventos listado pela ANS, deve ser entendido como meramente indicativo de cobertura mínima a ser oferecida pelos planos privado de saúde, já que as normas protetivas dos sujeitos vulneráveis devem ser

²⁶² TJSP. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 1044730-94.2015.8.26.0506**; Relator (a): Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/10/2018; Data de Registro: 18/10/2018. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116996933/apelacao-apl-298760520118260005-sp-0029876-0520118260005/inteiro-teor-116996943> > Acesso em : 07 jul.2020

²⁶³ COURA, Kalleo. **TJSP condena Bradesco Saúde a custear a cirurgia de transgenitalização**. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/tjsp-condena-bradesco-saude-a-custear-cirurgia-de-transgenitalizacao-01012020>. Acesso em: 07 jul.2020.

interpretadas a seu favor, e não contrariar o sistema de proteção ao consumidor e as normas constitucionais.²⁶⁴

4.3 AS OBRIGAÇÕES DOS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE E AS GARANTIAS DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor tem-se em seu amparo a proteção à vida e à saúde do cidadão como uma de suas principais prerrogativas. No entanto, sabe-se que as operadoras de planos de saúde, por vezes, criam dificuldades no acesso dos consumidores aos serviços de saúde oferecidos, se utilizando de diversos argumentos, cometendo práticas abusivas vedadas pelo Diploma Consumerista.²⁶⁵

Como já sabemos a ANS através da lei nº 9.656 regulamenta os planos de Privados Saúde no Brasil, estabelecendo regras e fiscalizando as atividades das operadoras de saúde suplementar, tendo com fim proteger o consumidor e também o equilíbrio econômico das operados. A Lei estabelece o seguinte.²⁶⁶

Art. 12. 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:

[...]

V - quando fixar períodos de carência:

a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;

b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;

[...]

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; e

²⁶⁴ SAMPAIO. Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.271.

²⁶⁵ BORGES. Daniela trindade. Direito do Consumidor aplicado ao direito à saúde. análise de julgados. *In*: CORINA, Teresa Costa Rosa Santos; PIMENTEL, Diego Ferreira; SILVA, Rômulo Ruan Santos (Orgs.). **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde: análise de julgados**. Feira de Santana : Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017, p.87.

²⁶⁶ DITTRICH. Vinícius. **Você sabe quais são as obrigações da sua operadora de plano de saúde quando falta um médico especialista na sua cidade?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60605/voce-sabe-quais-sao-as-obrigacoes-da-sua-operadora-de-plano-de-saude-quando-falta-um-medico-especialista-na-sua-cidade>. Acesso em: 16 jul.2020.

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional²⁶⁷.

Neste diapasão, há um diálogo das fontes entre a Lei de Planos de Saúde e o CDC, afim de proteger a vida e a saúde dos usuários dos planos privados de saúde, tendo em vista a conservação da dignidade da pessoa humana.²⁶⁸ É o que demonstra o art. 14º do Código Consumerista:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

No sentido de fortalecer a proteção dos direitos do consumidor e de regulamentar a prestação dos serviços oferecidos pelos planos de saúde, a ANS, exige que os planos de assistência à saúde, atendam aos seguintes requisitos: devem obter o registro no conselho regional de medicina; devem discriminar de forma clara os serviços a serem prestados; necessário possuir instalações adequadas e profissionais capacitados; devem demonstrar capacidade econômica e financeira e área de abrangência de assistência.²⁶⁹

²⁶⁷ BRASIL. **Lei nº. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 07 jun.2020.

²⁶⁸ BORGES. Daniela trindade. Direito do Consumidor aplicado ao direito à saúde.análise de julgados. In: CORINA, Teresa Costa Rosa Santos; PIMENTEL, Diego Ferreira; SILVA, Rômulo Ruan Santos (Orgs.). **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde**: análise de julgados. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017, p.87.

²⁶⁹ *Ibidem*, p.90.

Esses deveres constituem-se necessários para que seja assegurada prestação de serviço adequada e equipado ao consumidor, a fim de evitar práticas abusivas por parte das operadoras de planos de saúde.²⁷⁰

4.4 A INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

A proteção do consumidor fica a serviço da vulnerabilidade do próprio consumidor, que nas relações consumeristas, por se tratar da parte mais frágil, acaba se submetendo às condições que lhe são impostas pelos fornecedores, que estão no polo mais forte.

É de grande importância destacar que a vulnerabilidade é protegida constitucionalmente como um direito e garantia fundamental do indivíduo, como dispõe o art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988.²⁷¹ Sendo, dessa forma, assegurado o dever do Estado coloca-se na ampla defesa do consumidor.

A Organização das Nações Unidas- ONU abordou a vulnerabilidade do consumidor, na Resolução nº 29/248, de 10 de abril de 1985, reconhecendo que os consumidores se deparam com desequilíbrios econômicos, educacionais e de poder aquisitivo.²⁷²

Segundo Paulo Valério dal Pai Moraes a vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico é o princípio pelo qual o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a condição daqueles sujeitos mais fracos na relação consumerista, tendo como risco a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou violados na sua integridade física

²⁷⁰ BORGES. Daniela trindade. Direito do Consumidor aplicado ao direito à saúde. análise de julgados. In: CORINA, Teresa Costa Rosa Santos; PIMENTEL, Diego Ferreira; SILVA, Rômulo Ruan Santos (Orgs.). **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde: análise de julgados**. Feira de Santana : Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017.p.90

²⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 16/7/2020

²⁷² ONU *apud* CASTRO, Bárbara Carneiro Paolinelli de; MALTA, Marcella de Vasconcelos *et al.* A proteção do consumidor no âmbito internacional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5280, 15 dez.2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62654>. Acesso em: 19 jul.2020.

ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte dos sujeitos mais fortes na relação.²⁷³

O autor defende que a vulnerabilidade decorre diretamente do princípio da igualdade, com o objetivo de estabelecer a liberdade, considera que somente poderá ser reconhecido como igual alguém que não está subjugado por outrem. Cita, ainda, o autor as palavras de João Batista de Almeida, que considera a vulnerabilidade do consumidor a espinha dorsal da tutela ao consumidor, sobre que se baseia toda a linha filosófica do movimento.²⁷⁴

Como muito bem destaca Sergio Cavalierri Filho o princípio da vulnerabilidade, expresso no art. 4º, I, do CDC, é também um princípio estruturante do sistema de proteção do consumidor, é o elemento informador da Política Nacional de Relações de Consumo. As normas consumeristas estão sistematizadas a partir dessa ideia basilar de proteção de um determinado sujeito.²⁷⁵

Nas relações jurídicas de consumo, o sujeito vulnerável é o consumidor, já que, não é ele que detém os mecanismos de controle de processo produtivo de produção, distribuição e comercialização, participando na última etapa da relação que é a de consumir, esse sujeito vulnerável pode ser ofendido, ferido, lesado em sua integridade física, econômica, psicológica e moral.²⁷⁶

Ainda nos ensinamento de Cavalierri Filho a vulnerabilidade é um estado da pessoa, uma situação permanente ou provisória que fragiliza o consumidor, havendo uma presunção absoluta de vulnerabilidade, *iures et iure* em favor de todos os consumidores, só não sendo presumida a vulnerabilidade da pessoa jurídica e do profissional quando se trata de consumo intermediário, nesses casos necessita-se de provas *in concreto*.²⁷⁷

É importante ressaltar que não se pode confundir a vulnerabilidade com a hipossuficiência, embora diga respeito ao consumidor, a hipossuficiência é um agravamento da situação de vulnerabilidade, esta mais ligado a aspectos

²⁷³ MORAES, Paulo Valério dal Pai Moraes. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.125.

²⁷⁴ *Ibidem*, p.126-127.

²⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.48-49.

²⁷⁶ *Ibidem*, p.49.

²⁷⁷ *Idem*, *loc cit.*

processuais, e tem presunção relativa. O Diploma Consumerista empregou a expressão hipossuficiência presente no art. 6º, VIII, do CDC só para as hipóteses de inversão do ônus da prova.²⁷⁸

Existem espécies de vulnerabilidade do consumidor, podendo ser fática/socioeconômica; técnica; jurídica/científica e informacional.²⁷⁹

A vulnerabilidade técnica é pautada na fragilidade do consumidor no que tange à ausência de conhecimentos técnicos sobre o produto ou o serviço adquirido/contratado no mercado de consumo, pela falta de exatidão das informações que lhe são passadas. Como já foi exaustivamente exposto é o fornecedor que detém o monopólio do conhecimento e do controle sobre os mecanismos utilizados na cadeia produtiva.²⁸⁰

Já a vulnerabilidade jurídica ou científica determina a falta de conhecimento do consumidor sobre a matéria jurídica ou a respeito de outros ramos científicos como da economia ou medicina. Por muito tempo essa vulnerabilidade foi qualificada apenas como jurídica, como se apenas esta ciência fosse relevante nas relações de consumo.²⁸¹

No que tange a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, geralmente se dá com a fragilidade do consumidor no aspecto econômico. Entretanto, segundo Bruno Mirragem seria esta uma espécie ampla, que por sua vez, pode abranger de forma genérica diversas situações concretas de reconhecimento da fraqueza do consumidor. Sendo a mais comum a vulnerabilidade econômica do consumidor em relação ao fornecedor.²⁸²

Claudia Lima Marques defende ainda a existência da vulnerabilidade informacional, que refere-se à relevância das informações a respeito dos bens de consumo e

²⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.49.

²⁷⁹ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.344.

²⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op cit.*, p.51.

²⁸¹ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. *Op cit.*, p.345.

²⁸² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p.68.

sobre sua alcance casa vez maior no poder de persuadir o consumidor na hora da escolha da compra ou contrato no mercado consumerista.²⁸³

Também existe o conceito de hipervulnerabilidade, que de acordo com Cavalieri Filho é uma espécie qualificada da vulnerabilidade, é uma expressão usada doutrinariamente e pela jurisprudência pátria para indicar consumidores portadores de deficiência física, doenças específicas, precária situação econômica e que devido a esse status devem receber atendimento e informações especiais.²⁸⁴

De acordo com os dados gerais fornecidos pela a Agência Nacional de Saúde Suplementar, no total o país conta com 750 operadoras de planos de assistência médica, sendo 726 ativos, operando 16.972 planos. Dados referentes até maio do ano de 2020 mostram que a cobertura do segmento é ofertada a 47.113.437 consumidores/beneficiários, ou seja 24,25% da população do país.²⁸⁵

Esse número elevado leva à conclusão da real ineficiência do cumprimento do dever do Estado na assistência à saúde, ao mesmo tempo em que sinaliza o universo de prováveis conflitos entre consumidores e fornecedores. Sendo assim, a invocação da principio da vulnerabilidade nas relações de consumo entre beneficiários e operadoras de planos de saúde é necessária e urgente.

Conforme exposto acima, em conformidade com art. 1 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fornecedor é objetiva pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, sendo a sua omissão injustificada a causa da sua responsabilidade independentemente de culpa.²⁸⁶

Devido o caráter de norma principiológica do Código de Defesa do Consumidor, tem prevalência hierárquica na aplicação das suas normas nas relações de consumo, pretendendo assegurar o respeito aos direitos e garantias fundamentais

²⁸³MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais, 5.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p.330.

²⁸⁴CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.53.

²⁸⁵BRASIL. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. 2020. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais> Acesso em: 15 jul.2020.

²⁸⁶BORGES, Daniela trindade. Direito do Consumidor aplicado ao direito à saúde.análise de julgados. In: CORINA, Teresa Costa Rosa Santos; PIMENTEL, Diego Ferreira; SILVA, Rômulo Ruan Santos (Orgs.). **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde**: análise de julgados. Feira de Santana : Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017, p.89.

do consumidor, com o objetivo de combater as práticas abusivas praticadas pelos fornecedores, dando ampla proteção aos consumidores ao invocar o princípio da vulnerabilidade nas relações de consumo.²⁸⁷

²⁸⁷BORGES. Daniela trindade. Direito do Consumidor aplicado ao direito à saúde. análise de julgados. *In*: CORINA, Teresa Costa Rosa Santos; PIMENTEL, Diego Ferreira; SILVA, Rômulo Ruan Santos (Orgs.). **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde**: análise de julgados. Feira de Santana : Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017, p.89.

5 CONCLUSÃO

Apresentadas as análises sobre os entendimentos acerca do tema em questão, frente à obrigatoriedade da cobertura da cirurgia de transgenitalização por parte dos planos de saúde, avancemos ao desfecho deste trabalho e ao nosso entendimento sobre o tema.

Preliminarmente, deve-se afirmar que o direito à saúde é protegido Constitucionalmente, devendo ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução dos riscos de doenças e de outros agravos, além de ter acesso universal e igualitário. No entanto, devemos ressaltar que a organização das ações e serviços públicos de saúde no Brasil é algo recente, somente em 1934 que se começou a tratar da saúde no plano constitucional.

Em 1975, através da lei nº 6.229/75, foi instituído o Sistema Nacional de Saúde, tornando-se obrigação do Estado a realização de atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde. Na 8ª conferência Nacional de Saúde, realizada entre 17 e 21 de março de 1986, foi propulsora para a inclusão dos atuais dispositivos constitucionais que tutelam a saúde e a criação do SUS.

A saúde é um direito fundamental do cidadão, fruto de um processo histórico mundial que conquistou importância e positividade em documentos jurídicos na esfera internacional de forma expressa, é o exemplo da constituição da Organização Mundial da Saúde e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, tendo o Brasil recepcionado o conceito dinâmico de saúde estabelecido por essas normas internacionais.

Nesse contexto, de uma concepção de saúde ampla onde importa não só a integridade corporal da pessoa, mas também a psíquica e de bem estar social, dessa forma a saúde diz respeito à satisfação no relacionamento interpessoal dos indivíduos, ou seja, saúde não se resume a ausência de doenças, mas a falta de condições para uma vida digna.

Mesmo sendo um direito fundamental protegido pelo Estado, existem diversos problemas na prestação de serviços na saúde pública, o que resultou na grande procura pelo serviço privado de saúde, principalmente através da contratação dos planos privados de saúde. Os sistemas públicos e privados de saúde devem

conviver, devendo a atuação subsidiária dos planos privados de saúde serem uma alternativa desenvolvida com seriedade, pois ela abre as possibilidades para o alcance da garantia efetiva do direito digno à saúde.

A constituição Federal de 1988 em seu art. 199 autoriza a atuação da iniciativa privada no setor da saúde, desde que de forma complementar ao sistema de saúde público, através da formação de convênios ou contratos, ambos regidos pelo Direito Público. Dessa forma, para regular, controlar e fiscalizar os serviços de saúde oferecidos no âmbito privado, foi instituída a Lei de Planos Privados de Saúde nº9.656/1998, em seguida, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar, para assegurar a proteção a saúde e ao consumidor do serviços prestados pelas operadoras de planos privados de saúde.

Importante ressaltar que no setor privado as disponibilizações dos serviços de saúde geram relações jurídicas de consumo, que por sua vez é protegida pelo sistema de defesa do consumidor, tendo como carro chefe o Código de Defesa do Consumidor, que é o instrumento legal de realização dos nortes constitucionais de defesa e proteção do consumidor, tendo com finalidade efetivar os princípios de garantidas fundamentais.

Relação de consumo é a relação jurídica que tem em um polo o consumidor, no oposto um fornecedor, e servindo de elo entre os dois deve existir um produto ou serviço. Toda vez que um fornecedor violar princípios e direitos garantidos aos consumidores ele comete prática abusiva, devendo dessa forma ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor, que tem como um dos fundamentos a atenção ao vulnerável dessa relação.

Como já foram abordados, os planos privados de saúde surgiram devido a grande preocupação da sociedade diante das dificuldades encontradas no acesso à saúde no setor público, o objeto desse tipo de contrato é a proteção a integridade física e psíquica do contratante e de sua família, e é justamente por esses motivos que o Estado tem o cuidado de exercer forte regulação e fiscalização através do CDC e da Agência Nacional de Saúde Suplementar- ANS.

Nesse tipo de contrato de natureza aleatória, de prestação de serviço por prazo determinado, onde a operadora de planos de saúde no polo do fornecedor obriga-se diante do consumidor/beneficiário a prestar serviços de saúde através de uma

rede credenciada, tendo como contraprestação o pagamento de mensalidades previamente definidas.

Esses contratos cumprem uma importante função social, pois assegura o acesso a saúde com qualidade e rapidez, nos limites da modalidade do tipo de planos contratado. Dessa forma, a negativa de cobertura da cirurgia de transgenitalização pelos planos de saúde violam os direitos do consumidor assegurados constitucionalmente e instituídos no Código de Defesa do Consumidor e também normas internacionais, pois fere a garantia de direito à saúde plena física, psíquica e social, elencada no conceito dinâmico de saúde que é defendido pela Organização Mundial da Saúde.

Importante destacar que a Organização Mundial de Saúde – OMS, estabelece que a pessoa com incongruência de gênero é caracterizada por uma desarmonia acentuada e persistente entre o gênero experiente de um indivíduo o sexo designado.

Devemos esclarecer que o processo transexualizador compreende um arcabouço de estratégias de atenção à saúde que implicam no processo de transformação dos caracteres sexuais pelos quais passam as pessoas trans. No Brasil os cuidados à saúde da população transexual no setor público é estruturado pelos seguintes componentes: o de atenção básica que é a porta de entrada no acesso a saúde da rede pública, realizando um acompanhamento contínuo das pessoas transgênero, e o componente da atenção especializada que é o conjunto um conjunto de variadas e importantes etapas, ele é composto por modalidades de atenção ambulatorial e hospitalar, através de acompanhamento clínico, tratamento através de hormonoterapia e a realização de cirurgias e o seu acompanhamento pré e pós operatório.

A regulamentação do Processo no SUS visa como seu principal objetivo assegurar a aplicação dos princípios da universalidade do acesso e a integralidade na atenção em relação às dimensões físicas e psicossociais implicadas no processo de transformação fenotípica e social desses indivíduos, devendo o setor privado de assistência a saúde seguir os mesmos preceitos estabelecidos no SUS, pois como já foi fortemente discutido, trata-se de saúde complementar

As operadoras de planos privados de saúde negam a cirurgia de transgenitalização que é uma das etapas do processo transexualizador, sob a alegação de que a cirurgia não está elencada no Rol de procedimentos eventos obrigatória ANS, que é uma lista de procedimentos obrigatórios estabelecidos por Resoluções Normativas, que são atualizadas de dois em dois anos através de um corpo técnico e de consultas públicas.

No ano de 2019, a Agência Reguladora se manifestou acerca do processo transexualizador, no parecer técnico nº26, onde informou que o rol de procedimentos obrigatórios atualmente regulamentados pela RN nº 428/2017, assegura somente a cobertura de procedimentos como mastectomia; histerectomia; ooforectomia ou ooforoplastia; tiroplastia, pois estão elencados no rol, não havendo nenhuma menção a cirurgia de transgenitalização.

Podemos afirmar que essa norma está em desconformidade com todo o avanço alcançado pela população trans, pois em seu texto, cita transexualidade como patologia, ao tratar a incongruência de gênero como patologia, e fere o direito a garantia e acesso amplo a saúde, pois assegura apenas parte dos procedimentos do processo transexualizador. É de suma importância destacar que nenhuma norma administrativa tem poder para contestar normas e princípios assegurados pela Constituição Federal, normas internacionais de Direitos Humanos e leis infraconstitucionais.

Portanto, deve ser assegurado o direito do consumidor, nos casos em que houver a negatividade por parte das operadoras de planos de saúde acerca da cirurgia de transegenitalização, através da invocação das normas constitucionais de garantia à saúde e através do princípio da vulnerabilidade do consumidor. Pois a pessoa transgênero é vulnerável nessa relação consumerista, tendo seus direitos ofendidos e violados, por parte das operadoras, que por sua vez ofendem os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do Consumidor esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ALMEIDA, Nilza Rodrigues de. **Contratos de plano de saúde**. São Paulo: Edições Inteligentes, 2007.

AYELLO, Juliana. **Cirurgia de transexualização**: o plano de saúde deve custear? Uma análise sobre a responsabilidade do plano de saúde frente à indicação médica de cirurgia de redesignação sexual. Disponível em: <https://julianaayello.jusbrasil.com.br/artigos/807731469/cirurgia-de-transexualizacao-o-plano-de-saude-deve-custear?ref=feed>. Acesso em: 07 jul.2020.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde**: Coleção direito econômico. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de saúde. Doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BESSA, Leonardo Roscoe. Proteção contratual. In: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; RASCOE, Leonarodo. **Manual de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRANDÃO, Carlos Gomes. **Processo e Tutela Específica do Direito à Saúde**. 2006. Tese (Especialização em Direito Civil e Processo Civil) - Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 5.002 de 2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/565315>. Acesso em: 13 jul.2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 70 de março de 1995**. Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>. Acesso em: 13 jul.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 16 jun.2020.

BRASIL. **Decreto nº 0073**, de 21 de novembro de 1966. Brasília: Presidência da República do Brasil. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0073.htm. Acesso em: 18 jun.2020.

BRASIL. **Lei nº 12.291**, de 20 de julho de 2010. Torna obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12291.htm. Acesso em: 07 jul.2020.

BRASIL. **Lei nº 12.741**, 8 de dezembro de 2012. Dispõe sobre as medidas de esclarecimento ao consumidor, de que trata o § 5º do artigo 150 da Constituição Federal; altera o inciso III do art. 6º e o inciso IV do art. 106 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12741.htm. Acesso em: 19 jun.2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 jul.2020.

BRASIL. **Lei nº 6.839**, de 30 de outubro de 1980. Presidência da República. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6839.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.839%2C%20DE%2030,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=2%C2%BA%20Esta%20Lei%20entrar%C3%A1%20em%20vigor%20na%20data%20de%20sua%20publica%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 19 jun.2020.

BRASIL. **Lei nº 9.656**, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acesso em: 18 jul.2020.

BRASIL. **Lei nº 9.961**, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplmetar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm. Acesso em: 09 jul.2020.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Portaria nº 2803**, de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União 2013; 20 nov.2020.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Portaria nº 457**, de 19 de agosto de 2008. Aprova a Regulamentação do Processo Transexualizador no âmbito do Sistema Único de saúde (SUS). Diário Oficial da União 2008; 20 ago.2020.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Portaria nº 457**, de 19 de agosto de 2008. Aprova a Regulamentação do Processo Transexualizador no âmbito do Sistema Único de saúde (SUS). Diário Oficial da União 2008; 20 ago.2020.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Processo transexualizador no SUS**. 2018. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/atencao-especializada-e-hospitalar/especialidades/processo-transexualizador-no-sus>. Acesso em: 13 jul.2020.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Processo transexualizador no SUS**. 2018. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/atencao-especializada-e-hospitalar/especialidades/processo-transexualizador-no-sus>. Acesso em: 13 jul.2020.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Transexualidade e Travestilidade na Saúde**. Brasília: MS, 2015. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/transexualidade_travestilidade_saude.pdf. Acesso em: 14 jul.2020.

CARVALHO, Gilson. **A saúde pública no Brasil**. São Paulo. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002. Acesso em: 23 maio 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM-Brasil). **Resolução nº 1.955**, de setembro de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1955>. Acesso em: 16 jul.2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM-Brasil). **Resolução nº 2.265**, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2020. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2265> Acesso em: 16 jul.2020.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP-Brasil). **Resolução nº 1**, 29 de janeiro de 2018. Estabelece normas de atuação para psicólogas e os psicólogos em relação às pessoas transexuais e travestis. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-01-2018.pdf>. Acesso em: 16 jul.2020.

COURA, Kalleo. **TJSP condena Bradesco Saúde a custear a cirurgia de transgenitalização**. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/tjsp-condena-bradesco-saude-a-custear-cirurgia-de-transgenitalizacao-01012020>. Acesso em: 07 jul.2020.

FARINA, Roberto. **Transexualismo**: do homem à mulher normal através dos estudos de intersexualidade e das parafilias. São Paulo: Novolunar, 1982.

FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. **Plano de Saúde e o Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GAMA, Anete Maria *et al.* O espaço da regulamentação dos planos e seguros de saúde no Brasil: Notas sobre a ação de instituições governamentais e da sociedade civil. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/Artigo_O_espaco_da_regulamentacao_dos_planos_e_seguros_de_saude_no_Brasil.pdf. Acesso em: 19 jun.2020.

GRANT, Carolina. **Direito, bioética e transexualidade**: um estudo sobre os limites e as possibilidades de ampliação da tutela jurídica das experiências trans*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador. 2015. Orientador Prof^a Dr^a Mônica Neves Aguiar da Silva. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17741/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20-%20>. Acesso em: 19 jun.2020.

LOPES, Geraldo Evangelista. Planos de saúde: contratos de prestação de serviços. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-166/planos-de-saude-contratos-de-prestacao-de-servicos/>. Acesso em: 18 jun.2020.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Curso de bioética e biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. Campo de aplicação do CDC./ *In*: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; RASCOE, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

MATOS, Amanda *et al.* **Análise da resolução 2265 de 20 de setembro de 2019 resolução produzida pelo Conselho Federal de Medicina**. 2020. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1CryHEHWIal7JrJwKmsBE4NmHiTDF6SEU/view>. Acesso em 13 jul.2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTEIRO, Anielle Oliveira. **Transexualidade e Direitos Humanos**: uma Luta por Dignidade e Cidadania, Paraíba, GT 12: Direitos, cidadania e sexualidades

humanas: questões de gênero e a (in)visibilidade das sexualidades divergentes, 2017.

MORAES, Paulo Valério dal Pai Moraes. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor (com exercícios)**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, Bruna Portugal Silva. O direito a Saúde sob a ótica Consumerista. *In*: CORINA, Teresa Costa Rosa Santos; PIMENTEL, Diego Ferreira; SILVA, Rômulo Ruan Santos (Orgs.). **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde: análise de julgados**. Universidade Estadual de Feira de Santana, Feira de Santana, 2017.

OMS – Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**, adotada pela Conferência Internacional de Saúde, realizada em Nova Iorque de 19 a 22 de julho de 1946.

OMS. **CID 11 para estatísticas de mortalidade e morbidade**. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fpid%2fentity%2f411470068>. Acesso em: 16 jul.2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 jul.2020.

SÁ JUNIOR, Luis Salvador de Miranda. Desconstruindo a definição de saúde. **Jornal do Conselho Federal de Medicina (CFM)**, 2014. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/index.asp?opcao=bibliotecaJornal>. Acesso em: 07 nov.2017. Acesso em: 07 nov.2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito**. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

SÃO PAULO. TJSP. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 1044730-94.2015.8.26.0506**; Relator (a): Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/10/2018; Data de Registro: 18/10/2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116996933/apelacao-apl-298760520118260005-sp-0029876-0520118260005/inteiro-teor-116996943>. Acesso em: 07 jul.2020.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação de uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Marília Lúcia Cândido da. **A relação de consumo nos contratos de planos privados de assistência a saúde**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Marília-UNIMAR, Marília. 2007. Orientador: Prof. Dr. Oscar Ivan Prux.

SILVA, Rômulo Ruan Santos da Silva; VIENA, Victoria Andrade. A Realizabilidade do Direito à saúde através do Código de Defesa do Consumidor: uma análise dos planos de saúde. *In*: CORINA, Teresa Costa Rosa Santos; PIMENTEL, Diego Ferreira; SILVA, Rômulo Ruan Santos (Orgs.). 2017. **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde: análise de julgados**. Universidade Estadual de Feira de Santana, Feira de Santana, 2017.

SOUZA, Marta Helena Teixeira *et al.* Itinerários terapêuticos de travestis da região central do Rio Grande do Sul. Brasil. **Ciência Saúde Coletiva**. 2014. p.2277-2286. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232014000702277&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 12 jul.2020.

TAVARES. André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

URRUTIGARAY, Patrícia Messa; TONIÊTO, Tiago. **A saúde como direito fundamental previsto na constituição de 1988 e os desafios dos gestores públicos na humanização e qualificação do Sistema Único de Saúde – SUS**. 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13188/0>. Acesso em: 21 maio 2020.

VIEIRA, Rodrigues Tereza. **Nome e sexo: Mudanças no Registro Civil**. 2.ed. São Paulo:Atlas, 2012.