

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Arthur Oliveira Cogo

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO FUNDAMENTO DA NATUREZA
JURÍDICA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE NAS DECISÕES
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Porto Alegre

2022

Arthur Oliveira Cogo

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO FUNDAMENTO DA NATUREZA
JURÍDICA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE NAS DECISÕES
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria Cláudia Mércio
Cachapuz.

Porto Alegre

2022

CIP - Catalogação na Publicação

Cogo, Arthur Oliveira

A função social do contrato como fundamento da natureza jurídica do rol de procedimentos e eventos em saúde nas decisões do Superior Tribunal de Justiça / Arthur Oliveira Cogo. -- 2022.

87 f.

Orientadora: Maria Cláudia Mércio Cachapuz.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, BR-RS, 2022.

1. Autonomia privada. 2. Função social do contrato. 3. Plano privado de assistência à saúde. 4. Rol de procedimentos e eventos em saúde. 5. Superior Tribunal de Justiça. I. Cachapuz, Maria Cláudia Mércio, orient. II. Título.

Arthur Oliveira Cogo

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO FUNDAMENTO DA NATUREZA
JURÍDICA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE NAS DECISÕES
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 07 de outubro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Maria Cláudia Mércio Cachapuz
(Orientadora)

Prof.^a Lisiane Feiten Wingert Ody

Prof.^a Vitória Bernardinis

RESUMO

Esta monografia tem como objeto a função social do contrato e a sua utilização pelo Superior Tribunal de Justiça como fundamento da natureza jurídica do rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar para definir a amplitude da cobertura mínima do plano privado de assistência à saúde. A metodologia adotada consiste na consulta a obras doutrinárias e à legislação quanto à função social do contrato e ao plano privado de assistência à saúde e na análise de decisões colegiadas do Superior Tribunal de Justiça sobre a natureza jurídica do rol de procedimentos e eventos em saúde. Conclui-se que a função social do contrato é a razão da sua concepção e tutela jurídica, condicionando-se o exercício da autonomia privada nas relações contratuais ao seu cumprimento. Desse modo, entendida a função social como a finalidade do contrato, o seu conteúdo deve ser adequado ao cumprimento daquela, sob pena de não cumprir a sua função. Assim, explica-se a divergência entre a Terceira Turma e a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acerca do caráter do rol de procedimentos e eventos em saúde, existente de 2019 a 2022, na existência de distintas concepções sobre a função social do plano privado de assistência à saúde. Para a Terceira Turma, era o efetivo tratamento das doenças contratualmente cobertas, conforme as recomendações do médico assistente do beneficiário; portanto, o rol deve ser considerado exemplificativo para não impedir o atingimento da finalidade do contrato. Para a Quarta Turma, era a garantia de uma cobertura mínima de procedimentos e eventos capazes de assegurar a assistência à saúde, de modo que o rol deve ser taxativo; caso contrário, a cobertura seria ilimitada.

Palavras-chave: autonomia privada; função social do contrato; plano privado de assistência à saúde; rol de procedimentos e eventos em saúde; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This undergraduate thesis has as its object the social function of the contract and its use by the Superior Court of Justice as a basis for the legal nature of the minimum mandatory coverage list prepared by the National Regulatory Agency for Private Health Insurance and Plans to define the extent of the minimum coverage of the private health insurance contract. The adopted methodology consists of consulting doctrinal works and legislation regarding the social function of the contract and the private health insurance contract and analyzing collegiate decisions of the Superior Court of Justice about the legal nature of the minimum mandatory coverage list. It is concluded that the social function of the contract is the reason for its conception and legal protection, constraining the exercise of private autonomy in contractual relationships to its achievement. Thus, considering the social function as the purpose of the contract, its content must be adequate for the achievement of that, otherwise its function will not be fulfilled. Thereby, it is explained the divergence between the Third Panel and the Fourth Panel of the Superior Court of Justice about the character of the minimum mandatory coverage list, existing from 2019 to 2022, in the existence of different conceptions about the social function of the private health insurance contract. For the Third Panel, it was the effective treatment of the diseases contractually covered, according to the recommendations of the beneficiary's physician; therefore, the list should be considered exemplary in order not to prevent the achievement of the purpose of the contract. For the Forth Panel, it was the guarantee of minimum coverage of procedures and events capable of ensuring health care; for this reason, the list must be exhaustive, otherwise the coverage would be unlimited.

Keywords: private autonomy; social function of the contract; private health insurance contract; minimum mandatory coverage list; Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	11
2.1 Contrato	11
2.1.1 Negócio jurídico.....	11
2.1.2 Instituto jurídico	15
2.2 Funcionalização do contrato	18
2.2.1 Autonomia da vontade e Estado liberal.....	19
2.2.2 Autonomia privada e Estado social.....	22
2.2.3 Constituição de 1988 e Código Civil de 2002	25
2.3 Função social	27
2.3.1 Sentido instrumental.....	28
2.3.2 Sentido orgânico	31
2.3.3 Sentido de serviço	34
2.4 Teorias sobre a função social do contrato	36
2.4.1 Causa do contrato	38
2.4.2 Flexibilização do princípio da relatividade.....	41
2.4.3 Manutenção da relação contratual.....	45
2.5 Alterações do artigo 421 do Código Civil	47
3 PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	50
3.1 Assistência à saúde e operação de planos de saúde	50
3.2 Plano-referência de assistência à saúde	51
3.3 Rol de procedimentos e eventos em saúde	53
3.4 Características do contrato	56
4 NATUREZA JURÍDICA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	60
4.1 Histórico da compreensão da natureza jurídica do rol	60
4.2 Função social do contrato como fundamento da natureza jurídica do rol	62
4.2.1 Decisões da Quarta Turma: natureza taxativa	63
4.2.2 Decisões da Terceira Turma: natureza exemplificativa	65
4.2.3 Análise	69
5 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS.....	83
---	-----------

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 concebeu a saúde como um direito social – direito fundamental de segunda geração –, isto é, um direito de todos e um dever do Estado. Para a sua concretização, estabeleceu um sistema misto de execução das ações e serviços de saúde: de um lado, a atuação do Estado por meio de um sistema único de saúde, com a participação de todos os entes federativos, e, de outro, a assistência à saúde, deixada livre à iniciativa privada.

O setor público foi logo regulamentado pela Lei nº 8.080/1990, que disciplinou o Sistema Único de Saúde. O setor privado, no entanto, somente recebeu tratamento semelhante uma década após a promulgação da Constituição, através da Lei nº 9.656/1998 e da Lei nº 9.961/2000. Enquanto a primeira regulamentou a atividade de operação de planos e seguros privados de assistência à saúde e criou o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), órgão colegiado do Ministério da Saúde que atualmente estabelece as diretrizes gerais do setor de saúde suplementar, a segunda criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), agência reguladora, vinculada àquele ministério, responsável por normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantem a assistência à saúde.

Os planos e seguros de saúde passaram a ser extensamente regulamentados, tanto pela própria Lei nº 9.656/1998 quanto pelos atos normativos do CONSU e da ANS. Criou-se, assim, o chamado plano-referência de assistência à saúde, de fornecimento obrigatório pelas operadoras e que compreende exigências mínimas de cobertura com o objetivo de garantir a assistência à saúde para todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial da Saúde.

Em complemento, a legislação previu a elaboração de um rol de procedimentos e eventos em saúde para servir de referência básica aos planos de saúde. Originariamente elaborado pelo CONSU e, ao longo dos anos, atualizado pela ANS, esse rol define a amplitude das coberturas do plano-referência, listando mais de 3400 procedimentos e eventos, como consultas, exames, cirurgias e medicamentos, que devem ser obrigatoriamente cobertos pelas operadoras.

Em que pese a extensão do rol, são frequentes os casos em que o médico assistente do beneficiário de um plano de saúde prescreve para o tratamento da sua doença procedimento que não consta daquele, de modo que a operadora se recusa a custeá-lo. Também frequentes são os casos em que essa controvérsia é levada ao Poder Judiciário. Nesse contexto, até pouco tempo atrás, a jurisprudência predominante e, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ),

pacífica entendia que tal negativa era indevida, pois o rol teria, na verdade, um caráter meramente exemplificativo, razão pela qual, havendo cobertura para determinada doença no plano e necessidade de determinado procedimento para o tratamento desta, fundamentada em prescrição médica, a operadora deveria custeá-lo, independentemente de constar ou não do rol.

No entanto, com o julgamento do Recurso Especial nº 1.733.013/PR em 2019, a Quarta Turma do STJ alterou o seu entendimento, concluindo pela natureza taxativa do rol da ANS. Instalou-se, assim, uma divergência na Segunda Seção do tribunal, já que, posteriormente ao julgamento do referido recurso, a Terceira Turma reafirmou a sua jurisprudência em diversas decisões. Essa divergência somente foi dissipada neste ano, quando a Segunda Seção, por ocasião do recente julgamento conjunto dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.886.929/SP e dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.889.704/SP, acolheu o novo entendimento.

Curiosamente, a partir do recurso que inaugurou a divergência, a função social do contrato começou a ser utilizada nas decisões de alguns ministros, em ambas as turmas, como fundamento para a natureza do rol da ANS. As conclusões, porém, eram distintas: enquanto decisões da Terceira Turma sustentavam que o rol deve ser considerado exemplificativo, pois somente assim o plano de saúde cumpriria a sua função social de fornecer tratamento médico para as doenças contratualmente cobertas, a Quarta Turma tem relacionado a função social com a necessidade de manutenção do sistema formado pelo conjunto de beneficiários e operadora, concluindo que um rol taxativo, com coberturas definidas e previsíveis, garante a viabilidade financeira do plano.

As decisões, contudo, não explicam o que é exatamente a função social do contrato. Ao mesmo tempo, uma consulta a obras doutrinárias permite verificar que o tema é bastante nebuloso, coexistindo diversas teorias. Assim, o presente trabalho tem o objetivo de, em um primeiro momento, buscar entender o que é a função social do contrato, positivada no artigo 421 do Código Civil, para, ao final, tentar compreender a sua utilização pelo STJ como fundamento da natureza exemplificativa ou taxativa do rol da ANS.

Para tanto, o trabalho será dividido em três partes. Na primeira, partindo do pressuposto de que a função social do contrato somente pode ser entendida se antes se entender o que é o contrato, serão apresentados os contornos gerais deste, bem como o contexto histórico em que ocorreu a sua funcionalização, em linha com os demais institutos jurídicos de direito privado. Em seguida, a expressão função social e os seus possíveis significados serão analisados para, então, serem elencadas algumas das principais teorias sobre a função social do contrato. Ainda, far-se-á referência às recentes alterações do artigo 421 do Código Civil.

Já na segunda parte, o objeto de estudo será o plano privado de assistência à saúde, apresentando-se as suas principais características, de acordo com a legislação e a doutrina. Por fim, na última parte, serão analisadas as decisões da Terceira Turma e da Quarta Turma do STJ que mencionam a função social do contrato a fim de se verificar a relação entre esta e a natureza jurídica do rol da ANS.

Para a realização do trabalho, foram utilizadas, como fonte de pesquisa, na primeira e na segunda parte, basicamente a doutrina e a legislação. Na terceira parte, as decisões citadas, à exceção do REsp nº 1.733.013/PR, foram selecionadas a partir de uma pesquisa, por meio da ferramenta de pesquisa de jurisprudência do site institucional do STJ, com as palavras “função social plano saúde”, a qual resultou em 54 acórdãos da Terceira Turma, da Quarta Turma e da Segunda Seção, além de mais de seis mil decisões monocráticas. Dentre os acórdãos, foram desconsiderados aqueles que não tratavam de plano de saúde ou especificamente do rol da ANS¹; aqueles que não mencionavam a função social do contrato ou apenas o faziam na sua ementa², salvo um que se mostra importante para fins de comparação com uma das demais decisões; e, ainda, aqueles em que o relator apenas repetia, sem nenhuma mudança relevante, os fundamentos expostos em decisões suas anteriores³. Chegou-se, assim, a um grupo de seis decisões da Terceira Turma e da Quarta Turma, além dos referidos embargos de divergência julgados pela Segunda Seção.

¹ REsp nº 918.392/RN; AgRc no CC 98.014/SP; REsp nº 976.021/MG; REsp nº 962.980/SP; AgRG no AREsp nº 155.975/SP; AgRg no AREsp nº 618.631/SP; REsp nº 1.479.420/SP; AgRg no REsp nº 1.541.849/DF; REsp nº 1.525.109/SP; REsp nº 1.722.666/RJ; AgInt no REsp nº 1.676.857/CE; AgInt no AREsp nº 1.132.794/SP; AgInt no REsp nº 1.763.223/SP; AgInt no REsp nº 1.704.625/SP; REsp nº 1.783.076/DF; REsp nº 1.818.495/SP; AgInt no REsp nº 1.834.839/SP; AgInt no REsp nº 1.624.649/SP; AgInt no REsp nº 1.818.694/SP; AgInt no REsp nº 1.876.459/SP; AgInt no REsp nº 1.876.498/SP; REsp nº 1.816.768/PR; REsp nº 1846.502/DF; AgInt no REsp nº 1.879.967/SP; REsp nº 1.924.526/PE; REsp nº 1.878.051/SP; AgInt no AREsp nº 1.849.475/SP; REsp nº 1.953.191/SP; REsp nº 1.873.377/SP; REsp nº 1.716.113/DF; REsp nº 1.715.798/RS; REsp nº 1.941.917/SP; AgInt no REsp nº 1.836.334/SP; REsp nº 1846.123/SP; REsp nº 1842.751/RS; AgInt no AREsp nº 1.585.959/MT.

² AgInt no AREsp nº 1.653.706/SP; AgInt no AREsp nº 1.673.739/SP; AgInt no REsp nº 1.904.024/SP; AgInt no REsp nº 1.901.865/SP; AgInt no AREsp nº 1.701.211/SP.

³ AgInt no REsp nº 1.779.763/SP; AgInt no AREsp nº 1.694.822/SP; AgInt no REsp nº 1.931.919/SP; AgInt no REsp nº 1.959.153/SP; AgInt no REsp nº 1.979.069/SP; AgInt no REsp nº 1.991.383/MA.

2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

2.1 Contrato

Antes de tratar da sua função social, é necessário compreender o que é o contrato. Na verdade, como destaca José Reinaldo de Lima Lopes⁴, há coisas que não podem ser bem compreendidas senão a partir da sua função: entre elas, o autor elenca os entes morais, como denominados por Samuel Pufendorf, que consistem naquelas coisas criadas pelo ser humano, mas que não existem no mundo físico, como as instituições e os institutos jurídicos, assim o sendo por meio da imposição de funções. Por consequência, a noção de função integra o próprio conceito de um instituto jurídico, como o contrato. Compreender o contrato também é, portanto, compreender a sua função, para que ele serve.

Isso posto, o contrato pode ser visto tanto como um fato jurídico, mais especificamente um negócio jurídico, quanto como um instituto jurídico, uma entidade do mundo jurídico⁵.

2.1.1 Negócio jurídico

O contrato é comumente definido pela doutrina como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

Negócio jurídico é uma espécie de fato jurídico. De acordo com a teoria dos fatos jurídicos, há fatos que são considerados relevantes pelo direito e, por isso, qualificados por normas jurídicas, as quais, ao incidirem sobre os fatos concretos correspondentes aos seus suportes fáticos⁶, os transformam em fatos jurídicos, conferindo-lhes eficácia jurídica, isto é, atribuindo a eles efeitos jurídicos.⁷

Entre os fatos jurídicos, há aqueles que consistem em fatos naturais (fatos jurídicos *stricto sensu*) e outros que consistem em atos humanos. Quanto a estes últimos, as classificações

⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de filosofia do direito**: o direito como prática. São Paulo: Atlas, 2021. p. 137-138.

⁵ INSTITUTO jurídico. *In*: VOCABULÁRIO jurídico (Tesouro). Brasília: Supremo Tribunal Federal, [s.d.]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesouro/pesquisa.asp>. Acesso em: 27 jul. 2022.

⁶ Suporte fático, conforme Pontes de Miranda, é a hipótese fática prevista em abstrato na norma jurídica. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral: tomo I: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 59.

⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral: tomo I: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 147-148.

variam. Pontes de Miranda⁸ e Marcos Bernardes de Mello⁹ os dividem entre atos humanos em que a vontade do agente é considerada irrelevante, importando apenas o ato em si e o seu resultado naturalístico (ato-fato jurídico), e outros em que ela possui relevância, sendo o ato visto como uma manifestação ou declaração de vontade (ato jurídico *lato sensu*). Os atos jurídicos se especificam, por sua vez, em atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos.

Distintamente, Orlando Gomes¹⁰ e Zeno Veloso¹¹ não realizam a primeira divisão, na medida em que entendem que, mesmo no ato-fato jurídico, o ato humano seria voluntário, agrupando, assim, sob a categoria dos atos jurídicos *stricto sensu*, todos aqueles que se contrapõem aos negócios jurídicos. O Código Civil brasileiro sistematiza os atos jurídicos em negócios jurídicos e outros “atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos”,¹² além dos atos ilícitos, que constituem classificação à parte.

Para os fins deste trabalho, cumpre destacar que, conforme Marcos Bernardes de Mello¹³, tanto o ato jurídico *stricto sensu* quanto o negócio jurídico consistem em uma manifestação de vontade consciente, com a diferença de que no primeiro o agente não possui poder de autorregramento, enquanto no segundo esse poder existe. Da mesma forma, Orlando Gomes¹⁴ afirma que a distinção entre ambos reside no reconhecimento ou não da autonomia privada pela ordem jurídica em relação a um ou outro.

Negócio jurídico e autonomia privada, portanto, estão diretamente relacionados. Consiste a autonomia privada em um poder de regulamentação de interesses próprios, reconhecido pela ordem jurídica aos particulares como causa geradora de relações jurídicas, as quais já se encontram reguladas, em abstrato e em geral, por normas jurídicas.¹⁵ O fundamento do seu reconhecimento está na liberdade enquanto valor da ordem jurídica.¹⁶

⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral: tomo I: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 154 e 159.

⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*. p. 186.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 187.

¹¹ VELOSO, Zeno. Fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 32, n. 125, p. 87-95, jan./mar. 1995. p. 89-90.

¹² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*. p. 99.

¹⁴ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 57.

¹⁵ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 80-81.; GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 193.

¹⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. p. 2015.; NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 102.

O negócio jurídico é justamente o instrumento de que dispõem os particulares para o exercício da autonomia privada. Assim, Emilio Betti¹⁷ o define como um ato de autonomia privada, por meio do qual os particulares regulamentam seus interesses nas suas relações com outras pessoas, com vista a determinados escopos práticos, e ao qual o direito atribui eficácia jurídica, de acordo com a sua função econômico-social. Para Orlando Gomes¹⁸, é uma “declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao intento prático do declarante, se reconhecido e garantido pela lei”.

Diversas teorias, na verdade, buscam explicar o negócio jurídico, ora com foco na vontade (teorias voluntaristas), ora no regulamento de interesses (teorias preceptivistas). Como a evolução dessas teorias se relaciona, em grande medida, ao próprio processo de funcionalização do contrato, que será visto adiante, basta, por ora, referi-las.

Dito isso, percebe-se que, no negócio jurídico, adquire relevância o escopo ou intento prático a que se dirige a vontade do agente. É esse escopo que é avaliado pela ordem jurídica para fins de reconhecimento do negócio: caso entenda que ele corresponde a uma função econômico-social relevante e útil e, por conseguinte, merecedora de tutela, o direito protege o negócio; caso contrário, simplesmente o ignora, sem tutelá-lo juridicamente, ou, ainda, se reprovável, o reprime, ao invés de protegê-lo.¹⁹

Além disso, o escopo prático é importante para a determinação dos efeitos jurídicos. Ao tutelá-lo, o direito atribui ao negócio eficácia jurídica, esta consistindo naqueles efeitos mais adequados ao resultado visado pelo agente, razão pela qual não se exige que a sua vontade se dirija a cada um dos efeitos jurídicos do negócio para que sejam produzidos.²⁰

Retornando à distinção entre negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*, neste a vontade quanto ao resultado é, em geral, irrelevante e os efeitos jurídicos se encontram prévia e invariavelmente definidos em lei, de modo que, praticado o ato, a eles se sujeitam o agente, independentemente de corresponderem ou não ao seu eventual interesse com o resultado fático.²¹ Por outro lado, no negócio jurídico, embora também seja competência exclusiva da

¹⁷ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 88.

¹⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 197.

¹⁹ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 87.

²⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 206.

²¹ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 56-57 e 60-61.; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*. p. 228-229.

lei a determinação dos seus efeitos,²² estes são aqueles mais conformes ao resultado prático visado pelo agente e, portanto, normalmente conformes ao seu interesse.

Conclui-se, assim, que, com o reconhecimento da autonomia privada pela ordem jurídica, o negócio jurídico constitui-se como um instrumento disponível aos particulares para regulamentarem os seus interesses nas suas relações sociais, tendo em vista determinados escopos práticos, e ao qual o direito atribui efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas.

Como referido, no entanto, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se caracteriza por ser bilateral ou plurilateral²³. Nesse sentido, é necessária, para a sua formação, a concorrência de ao menos duas partes, as quais devem entrar em consenso, ou em acordo de vontades, por meio de uma oferta e de uma aceitação concordantes,²⁴ sobre a regulamentação recíproca dos seus interesses. Diz-se, nesse caso, que os interesses das partes são opostos ou divergentes, pois, no caso de interesses paralelos ou convergentes, de um objetivo comum às partes, ocorre acordo, e não contrato.²⁵

Ressalta-se, ainda, que o artigo 104 do Código Civil estabelece os seguintes requisitos de validade para a constituição do negócio jurídico: “agente capaz”; “objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e “forma prescrita ou não defesa em lei”.²⁶ No caso do contrato, diante da exigência de mais de uma parte, inclui-se também o consenso. Alguns autores, como Orlando Gomes²⁷, adicionam a esses requisitos a causa do negócio jurídico, a qual será vista adiante como uma das teorias sobre a função social do contrato.

É inegável, enfim, que o negócio jurídico possui uma dimensão individual, pois se constitui como instrumento para regulamentação de interesses próprios, embora, e isso é da natureza do direito, em relação a outras pessoas, o que, no caso do contrato, se mostra mais evidente por envolver sempre a participação de mais de uma pessoa. Como a autonomia privada, contudo, é reconhecida tão somente para a consecução de fins valorados positivamente pelo direito, resta evidente que os interesses dos particulares devem estar de acordo com o interesse

²² BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 131-133.

²³ Exemplos de negócio jurídico unilateral, que somente exige a declaração ou manifestação de vontade de uma parte, são o testamento (art. 1.857 do Código Civil) e a promessa de recompensa (art. 854 do Código Civil).

²⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 230.

²⁵ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 440.; GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 231.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

²⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 263.

geral, sob pena de não serem tutelados juridicamente.²⁸ Ademais, a própria autonomia privada, ao ser conformada pelo direito, sofre diversas limitações.

2.1.2 Instituto jurídico

O contrato é também um instituto jurídico, isto é, uma entidade do mundo jurídico, configurada por “uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa”.²⁹

São inúmeras as normas jurídicas que conformam o contrato enquanto instituto jurídico. A doutrina, entretanto, costuma elencar alguns princípios³⁰ que fornecem os contornos gerais do contrato: a liberdade contratual, a força obrigatória do contrato, a relatividade dos seus efeitos, o equilíbrio econômico, a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

A liberdade contratual é a projeção da autonomia privada nas relações contratuais, desdobrando-se basicamente na liberdade de decidir contratar ou não, na liberdade de decidir com quem contratar e na liberdade de definir o conteúdo do contrato. Além dessas três dimensões, pode-se elencar a liberdade de negociar com a outra parte o conteúdo do contrato, a liberdade de afastar as normas legais dispositivas, alterando o regime legal do contrato, e a liberdade de celebrar contratos atípicos.³¹

Sendo a autonomia privada conformada pelo direito, a liberdade contratual e as suas dimensões encontram diversos limites. Por exemplo, nos contratos típicos, cujo conteúdo é regulado expressamente pela lei, a liberdade de determinar o conteúdo do contrato é bastante limitada, pois são abundantes as normas cogentes, as quais não podem ser afastadas pela vontade das partes. Nos contratos atípicos, há de se ter em consideração os limites impostos pela ordem pública e pelos bons costumes³². Nos contratos de adesão, a liberdade de negociar o conteúdo do contrato é praticamente inexistente para uma das partes. Nos contratos

²⁸ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 45.; NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 99-100.

²⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 7.

³⁰ Segue-se aqui a terminologia usualmente adotada, sem a pretensão de afirmar que são de fato princípios no sentido moderno, ou seja, uma espécie de norma jurídica, ao lado das regras jurídicas.

³¹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 58.

³² Segundo Enzo Roppo, a ordem pública “é o complexo dos princípios e dos valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase da sua evolução histórica, e que, por isso, devem considerar-se imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica”, enquanto os bons costumes são as “regras não escritas de comportamento, cuja observância corresponde à consciência ética difundida na generalidade dos cidadãos e cuja violação é, portanto, considerada moralmente reprovável”. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 179 e 185.

necessários, impõe-se a obrigação de contratar para determinadas pessoas pela posição que ocupam, como ocorre com as concessionárias de serviço público.³³ Ainda, em relação a atividades sujeitas a monopólio, não há evidentemente como se escolher com quem contratar.

Em razão da sua força obrigatória, o contrato obriga as partes e por elas deve ser cumprido. A esse princípio, acrescenta-se outro, o da intangibilidade, segundo o qual o contrato não pode ser desfeito nem seu conteúdo ser alterado por intervenção judicial ou unilateralmente por uma das partes.³⁴ Além disso, o contrato, enquanto ato jurídico perfeito, mantém-se intocado quanto aos seus elementos de existência e requisitos de validade mesmo diante de nova lei que eventualmente os modifiquem, embora sua eficácia possa ser atingida por ela.³⁵

Já o princípio da relatividade dos efeitos complementa o da força obrigatória ao estabelecer que o contrato obriga somente as suas partes, limitando-se a estas os seus efeitos. Todavia, conquanto o contrato não prejudique nem beneficie terceiros, isso não significa que estes possam ignorar a sua existência: o contrato é um fato oponível a terceiros, razão pela qual eles não podem impedir ou dificultar o seu cumprimento.³⁶ Fala-se, assim, em oponibilidade do contrato a terceiros.

Conforme Junqueira de Azevedo³⁷, esses três primeiros princípios – a liberdade contratual, a força obrigatória do contrato e a relatividade dos efeitos – são aqueles que caracterizavam o contrato no século XIX. Paulo Lôbo³⁸ os denomina de princípios individuais, pois se fundam na autodeterminação individual e na igualdade formal, valores do Estado liberal, que naquela época imperava. Os próximos três – o equilíbrio econômico, a boa-fé objetiva e a função social do contrato –, seriam, nessa lógica, os princípios sociais do contrato, que passaram a ser reconhecidos no século XX,³⁹ quando estava em ascensão o Estado social.

³³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 61.

³⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 65 e 193.

³⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil – volume 3: contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. p. 26. Nesse sentido, dispõe o art. 2.035 do Código Civil que “[a] validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

³⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 71-72.; LÔBO, Paulo. **Direito civil – volume 3: contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. p. 26.

³⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998. [s.p.].

³⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil – volume 3: contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. p. 22.

³⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998. [s.p.]; LÔBO, Paulo. **Direito civil – volume 3: contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. p. 22.

O contrato deve estabelecer, em tese, uma relação de justiça comutativa e idealmente são as próprias partes as pessoas mais habilitadas a determinar se a equivalência entre prestação e contraprestação e a distribuição dos ônus e riscos do contrato são justas, isto é, equilibradas.⁴⁰ Nem sempre, contudo, os contratantes se encontram em posições de igualdade para negociar o conteúdo do contrato, viabilizando-se o abuso por parte daquele em posição de superioridade, assim como, por vezes, a justiça do contrato pode ser afetada por fatos posteriores a sua celebração, tornando-o excessivamente oneroso a uma das partes. Nesses casos, atua o princípio do equilíbrio econômico a fim de assegurar a justiça contratual.

Quando há uma relação de desigualdade prévia entre os contratantes, o princípio tenta evitar, por meio de institutos como a lesão e o estado de perigo (arts. 156 e 157 do Código Civil) e da vedação de cláusulas abusivas em contratos de adesão (por exemplo, art. 424 do Código Civil e art. 51 do Código de Defesa do Consumidor),⁴¹ que sejam mantidos eventuais abusos, refletidos em prestações desproporcionais, aos quais tenha se submetido a parte por alguma razão mais vulnerável (necessidade urgente, inexperiência, vulnerabilidade econômica etc.). De outro modo, se o desequilíbrio surgir durante a relação contratual em razão de fatos supervenientes, o princípio possibilita, em certas hipóteses, a resolução ou a revisão do contrato,⁴² como no caso de onerosidade excessiva para uma das partes (arts. 478 a 480 do Código Civil).

A boa-fé, por sua vez, é um pressuposto básico das relações humanas, pois essas não seriam possíveis se as pessoas pudessem “afirmar e negar simultaneamente uma coisa, fazer uma promessa e descumpri-la”.⁴³ Nas relações contratuais, a boa-fé objetiva possui três funções: hermenêutica, corretora e integrativa (arts. 113, 187 e 422 do Código Civil).

Quanto à primeira, a boa-fé atua como cânone hermenêutico, segundo o qual deve-se buscar o sentido objetivo do contrato, tendo em consideração o contexto em que celebrado, bem como a finalidade e a utilidade reveladas pelo seu conteúdo,⁴⁴ ou seja, conforme a expectativa que o contrato legitimamente gera, ou deveria gerar, nos contratantes. Em relação à segunda função, a boa-fé controla o exercício de direitos, aqui especificamente por parte dos contratantes,

⁴⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 215 e 225-226.

⁴¹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 232-233 e 247-248.

⁴² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 68.

⁴³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, n. 160, p. 49-64, out./dez. 2003. p. 57.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 507.

vedando-o quando contraditório e desleal, disfuncional ou, ainda, de forma desmedida.⁴⁵ Já a terceira função diz respeito à boa-fé enquanto fonte de deveres anexos impostos aos contratantes: de um lado, aqueles destinados a assegurar o adimplemento contratual, como os de cooperação, de lealdade e de informação, e, de outro, deveres voltados a proteger as partes de danos passíveis de serem causados pela respectiva contraparte, como os de cuidado e de sigilo.⁴⁶

Por fim, tem-se a função social do contrato (art. 421 do Código Civil), que é objeto deste capítulo.

Isso posto, o direito não existe apenas no mundo das ideias. Ao contrato, enquanto instituto jurídico, deve corresponder algo na realidade social. Assim, como destaca Enzo Roppo⁴⁷, por trás de um contrato, há uma operação econômica, consistente em uma circulação de riquezas (bens ou serviços) entre pessoas, seja ela atual ou potencial. A operação econômica é o substrato real do contrato, enquanto este é a veste jurídico-formal daquela.⁴⁸

Sob essa perspectiva, percebe-se claramente que o contrato também possui uma dimensão econômica. Qualificar uma determinada operação econômica como contrato, no entanto, faz incidir sobre ela diversas normas jurídicas, conferindo-lhe eficácia jurídica. Esses efeitos, ao mesmo tempo que tutelam juridicamente uma relação que, de outro modo, restaria protegida tão somente pela confiança entre as partes ou por outras sanções sociais, também conformam essa relação de acordo com determinados objetivos políticos,⁴⁹ veiculados pela legislação, aos quais os contratantes se sujeitam.

2.2 Funcionalização do contrato

A função social do contrato é um reflexo da funcionalização dos institutos jurídicos, movimento que se iniciou na passagem do século XIX para o século XX, e uma manifestação da socialidade, especialmente como um dos princípios que caracterizaram a elaboração do Código Civil de 2002.⁵⁰ Ambas essas circunstâncias não deixam de estar, no entanto,

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 669-670.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 239-243.

⁴⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 7-8 e 13.

⁴⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11.

⁴⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 20 e 23.

⁵⁰ Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144-145 e 158.; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**:

relacionadas, na medida em que a funcionalização dos institutos jurídicos de direito privado, como a propriedade e o contrato, foi um fenômeno decorrente do declínio do Estado liberal e da conseqüente ascensão do Estado social, com a substituição do individualismo, que havia marcado aquele, pela socialidade, que caracteriza este.

Necessário, assim, entender esse contexto, tendo em vista principalmente a figura do contrato e a sua evolução.

2.2.1 Autonomia da vontade e Estado liberal

O conceito de contrato, como hoje entendido, embora já bastante modificado, tem origem relativamente recente. Elevado pelos pandectistas no século XIX ao status de espécie de negócio jurídico, categoria mais abstrata,⁵¹ foi fruto, em especial, dos jusracionalismo e do iluminismo dos séculos XVII e XVIII, cujos pensadores identificaram na livre vontade dos contratantes o fundamento racional da criação de obrigações, de modo que o consenso, por si só, era capaz de obrigar.⁵²

Sob influência do voluntarismo jurídico, imperava o princípio da autonomia da vontade, do qual deduziam-se a liberdade contratual, a força obrigatória do contrato, a relatividade dos seus efeitos. A vontade, portanto, era o elemento central do negócio jurídico e, por consequência, do contrato, bem como o fundamento da sua obrigatoriedade: se a vontade dos contratantes fosse livre, a ordem jurídica deveria tutelar o contrato e os efeitos visados pelas partes pela simples razão de que aqueles haviam sido queridos por estas.⁵³

Havia, no século XIX, duas teorias sobre essa concepção voluntarista de negócio jurídico: a teoria da vontade e a teoria da declaração. Para a primeira, era a vontade interna dos contratantes que determinava os efeitos do negócio jurídico, enquanto a declaração era apenas o seu meio de manifestação, razão pela qual, havendo divergência entre as duas, deveria prevalecer a vontade interna, a partir da qual, portanto, se interpretava o negócio jurídico.⁵⁴

interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 95.; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126-127 e 135.

⁵¹ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 71.

⁵² DIEZ-PICASO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial, volumen primero**: introducción: teoría del contrato. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996. p. 120-121.

⁵³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 112.

⁵⁴ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 11.

Por outro lado, buscando dar maior segurança às relações negociais, a teoria da declaração sustentava justamente o contrário, ou seja, a declaração deveria prevalecer sobre a vontade interna, não havendo necessidade de concordância entre as duas, pois apenas aquela era elemento constitutivo do negócio jurídico, o qual era interpretado tendo em vista o sentido da declaração em si.⁵⁵ A vontade, no entanto, permanecia sendo o elemento central, embora não fosse mais a vontade interna, mas sim a manifestada.⁵⁶

Contemporânea a essas ideias foi a ascensão do Estado liberal no final do século XVIII, que substituiu o Estado absolutista por ocasião da conquista do poder político pela burguesia, acrescentando-o ao seu poder econômico.⁵⁷ Preponderavam então os valores e ideais da classe dominante: o individualismo, valorizando o indivíduo e contrapondo-o à sociedade; o liberalismo econômico, que defendia a não intervenção do Estado nas relações econômicas; o voluntarismo jurídico, que sustentava ser a vontade o elemento central do direito; e a igualdade formal dos indivíduos perante a lei.⁵⁸ Essa ideologia naturalmente influenciou as codificações civis do século XIX, como a francesa (1804) e a alemã (1896), assim como o Código Civil brasileiro de 1916⁵⁹, em que pese promulgado já no século XX.

Nessa época, o código civil era o centro do ordenamento jurídico, disciplinando as relações privadas e protegendo-as da intervenção estatal, enquanto a constituição limitava-se a organizar o Estado e a assegurar algumas liberdades individuais.⁶⁰ Na verdade, muitos dos direitos individuais, como a propriedade e a liberdade contratual, haviam sido consagrados como direitos naturais pela doutrina jusnaturalista⁶¹ e, nesse sentido, eram considerados originariamente ilimitados. Por isso, o seu reconhecimento pelo direito positivo⁶² consistia,

⁵⁵ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 11-12.

⁵⁶ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 87.

⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 270 e 272.

⁵⁸ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 64.; FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Iurisprudência: Revista da Faculdade de Direito da AJES**, Juína, v. 2, n. 3, p. 09-46, jan./jun. 2013. p. 14-17.

⁵⁹ Conforme Eduardo Tomasevicius Filho, conquanto Clóvis Beviláqua, autor do projeto do código, já reconhecesse a existência de uma função social dos institutos jurídicos, bem como valorizasse a socialidade, contraposta ao individualismo e ao liberalismo, o Código Civil de 1916 acabou sendo “um produto de seu tempo”, refletindo a organização social e o pensamento do século XIX. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 111, p. 85-100, 2016. p. 89.

⁶⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Iurisprudência: Revista da Faculdade de Direito da AJES**, Juína, v. 2, n. 3, p. 09-46, jan./jun. 2013. p. 27.

⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 270.

⁶² De acordo com Norberto Bobbio, ao se difundir pelo Ocidente, o direito privado romano, cujos principais institutos eram a família, a propriedade, o contrato e o testamento, se transformou, a partir da obra dos estudiosos

antes de tudo, em uma proteção do indivíduo contra o próprio Estado e suas limitações eram somente aquelas indispensáveis à vida em sociedade.⁶³ O Estado, assim, deveria se restringir a garantir o livre exercício das liberdades individuais, reprimindo os comportamentos contra elas atentatórios e se abstendo de intervir nas relações privadas.

O contrato não pôde deixar de refletir essa visão de mundo. A liberdade de determinação do conteúdo do contrato era ampla, limitada tão somente pela ordem pública e pelos bons costumes, com predomínio de normas legais dispositivas.⁶⁴ A igualdade formal dos indivíduos, por sua vez, fazia presumir sempre a justiça das relações contratuais. Além disso, celebrado o contrato, o seu cumprimento era obrigatório independentemente de eventuais circunstâncias e vicissitudes que viessem a afetar o equilíbrio econômico entre as prestações, sem possibilidade de intervenção judicial para restabelecê-lo ou para liberar a parte prejudicada.⁶⁵

Com o tempo, no entanto, o Estado liberal se tornou insustentável. Em que pese o desenvolvimento econômico alcançado, as suas premissas propiciaram o domínio social da burguesia, que cada vez mais concentrava o capital e os meios de produção, sujeitando-se a ela a nova classe que surgia com a revolução industrial e a vida urbana, o proletariado.⁶⁶ Enquanto “instrumento jurídico por excelência da vida econômica” da época,⁶⁷ o contrato teve sua contribuição ao possibilitar, com base na liberdade contratual e na igualdade formal, a legitimação jurídica de relações contratuais injustas entre contratantes em posições socioeconômicas desiguais.⁶⁸

A situação se agravou especialmente na passagem do século XIX para o XX, momento em que as relações contratuais começaram a se massificar, surgindo os chamados contratos de adesão, os quais eliminaram de vez, em razão da sua despersonalização, uma já debilitada possibilidade de negociação do conteúdo do contrato pela parte mais vulnerável.⁶⁹ Desse modo, diante das reduzidas possibilidades de intervenção do Estado sobre as relações privadas, criou-

que sobre ele se debruçaram ao longo de séculos, de um direito positivo em um direito natural e, posteriormente, ao ser codificado no século XIX, novamente em direito positivo. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: fragmentos de um dicionário político. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 24-25.

⁶³ FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Iurisprudência: Revista da Faculdade de Direito da AJES**, Juína, v. 2, n. 3, p. 09-46, jan./jun. 2013. p. 17.

⁶⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil – volume 3**: contratos. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. p. 10.

⁶⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 65.

⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 272.

⁶⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 39.

⁶⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 37-38.

⁶⁹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 72-73.

se um cenário de injustiça social e concentração de riquezas, cujo principal veículo era o contrato.

Para combatê-lo, o Estado precisou se transfigurar: surgia, assim, além da alternativa socialista, o chamado Estado social e o seu instrumento de mudança seria, é claro, o direito, assim como este fora o de manutenção da ordem socioeconômica anterior.

2.2.2 Autonomia privada e Estado social

Se o Estado liberal havia se formado com a ascensão da burguesia ao poder e a imposição da sua ideologia ao restante da sociedade através da codificação, o Estado social teve sua origem na crescente reivindicação de direitos sociais, econômicos e culturais pela classe trabalhadora, que pôde se fazer ouvida por meio da organização em sindicatos e partidos.⁷⁰ Substituindo o código civil como eixo do ordenamento jurídico, a constituição veio a positivar, ao lado das liberdades individuais, também esses direitos, como fizeram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, bem como todas as demais após a Primeira Guerra Mundial.⁷¹

Além desses direitos, que foram um importante passo na busca pela justiça social, houve a substituição ou a mitigação dos valores e ideais do período anterior. O individualismo cedeu espaço à solidariedade, exigindo-se a cooperação entre os integrantes do corpo social, e à socialidade, dando-se primazia aos interesses gerais sobre os particulares, enquanto as desigualdades sociais e econômicas impuseram a necessidade de se garantir a igualdade material, e não apenas formal.⁷² Tornou-se necessária, assim, a intervenção do Estado na economia e nas relações privadas, superando-se o liberalismo clássico e reduzindo-se o poder da vontade individual na determinação do direito,⁷³ circunstâncias que invariavelmente limitam ou reconfiguram a esfera de liberdade dos particulares.

⁷⁰ MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado social. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 40/41, p. 13-27, jul./dez. 2012. p. 13-14.

⁷¹ MIRANDA, Jorge. Estado social e direitos fundamentais. In: Gabinete do Ministro-Diretor da Revista (org.). **Doutrina do Superior Tribunal de Justiça**: edição comemorativa 15 anos. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005. p. 204-205.; MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado social. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 40/41, p. 13-27, jul./dez. 2012. p. 14.

⁷² AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. p. 224-225.; FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Iurisprudência: Revista da Faculdade de Direito da AJES**, Juína, v. 2, n. 3, p. 09-46, jan./jun. 2013. p. 18-19.

⁷³ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. p. 224-225.; FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Iurisprudência: Revista da Faculdade de Direito da AJES**, Juína, v. 2, n. 3, p. 09-46, jan./jun. 2013. p. 18-19.

Nesse sentido, no âmbito do direito privado, destacam-se dois fenômenos. Em primeiro lugar, a sua constitucionalização: os principais princípios e institutos jurídicos do direito privado começam a estar previstos e disciplinados no texto constitucional, não apenas no código civil ou na legislação esparsa, e, considerando a supremacia da constituição, passam a ser interpretados de acordo com os valores positivados por esta.⁷⁴

Em segundo lugar, ocorre a funcionalização dos institutos de direito privado, sendo a propriedade o exemplo mais clássico⁷⁵. Esse movimento teve como base uma nova preocupação da sociedade e do direito com a eficácia social e a função econômico-social dos institutos jurídicos,⁷⁶ ou seja, com o papel que desempenham na sociedade e os efeitos práticos que nela provocam, os quais precisavam, agora, estar de acordo com os novos objetivos do Estado social. Assim, por exemplo, a propriedade deixou de ser absoluta e a liberdade contratual deixou de ser plena, como no Estado liberal,⁷⁷ pois o proprietário e o contratante não mais podem dar à propriedade e ao contrato a destinação que bem entenderem, mas devem, antes, buscar cumprir a função social destes.

Reflexo disso tudo, no direito dos contratos, foi a crescente intervenção do Estado nas relações contratuais, com a multiplicação das normas legais cogentes,⁷⁸ limitando-se a liberdade dos contratantes tanto para assegurar, naquelas relações de maior desigualdade, uma justiça contratual quanto para direcionar os contratos a determinados fins sociais, por meio da regulamentação mais extensa do seu conteúdo. Para que isso ocorresse, contudo, havia sido necessária a superação do princípio da autonomia da vontade e da perspectiva individualista que dominava o contrato.

A centralidade da vontade para o negócio jurídico já fora, de certa forma, reduzida com a teoria da declaração. Esta, por sua vez, foi mitigada por outra, a teoria da confiança, segundo a qual deveria ser considerada válida a declaração que suscitasse no destinatário de boa-fé a confiança na veracidade do seu conteúdo, independentemente da vontade real do declarante.⁷⁹

⁷⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Iurisprudencia: Revista da Faculdade de Direito da AJES**, Juína, v. 2, n. 3, p. 09-46, jan./jun. 2013. p. 20-24.

⁷⁵ Também foram pioneiras, quanto à funcionalização da propriedade, a Constituição Mexicana e a Constituição de Weimar.

⁷⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. p. 228.

⁷⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Iurisprudencia: Revista da Faculdade de Direito da AJES**, Juína, v. 2, n. 3, p. 09-46, jan./jun. 2013. p. 14.

⁷⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil – volume 3: contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. p. 11.

⁷⁹ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 14.

Tutelava-se, assim, a boa-fé da contraparte, valorizando-se a dimensão intersubjetiva do negócio jurídico.

Ainda não havia, porém, uma preocupação em impor os interesses gerais ou coletivos sobre o negócio jurídico, que permanecia sendo uma questão privada, restrita exclusivamente aos interesses individuais das partes.⁸⁰ Essencial para a mudança de perspectiva quanto a isso, com a percepção de que o contrato possui um papel econômico e social que se estende para além dos interesses dos contratantes, foi, segundo Fernando Noronha⁸¹, a teoria preceptiva.

Como já referido, o negócio jurídico é um ato de autonomia privada, o qual pode ser considerado a partir da sua estrutura (forma e conteúdo) e da sua função (causa). A forma do negócio jurídico é uma declaração ou um comportamento, ou seja, um fato socialmente cognoscível, enquanto o conteúdo dessa declaração ou desse comportamento é um preceito, isto é, um regulamento por meio do qual o agente disciplina as suas relações com outras pessoas; já a causa do negócio diz respeito ao escopo prático visado através desse regulamento.⁸²

O preceito de autonomia privada, a partir do momento em que é tornado socialmente cognoscível por meio de uma declaração ou de um comportamento, adquire vida própria e se desvincula do seu criador, podendo obrigá-lo independentemente da vontade do agente e, por vezes, contrariamente a ela, tendo em vista a necessidade de tutela dos destinatários do preceito que nele confiaram.⁸³ Enquanto fato social, esse preceito é valorado e, no caso de um juízo positivo, recepcionado pelo direito, processo em que a ordem jurídica o modifica, se necessário, e o traduz em relações jurídicas, considerando a sua função econômico-social.⁸⁴

Verifica-se, portanto, que a vontade, antes fundamento da obrigatoriedade do negócio jurídico e essencial para a determinação dos seus efeitos, continua a ser importante para a gênese do negócio, enquanto ato voluntário, consciente e dirigido a um escopo prático, mas perde o seu status de elemento central, o qual passa a ser ocupado pelo regulamento de interesses.⁸⁵ A obrigatoriedade do negócio, assim, está na proteção dos destinatários de boa-fé e a razão da sua tutela jurídica está nas finalidades sociais a que se destina,⁸⁶ de modo que o

⁸⁰ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p. 15.; NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 88.

⁸¹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 88.

⁸² BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 86-91.

⁸³ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 99-100 e 115.

⁸⁴ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 229.

⁸⁵ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 92-93 e 242-245.

⁸⁶ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 87 e 94-95.

negociante pode ser obrigado, em certos casos, contra a sua vontade e se sujeita a efeitos jurídicos que não necessariamente havia visado.

A autonomia da vontade, nesse sentido, é substituída pela autonomia privada, poder que o direito reconhece aos particulares para regulamentação dos seus interesses individuais e para a consecução de fins individuais, desde que valorados de forma positiva pelo direito.

2.2.3 Constituição de 1988 e Código Civil de 2002

No Brasil, o Estado social teve seus primórdios na Constituição de 1934, que já previa alguns direitos sociais, mas somente pôde se consolidar de fato com a Constituição de 1988:⁸⁷ a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é declarada objetivo da república (art. 1º, III); tanto a ordem econômica quanto a ordem social visam à justiça social (arts. 170 e 193); diversos direitos sociais são assegurados, como a saúde, a alimentação, a educação, o trabalho (art. 6º). Ainda, a função social da propriedade, que integra o rol de direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, XXIII) e é considerada princípio da ordem econômica (art. 170, III), foi mais extensamente regulada quanto às propriedades rural e urbana na própria Constituição (arts. 182 e 186)⁸⁸, que também mencionou expressamente a função social da empresa, conquanto somente em relação às empresas públicas (art. 173, § 1º, I)⁸⁹.

Por outro lado, a função social do contrato não chegou a ser mencionada pela Constituição, embora muitos autores a associem à noção de livre iniciativa – fundamento da república (art. 1º, IV) e da ordem econômica (art. 170) –, em relação à qual a autonomia privada teria um caráter instrumental, funcionalizando-a aos objetivos e valores da Constituição.⁹⁰ De qualquer modo, quando promulgada esta, o Código Civil de 1916 já estava em processo de ser substituído pelo Código Civil de 2002⁹¹, que viria a consagrar a função social do contrato.

⁸⁷ MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado social. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 40/41, p. 13-27, jul./dez. 2012. p. 16.

⁸⁸ A noção de função social da propriedade já estava presente na Constituição de 1934 (art. 113, 17), bem como na Constituição de 1946 (art. 147), sendo expressamente mencionada pela primeira vez na Constituição de 1967 (art. 157, III), embora o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964) já o fizesse ao regulamentar a função social da propriedade rural.

⁸⁹ No plano infralegal, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976) já tratava da função social da empresa (art. 116, parágrafo único, e art. 154).

⁹⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 85.; MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1., p. 41-66, maio 2005. p. 45.; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 112 e 117-118.

⁹¹ Em que pese promulgado apenas em 2002, o Anteprojeto do código, cuja elaboração havia iniciado em 1969, foi encaminhado ao Congresso Nacional já em 1975. MARINHO, Josaphat. O projeto do novo Código Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 146, p. 5-13, abr./jun. 2000. p. 5-6.

É certo que muito do código antigo foi mantido, assim como boa parte da cultura jurídica construída na sua vigência foi absorvida pelo código atual.⁹² Este, todavia, também buscou “superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração”.⁹³ Destacam-se, nesse ponto, os princípios da eticidade e da socialidade, que permeiam o Código Civil de 2002. Conforme Miguel Reale⁹⁴, enquanto pelo primeiro permite-se uma maior abertura do direito aos valores éticos, com o abandono do formalismo do código anterior e a adoção de fórmulas como a boa-fé e a equidade, pelo segundo privilegiam-se os valores coletivos em relação aos individuais, os quais, contudo, não foram eliminados em razão do “valor fundante da pessoa humana”, em consonância com o art. 1º, III, da Constituição, que eleva a dignidade da pessoa humana a fundamento da república.

A esses dois princípios, soma-se, ainda, o da operabilidade. Uma das suas projeções é a redação de normas jurídicas abertas, exigindo a sua concreção por parte dos operadores do direito e possibilitando que o seu conteúdo possa ser alterado diante das mudanças sociais,⁹⁵ o que impede que o código se torne obsoleto, com normas apartadas da realidade. Nesse sentido, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados são encontrados em pontos centrais do código,⁹⁶ como é o caso, no direito contratual, das cláusulas gerais da função social do contrato (art. 421) e da boa-fé objetiva (art. 422).

São justamente esses dois artigos que abrem – ou abriam, até a inclusão do artigo 421-A em 2019 – a parte do direito dos contratos, o primeiro vinculando a liberdade contratual à função social do contrato e o segundo impondo aos contratantes um padrão ético de conduta. Somando-os aos diversos dispositivos que buscam garantir maior igualdade nas relações contratuais, como aqueles relativos aos contratos de adesão (arts. 423 e 424), não restam

⁹² TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 111, p. 85-100, 2016. p. 96-97.

Relevantes para tanto foram algumas das diretrizes estabelecidas pela comissão de juristas responsável pela elaboração do Código Civil de 2002 e coordenada por Miguel Reale: a preservação ao máximo do texto do código anterior, quando mudanças não fossem necessárias, e a incorporação das soluções normativas construídas pela jurisprudência ao longo da sua vigência. REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil. In: SENADO FEDERAL. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2005. p. 25-26.

⁹³ REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil. In: SENADO FEDERAL. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2005. *E-book*. p. 25.

⁹⁴ REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13/14, p. 139-150, jan./dez. 1998. p. 140 e 147-148.

⁹⁵ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 9, p. 9-17, jan./mar. 2002. [s.p.].

⁹⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 54.

dúvidas de que o Código Civil de 2002 consolidou um modelo de contrato mais consentâneo com os rumos do Estado social.

2.3 Função social

O art. 421 do Código Civil dispõe que “[a] liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.⁹⁷ Trata-se de dispositivo redigido a partir da técnica legislativa da cláusula geral, de modo que a sua redação é propositalmente aberta. Conforme Judith Martins-Costa⁹⁸, o texto normativo das cláusulas gerais apresenta conceitos vagos e, por vezes, não indica as respectivas consequências jurídicas.

No caso do art. 421, embora a liberdade contratual esteja claramente vinculada à função social do contrato, esta última expressão não é definida, assim como não o são as consequências de um exercício da liberdade contratual em desacordo com ela. Não por acaso, não há exatamente um consenso doutrinário acerca da função social do contrato, existindo várias teorias sobre o tema.

Antes, contudo, de elencar algumas dessas teorias, é necessário tentar entender, por mais vaga que seja, o que significa a expressão “função social”, especialmente em relação ao contrato. Destaca-se, assim, que o termo “função” possui diversos significados, os quais variam conforme a área de conhecimento (biologia, sociologia, matemática etc.). Há dois deles, destacados por Carlos Ferreira de Almeida⁹⁹, que são particularmente interessantes para o direito: o sentido instrumental e o sentido orgânico. Outro sentido interessante é o de serviço, ao qual faz referência Eduardo Tomasevicius Filho¹⁰⁰. Frequentemente utilizados de forma implícita pela doutrina, são sentidos complementares que permitem melhor compreender a funcionalização dos institutos jurídicos e a afirmação de que possuem uma função social.

⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 145.

⁹⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, 1992 *apud* MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 56, p. 22-45, out./dez. 2005. [s.p.].

¹⁰⁰ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 168, p. 197-213, out./dez. 2005. p. 201.

2.3.1 Sentido instrumental

O primeiro sentido de função é o instrumental, que se relaciona mais diretamente com a noção de finalidade. Instrumento é um “meio utilizado para obter um resultado”.¹⁰¹ Assim, sob essa perspectiva, o termo função se refere a uma relação entre meio e fim.

O direito, as normas jurídicas, os direitos subjetivos, os institutos jurídicos, todos têm uma função. Aristóteles¹⁰² já afirmava que “[t]oda arte e toda investigação, e semelhantemente toda ação e toda escolha parecem tender a um bem qualquer”, ou seja, a um fim. O ato de edição de uma norma sempre visa a um fim; caso contrário, ela não teria razão para existir. A legislação brasileira, consciente disso, dispõe que o juiz, ao aplicar a lei, “atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)¹⁰³.

Desse modo, afirmar que um instituto jurídico tem uma função significa que ele é meio ou instrumento para alcançar determinado fim. Gerson Branco¹⁰⁴ esclarece que, ao se estudar a função de um instituto jurídico, tem-se em vista o seu caráter instrumental em relação a uma finalidade predeterminada pelo direito. Nesse sentido, Luis Renato Ferreira da Silva¹⁰⁵ sustenta que funcionalizar um instituto significa atribuir a ele uma finalidade, cujo atingimento é a razão do seu reconhecimento jurídico, concebendo-se, assim, um poder-dever ao seu titular, pois o exercício desse poder está condicionado ao atingimento do seu respectivo fim.

Não é, portanto, o titular de um direito subjetivo ou de um instituto jurídico que define para o que eles servem ou o que se pode fazer com eles: é o próprio direito, na medida em que ele os concebe em razão de determinadas finalidades, que, pela própria natureza do direito, são sociais. Por essa razão, o art. 187 do Código Civil qualifica como ato ilícito o exercício disfuncional de direitos¹⁰⁶. No caso da propriedade rural e da propriedade urbana, isso se mostra mais evidente ainda, já que a Constituição estabelece mecanismos para assegurar o

¹⁰¹ INSTRUMENTO. *In*: MICHAELIS: dicionário brasileiro da língua portuguesa. [S.l.]: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/instrumento/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

¹⁰² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2015. p. 17.

¹⁰³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**.

¹⁰⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A cláusula geral da função social como norma de invalidade dos contratos. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 24, n. 6, p. 6-22, jun. 2012. p. 8.

¹⁰⁵ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 154.

¹⁰⁶ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

cumprimento da sua função social, como a cobrança de impostos progressivos e a desapropriação.¹⁰⁷

Dito isso, é interessante notar que, em relação às propriedades rural e urbana, a Constituição define a sua função social: a da primeira consiste na produtividade do imóvel rural (art. 186)¹⁰⁸, enquanto a da segunda é atender “às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, § 2º)¹⁰⁹. Ao tratar da propriedade em geral, contudo, a Constituição se limita a estabelecer que “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º, XXIII)¹¹⁰, assim como o Código Civil determina que “[o] direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais” (art. 1.228, § 1º)¹¹¹. Não há uma definição dessa função ou dessas finalidades.

A razão para tanto é que, embora concebida de forma abstrata, a propriedade recai concretamente sobre objetos específicos. Assim, definir a função específica de determinada propriedade depende do seu objeto, como evidenciado pelas distintas funções que têm a propriedade rural e a propriedade urbana. A função social da propriedade em geral, a fim de abranger toda e qualquer propriedade, somente poderia ser definida em termos genéricos, como o faz Fábio Konder Comparato¹¹² ao afirmar que ela impõe ao proprietário um poder-dever de dar ao objeto do direito de propriedade uma destinação conforme o interesse coletivo, a qual naturalmente varia conforme o próprio objeto: a dos bens de produção é uma, a dos bens de consumo é outra e assim por diante.

Semelhantemente, quanto à função social da empresa pública e da sociedade de economia mista, o art. 27 da Lei nº 13.303/2016 dispõe que é a “realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização

¹⁰⁷ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 155.

¹⁰⁸ O art. 186, I e IV, da Constituição fala em “aproveitamento racional e adequado” da propriedade rural e “exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”, indicando a necessidade de utilização do imóvel para alguma atividade. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Em complemento, dispõe o art. 2º, § 1º, c, do Estatuto da Terra que a “propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando [...] mantém níveis satisfatórios de produtividade”. BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**.

As demais exigências estabelecidas pela legislação – bem-estar dos proprietários e trabalhadores, observância da legislação trabalhista, preservação do meio ambiente – pressupõem e gravitam em torno da finalidade principal, a produtividade.

¹⁰⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹¹¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

¹¹² COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 63, p. 71-79, jul./set. 1986. p. 75.

legal para a sua criação”.¹¹³ Cada empresa estatal, portanto, possui uma função social específica, de acordo com a finalidade para a qual foi criada.

Transpondo essa lógica ao contrato, não surpreende que o Código Civil não tenha definido a sua função social. Embora seja possível dizer que esta é a circulação de riquezas,¹¹⁴ é necessário ter em mente que essa circulação ocorre concretamente e se especifica em diversos tipos de operações econômicas, como a compra e venda, a prestação de serviços, a locação de imóvel urbano, o seguro e outras, que possuem, cada uma, uma finalidade específica.

Muitas delas são disciplinadas pela legislação: é o caso dos contratos típicos. Por conseguinte, se se considerar que, sob a perspectiva instrumental, o meio deve ser adequado ao fim e, portanto, o conteúdo do contrato deve ser adequado à finalidade a que ele visa, é necessário concluir que, ao regulamentar o conteúdo dos contratos típicos, o legislador está, mesmo que implicitamente, definindo a própria finalidade desses contratos. Na verdade, em muitos casos, o legislador é expresso, como em relação a muitos dos contratos previstos no Código Civil. O art. 481, por exemplo, dispõe que “[p]elo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”:¹¹⁵ essa é a finalidade da compra e venda, a razão pela qual ela existe e é tutelada pelo direito.

Conforme Miguel Reale¹¹⁶, a redação do código teve o objetivo de “[t]ornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato”. Quais são esses fins? A partir da perspectiva instrumental, pode-se dizer que são todos aqueles aos quais a autonomia privada pode se dirigir por meio de contratos, especialmente considerando que o art. 425 do Código Civil possibilita a celebração de contratos atípicos, cujos fins obviamente não podem ser definidos pela legislação, já que podem ser os mais variados possíveis; defini-los, na verdade, os tornaria em contratos típicos.

Aqui está presente, portanto, a noção de causa do contrato, que é justamente uma das teorias sobre a função social do contrato.

¹¹³ BRASIL. **Lei nº 13.303/2016, de 30 de junho de 2016.**

¹¹⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 156-157.

¹¹⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

¹¹⁶ REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil. *In*: SENADO FEDERAL. **Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado.** 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2005. *E-book.* p. 42.

2.3.2 Sentido orgânico

O segundo sentido de função é o orgânico, que, embora tenha origem nas ciências biológicas,¹¹⁷ é bastante utilizado nas ciências sociais.

Tomando-se em consideração a estrutura de um organismo, formada pelo conjunto das relações entre os elementos que a constituem, pode ser entendida como função a contribuição que a atividade de determinado elemento dá para a continuidade ou a manutenção da estrutura como um todo.¹¹⁸ Para tanto, pressupõe-se a existência de uma unidade funcional da estrutura, de modo que haja uma certa harmonia entre as atividades dos elementos singulares;¹¹⁹ caso contrário, a manutenção da estrutura é posta em risco. No organismo humano, por exemplo, as células, os tecidos, os órgãos e os sistemas contribuem, cada um ao seu modo e em harmonia, para a manutenção da vida, possuindo, portanto, uma função.

Aplicado às ciências sociais, esse sentido possibilita ver a sociedade como um organismo, cuja estrutura é composta e perpetuada pelas relações que os indivíduos singulares, bem como os grupos sociais em que se organizam mantêm entre si.¹²⁰ Essas relações, entre as quais se incluem, por exemplo, as relações de circulação de riquezas, são reguladas e eventuais conflitos são resolvidos pelo direito, o qual, por conseguinte, busca garantir a harmonia necessária para a manutenção da estrutura social.

Sob essa perspectiva, pode-se concluir que, assim como a totalidade das funções em um ser vivo garantem a sua vida, a totalidade das funções na sociedade devem garantir a manutenção da vida social. Nesse sentido, Karl Renner¹²¹ sustenta que o conjunto de todos os institutos jurídicos¹²² existentes em determinada época devem cumprir uma função geral, a de preservação da espécie humana, a qual compreende todas as demais funções. Como esse fim é atingido depende do modo como a regulação do trabalho e dos bens é realizada em uma determinada sociedade, sendo possível, no entanto, identificar três funções gerais, presentes em todas as sociedades: a de produção, a de distribuição e a de consumo de bens.¹²³

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 103.

¹¹⁸ RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. On the concept of function in social science. **American Anthropologist**, [s.l.], v. 37, n. 3, part 1, p. 394-402, jul./set. 1935. p. 395-396.

¹¹⁹ RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. On the concept of function in social science. **American Anthropologist**, [s.l.], v. 37, n. 3, part 1, p. 394-402, jul./set. 1935. p. 397.

¹²⁰ RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. On the concept of function in social science. **American Anthropologist**, [s.l.], v. 37, n. 3, part 1, p. 394-402, jul./set. 1935. p. 396.

¹²¹ RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Londres: Routledge & Kegan Paul Limited, 1949. p. 70.

¹²² Vale destacar que, por trás dos institutos jurídicos, há relações sociais reguladas por eles.

¹²³ RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Londres: Routledge & Kegan Paul Limited, 1949. p. 74.

Essas funções, que são abstrações, adquirem formas específicas concretamente por meio dos institutos jurídicos que as desempenham em uma determinada sociedade.¹²⁴ Alguns exemplos mais evidentes são a propriedade dos meios de produção e o contrato de trabalho em relação à função de produção, o contrato de compra e venda em relação à função de distribuição e a propriedade dos bens de consumo em relação à função de consumo. Assim, Renner¹²⁵ afirma que os institutos possuem uma função econômica, correspondente ao papel que desempenham em um determinado processo econômico, considerado isoladamente, a qual, porém, é qualificada como função social quando esse processo singular é visto como parte do processo geral de preservação da espécie humana.

A função social, portanto, seria a contribuição do instituto jurídico para a função última. A função, assim considerada, é vista a partir de uma perspectiva externa, pois se refere à função socioeconômica ou política de um instituto na organização da sociedade.¹²⁶ Não se trata propriamente do fim imediato de um instituto, mas sim a relação deste fim com um fim maior e mediato, para o qual contribui.

A perspectiva orgânica propicia várias conclusões. Em primeiro lugar, ela permite compreender que não há exatamente uma diferença entre função social e função econômica: trata-se, na verdade, de uma questão de perspectiva. O contrato, como visto, é um instrumento para regulamentação de interesses próprios e para circulação de riquezas, ao que se poderia afirmar que ele possui uma função individual e uma função econômica. Afirmer, em adição, que ele possui uma função social não significa que esta se contrapõe àquelas como algo distinto, mas sim que o reconhecimento jurídico do contrato enquanto instrumento da autonomia privada é importante para o funcionamento de determinada sociedade¹²⁷ e, portanto, possui uma função social.

¹²⁴ RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Londres: Routledge & Kegan Paul Limited, 1949. p. 74-75.

¹²⁵ RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Londres: Routledge & Kegan Paul Limited, 1949. p. 57-58.

¹²⁶ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de direito privado e social: contratos, meio ambiente e tutela coletiva** (Coleção teoria e história do direito). São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. p. 22.

¹²⁷ Conforme Emilio Betti, “nenhuma ordem social pode ignorar esta simples verdade: que a vida é movimento e exige uma perene renovação das posições dos vários consorciados relativamente aos bens [...]. A necessidade de uma circulação dos bens e dos serviços não poderia ser ignorada por muito tempo. A perene *renovação* da distribuição dos bens existentes, a sua *circulação*, a utilização dos serviços, de um modo geral o desenvolvimento de relações entre particulares, garantindo a capacidade de colaboração, nos escopos comuns, por parte dos diversos membros, asseguram a vitalidade e a coesão do próprio organismo social. Constitui, portanto, uma necessidade fundamental da vida de relações prover a esses fins – de acordo com os ordenamentos – por meio de uma nova distribuição de bens e tarefas, por intermédio da autoridade, ou mediante o reconhecimento da autonomia privada.” BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 78-79.

Outro ponto que merece destaque é a ideia de unidade funcional, que exige harmonia. Se o contrato, enquanto instituto jurídico, cumpre uma função social, ele não pode ser utilizado de forma disfuncional, especialmente no sentido de ser prejudicial ao organismo social¹²⁸, assim como o cumprimento da sua função social não pode ser posta em risco ou impedida. Isso significa, concretamente, que as relações contratuais não podem ignorar o seu entorno, violando direitos coletivos ou de terceiros, ao passo que estes não podem ignorar o contrato, como se ele não existisse. Como será visto, uma das teorias sobre a função social do contrato trata justamente dessas questões.

A harmonia também ocorre entre a função dos institutos singulares e as funções últimas do direito, de modo que, se estas mudam, o instituto deve, se necessário, se adequar a tanto, sob pena de se tornar irrelevante ou disfuncional. Atualmente, o direito não se contenta com a pura e simples manutenção da estrutura social e a preservação da espécie humana: na passagem do Estado liberal para o Estado social, o direito deixou de ter, na linguagem de Bobbio¹²⁹, uma função de mero controle social para também exercer uma função de direção social, tendo em vista determinados objetivos e valores, que são, em última análise, aqueles dispostos no texto constitucional.

Essa mudança naturalmente traz consequências para determinados institutos. No caso do contrato, pode-se dizer que a substituição do individualismo pela socialidade impede que ele seja utilizado para fins individuais que ofendam interesses sociais, assim como a igualdade material tem como reflexo o princípio do equilíbrio econômico em casos de vulnerabilidade de umas das partes. Até mesmo a boa-fé objetiva, que impõe a cooperação entre os contratantes para se alcançar a finalidade do contrato, pode ser vista como uma exigência da ideia de solidariedade.¹³⁰

Uma ressalva, contudo, deve ser feita: existe uma distância entre a função de um instituto e a função do direito. O direito, por si só, possui diversas funções, as quais, embora estejam encadeadas, geralmente não se encontram no mesmo plano, como a organização do poder, a solução de conflitos, a segurança ou a ordem e a justiça social.¹³¹ Assim, Bobbio alerta

¹²⁸ Em relação à propriedade, é interessante, nesse sentido, que o art. 1.228, parágrafo único, do Código Civil estabelece que o seu exercício, além de consentâneo com as suas finalidades econômicas e sociais, deve ser tal de tal modo “que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

¹²⁹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri: Manole, 2007. p. 79.

¹³⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 152-153.

¹³¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri: Manole, 2007. p. 106-107.

que, na busca da função última do direito, corre-se “o risco de trocar o ser pelo dever-ser e de saltar, sem se dar conta, do problema de qual seja a função do direito em uma dada situação para o problema de qual deva ser”.¹³²

Tome-se novamente o contrato como exemplo: alguns autores, como referido, entendem que a autonomia privada se encontra implícita ou pressuposta na ideia de livre iniciativa, prevista pela Constituição tanto como fundamento da república como da ordem econômica, que têm como objetivos, respectivamente, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (arts. 1º, IV, e 3º, I) e a justiça social (art. 170). É evidente que esses fins não podem ser atribuídos diretamente ao contrato enquanto instituto jurídico e, muito menos, a uma relação contratual concreta entre dois particulares. Como salienta Gerson Branco¹³³, o “contrato não serve como instrumento de distribuição de renda, de realização da justiça social ou de promoção de fins típicos do Estado”, pois ele é, antes de tudo, um instrumento da autonomia privada.

Isso não significa que o contrato não contribua, à sua maneira, para alcançar esses fins – ele é, afinal, um instrumento de cooperação entre pessoas e de circulação de riquezas e uma das principais formas de expressão da liberdade –, tampouco que ele não deva estar em harmonia com os objetivos e valores constitucionais, de modo a, ao menos, não impedir a sua consecução e concretização. Deve-se ter cuidado, no entanto, para não inflacionar desmedidamente os fins últimos do direito e os atribuir diretamente a determinados institutos que, por sua natureza, não os realizam ou, quando muito, o fazem de forma indireta, por consequência desfigurando esses institutos.

2.3.3 Sentido de serviço

O terceiro sentido referido é o de serviço, “um ato ou ação útil aos interesses de alguém”.¹³⁴

Conforme Eduardo Tomasevicius¹³⁵, a função social pode, sob essa ótica, ser entendida a partir de uma relação entre o titular de um direito, enquanto funcionário, e a sociedade, como

¹³² BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 107.

¹³³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 296.

¹³⁴ SERVIÇO. In: MICHAELIS: dicionário brasileiro da língua portuguesa. [S.l.]: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/servi%C3%A7o/>. Acesso em: 05 set. 2022.

¹³⁵ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 168, p. 197-213, out./dez. 2005. p. 201.

beneficiária do exercício desse direito. Em sentido semelhante, Judith Martins-Costa¹³⁶ e Claudio Godoy¹³⁷, por exemplo, explicam que a funcionalização de um instituto jurídico ou de um direito subjetivo consiste na concepção de um poder voltado à satisfação de interesses e objetivos não meramente individuais, mas também sociais.

No caso da propriedade rural e da empresa, esse sentido não traz maiores questionamentos, tendo em vista que ambos envolvem efetivamente interesses que não se resumem aos do proprietário e do empresário, como aqueles dos empregados e dos consumidores¹³⁸. Por outro lado, em casos como o do contrato, em que a sociedade não faz parte da relação contratual, ou de bens de uso pessoal ou de consumo, cuja utilização é evidentemente individual, esse sentido parece, à primeira vista, problemático. Assim, em relação a estes bens, Orlando Gomes¹³⁹, na linha de Stefano Rodotà, refere que a propriedade não teria uma função social. Da mesma forma, Eduardo Tomasevicius¹⁴⁰ sustenta que somente teriam uma função social contratos que provocam externalidades.

Se, no entanto, se considerar que as finalidades dos institutos jurídicos e dos direitos subjetivos, mesmo aqueles com caráter mais egoístico, como o contrato e os direitos de crédito, são sempre sociais,¹⁴¹ na medida em que eles exercem um papel na ordenação da sociedade, havendo, portanto, por trás dos interesses individuais do titular, interesses sociais que justificam o seu reconhecimento jurídico, a questão fica de certo modo superada. Assim, o simples exercício de uma posição jurídica de acordo com a sua finalidade, sem causar prejuízos a terceiros, traria um benefício à sociedade, mesmo que, em muitos casos, de forma indireta.

Vale destacar que, embora possa ser compreendida como um organismo, a “sociedade não é mais do que a totalidade dos seus membros”,¹⁴² os quais não se resumem a meros

¹³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 158.

¹³⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 131.

¹³⁸ O art. 186, IV, da Constituição estabelece como requisito da função social da propriedade rural a “exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”; da mesma forma, o art. 2º, § 1º, a, do Estatuto da Terra prevê que a propriedade rural deve favorecer “o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias”. BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.**; BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

O art. 27, § 1º, I, da Lei nº 13.303/2016, por sua vez, dispõe que a empresa estatal deve visar à “ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos [seus] produtos e serviços”. BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**.

¹³⁹ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. *E-book*. p. 120.

¹⁴⁰ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 168, p. 197-213, out./dez. 2005. p. 206-208.

¹⁴¹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 82-84.

¹⁴² BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 67.

funcionários daquela como se ela tivesse vida própria, como ocorre nos organismos vivos. Mesmo nas relações de justiça particular, entre as quais se inserem as relações contratuais, visa-se indiretamente o bem comum, ou seja, o “bem de todas as pessoas que compõem a sociedade”.¹⁴³ É evidente, portanto, que, além de beneficiarem diretamente os contratantes, os contratos, como a compra e venda, a prestação de serviços, o plano de saúde e outros, beneficiam indiretamente a sociedade, pois são essenciais ao seu funcionamento e à sua manutenção.

Verifica-se, em conclusão, que os três sentidos de função mencionados não deixam de estar relacionados. Pode-se dizer que os institutos jurídicos e os direitos subjetivos são reconhecidos pelo ordenamento jurídico de determinada sociedade tendo em vista certas finalidades sociais, possuindo, assim, uma função social, que, em última análise, deve estar de acordo com os objetivos gerais e os valores positivados pelo ordenamento jurídico. Para que cumpram a sua função social, porém, é necessário que os seus titulares os exerçam em consonância com os seus respectivos fins, beneficiando, nesse processo, a sociedade como um todo, mesmo que indiretamente.

Nesse sentido, abstratamente, a função do contrato, na sociedade, é a circulação de riquezas. Mais concretamente, cada tipo de contrato possui uma finalidade e, além de representar uma operação econômica útil para as suas partes, também contribui para o funcionamento da sociedade. Basta cogitar da hipótese de eliminação, por exemplo, dos contratos de locação de imóvel residencial ou de plano de saúde para se ter em vista os inúmeros problemas sociais que daí decorreriam.

2.4 Teorias sobre a função social do contrato

Há diversas teorias sobre a função social do contrato. Humberto Theodoro Júnior¹⁴⁴, por exemplo, entendendo que função econômica e função social são coisas distintas, sustenta que a função do contrato é precipuamente econômica, de modo que a função social, enquanto manifestação do princípio da socialidade, apenas impõe a conciliação dos interesses dos contratantes com os da sociedade, o que, contudo, deve ser realizado por meio dos institutos já previstos pelo ordenamento jurídico para invalidação ou revisão do contrato, como os vícios do negócio jurídico e as hipóteses de nulidade e de revisão.

¹⁴³ BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 67-68.

¹⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*. p. 119-122 e 127-130.

Já Flávio Tartuce, afirmando que a função social tem uma eficácia interna e outra externa ao contrato, elenca diversas teorias, tendências e institutos que seriam projeções suas:

Em resumo, a eficácia interna da função social dos contratos pode ser percebida: a) pela mitigação da força obrigatória do contrato; b) pela proteção da parte vulnerável da relação contratual, caso dos consumidores e aderentes; c) pela vedação da onerosidade excessiva; d) pela tendência de conservação contratual, mantendo a autonomia privada; e) pela proteção de direitos individuais relativos à dignidade humana; f) pela nulidade de cláusulas contratuais abusivas por violadoras da função social; e g) pela tese da frustração do fim da causa.

Por outro lado, a eficácia externa da função social dos contratos pode ser extraída das hipóteses em que um contrato gera efeitos perante terceiros (tutela externa do crédito, nos termos do Enunciado n. 21 do CJP/STJ); bem como das situações em que uma conduta de terceiro repercute no contrato. Também, denota-se essa eficácia externa pela proteção de direitos metaindividuais e difusos. Como exemplo de eficácia externa, ainda pode ser citada a função socioambiental do contrato.¹⁴⁵

Três teorias merecem destaque. A primeira é a que vê na função social do contrato a sua causa, esta entendida como a função econômico-social do contrato, especialmente de acordo com a teoria desenvolvida por Emilio Betti, a qual, segundo Gerson Branco¹⁴⁶, teria sido acolhida pelo art. 421 do Código Civil. A segunda, talvez a mais popular, muito por influência de Antonio Junqueira de Azevedo¹⁴⁷, é a que defende ser a função social do contrato uma mitigação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Por fim, tem-se a teoria que identifica na função social do contrato um fundamento para a manutenção das relações contratuais em certas hipóteses, relacionando-se, de modo interessante, com os princípios do equilíbrio econômico e da boa-fé objetiva, os quais, como visto, são dois princípios contratuais modernos quando comparados com os clássicos.

¹⁴⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 109.

¹⁴⁶ Conforme o autor, em estudo sobre as origens doutrinárias da função social do contrato e a elaboração do art. 421 do Código Civil, “[a] concepção de autonomia privada adotada no artigo 421 do Código Civil segue a formada no direito italiano, com traços que identificam, principalmente, o acolhimento das idéias da doutrina italiana desenvolvida entre o final do século XIX e meados do século XX, em especial do pensamento de Emilio Betti, para quem o contrato deve corresponder a funções típicas de cooperação socialmente úteis entre os membros da comunidade.” BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 306.

¹⁴⁷ Frequentemente citado pela doutrina é o seu parecer em que tece considerações sobre a função social do contrato: Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

2.4.1 Causa do contrato

Uma das teorias acerca do art. 421 do Código Civil é aquela que vê a função social do contrato como a sua causa. A noção de causa no direito contratual é, por si só, objeto de controvérsia, ainda mais no Brasil, em que o Código Civil não a inclui entre os requisitos de validade do negócio jurídico. Há quem entenda que a causa não é elemento do contrato e há quem entenda o contrário, e, mesmo entre estes, há divergência¹⁴⁸. Cumpre aqui destacar, no entanto, a teoria da causa enquanto função econômico-social de cada tipo contratual.

Para Betti, o conteúdo do negócio jurídico é um preceito da autonomia privada, um regramento por meio do qual os particulares regulam os seus próprios interesses nas relações privadas, tendo em vista certos escopos práticos. Assim, subjacente a todo negócio, há uma finalidade ou resultado que se pretende alcançar, pois ninguém conclui um negócio como se ele fosse um fim em si mesmo, mas sim em razão do escopo a que ele visa, o qual é a sua causa, uma razão prática ou um interesse objetivo e socialmente verificável imanente a todo regulamento de interesses.¹⁴⁹

A causa, desse modo, se identifica com a função econômico-social que caracteriza o negócio abstratamente considerado, o tipo, e que consiste na síntese funcional dos seus elementos essenciais.¹⁵⁰ Por isso, causa, função e tipo são termos correlatos: todo negócio, em abstrato, possui uma causa, que nada mais é do que a sua função econômico-social, a qual o define, distinguindo-o dos demais tipos negociais. Na compra e venda, por exemplo, é a transferência da propriedade de uma coisa por uma quantia em dinheiro.

A causa distingue-se dos motivos. Estes são as razões ou interesses individuais que levam alguém a concluir, em concreto, determinado negócio. Eles são, em geral, irrelevantes para o direito, pois são “essencialmente subjetivos e internos, contingentes, variáveis, múltiplos, diversos e, com frequência, até contraditórios”; são, em suma, imponderáveis, não sendo passíveis de uma valoração social positiva, salvo quando integram o próprio conteúdo do negócio.¹⁵¹ Já a causa é a razão ou interesse objetivo que se encontra presente em todos

¹⁴⁸ Conforme Orlando Gomes, “[o]s anticausalistas contestam a independência da causa como elemento essencial do negócio jurídico, ou sustentam que é uma noção inútil para a determinação de sua eficácia, cuja obscuridade concorre para dificultá-la, sem vantagem. [...] Os causalistas cindem-se, tomando caminhos bem diversos. [...] Para os subjetivistas clássicos, consiste o problema da causa em determinar o fundamento da obrigação contratual, indagando-se a razão para a qual é contraída. [...] Os objetivistas preocupam-se com a significação social do negócio e sua função, desprezando a noção de causa de sua conotação psicológica, que dificultava distingui-la da motivação subjetiva.” GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 270-271.

¹⁴⁹ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 252.

¹⁵⁰ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 262 e 265.

¹⁵¹ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 258.

negócios concretos pertencentes a um mesmo tipo, dedutível do seu conteúdo e, por isso, valorável socialmente, normalmente fazendo parte do próprio processo volitivo do agente.¹⁵²

Pode-se concluir, assim, que a causa é o motivo típico e o fim imediato do negócio.¹⁵³ Se alguém, por exemplo, quer adquirir uma casa, independentemente de quais sejam os seus motivos individuais (para nela residir, para investir, para posteriormente doá-la), não irá concluir um contrato de locação, mas sim um de compra e venda ou, eventualmente, de troca, tipos contratuais cujas funções atendem ao seu desejo, isto é, são um meio adequado ao fim a que visam.

Também não se confunde a causa com o objeto do negócio. Enquanto o objeto é o conjunto de atos que as partes se obrigam a praticar, isoladamente considerados, a causa é o seu entrosamento finalístico.¹⁵⁴ É a síntese dos elementos essenciais do tipo negocial, que constituem uma totalidade e unidade funcional, comum a ambas as partes.¹⁵⁵

A causa tem tanto uma relevância político legislativa quanto uma relevância jurídica. Em relação à primeira, a causa é a própria razão da tutela jurídica de determinado tipo de negócio, na medida em que o direito somente reconhece e protege negócios cujas funções são socialmente relevantes e úteis.¹⁵⁶

Decorrência natural disso é que problemas relacionados à causa trazem consequências ao negócio. Pode ser, por exemplo, que haja uma divergência entre o interesse individual que determina a celebração de um negócio concreto e o interesse objetivo que caracteriza o respectivo tipo negocial, fazendo com que sirva a um escopo não coincidente com a sua função e, nesse sentido, antissocial.¹⁵⁷ Exemplo é o pacto comissório, que consiste na utilização do contrato de compra e venda com fim de garantia, ou seja, com função distinta da sua função típica, o que tem sido vedado pela jurisprudência brasileira.¹⁵⁸

É possível também que o próprio fim do negócio seja ilícito. Nesse caso, mesmo se as prestações das partes, consideradas isoladamente, forem lícitas, a ilicitude da causa contamina todo o negócio.¹⁵⁹ A causa pode, ainda, faltar originariamente, quando um dos elementos essenciais do negócio não existe, ou na execução, quando o propósito do negócio se mostra

¹⁵² BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 268-270.

¹⁵³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 87.

¹⁵⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 88.

¹⁵⁵ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 263-264.

¹⁵⁶ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 91 e 272-273.

¹⁵⁷ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 255.

¹⁵⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A cláusula geral da função social como norma de invalidade dos contratos. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 24, n. 6, p. 6-22, jun. 2012. p. 14-15.

¹⁵⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 87.

inatingível supervenientemente, tornando o negócio nulo no primeiro caso e possibilitando a sua resolução no segundo.¹⁶⁰

A relevância jurídica da causa, por sua vez, está na determinação do conteúdo mínimo indispensável ao tipo negocial, bem como dos seus efeitos jurídicos. Em relação aos efeitos, já se fez referência anteriormente: o direito atribuí ao negócio aqueles efeitos mais conformes a sua função econômico-social.

Quanto ao conteúdo, a causa, por ser constante em todos os negócios concretos do mesmo tipo, permite identificar os elementos essenciais de cada tipo negocial, aqueles necessários ao cumprimento da sua função econômico-social.¹⁶¹ Esses elementos constituem o conteúdo mínimo necessário de cada tipo e, sendo a causa a razão da tutela jurídica do negócio, não podem as partes, no exercício da autonomia privada, modificá-los,¹⁶² sob pena de se permitir que o negócio não cumpra a função que lhe é reconhecida. Por consequência, inexistindo um dos seus elementos essenciais, o negócio concreto de determinado tipo é nulo por falta de causa, como no caso do contrato de seguro sem risco.¹⁶³ Por outro lado, ele eventualmente pode ser requalificado como pertencente a outro tipo negocial, como a compra e venda sem preço ou com preço vil, que se considera doação.¹⁶⁴

Por fim, cumpre destacar que as causas são típicas, afirmando Betti¹⁶⁵ que todo tipo negocial, definido pela sua causa, deve ser logicamente anterior à celebração do negócio concreto. No caso dos contratos típicos, cujas causas se encontram expressamente determinadas pela lei, tal afirmação não levanta maiores problemas; o questionamento fica para os contratos atípicos.

Assim, explica o autor que, além da tipicidade legal, existe a tipicidade social. Esta se refere às causas aprovadas pela consciência social, a partir de suas valorações econômicas e éticas, na medida em que correspondem a necessidades práticas e interesses objetivos constantes na vida em sociedade, redutíveis a tipos gerais como a troca de bens ou serviços, a cooperação, a beneficência.¹⁶⁶ Essas causas são reconhecidas e protegidas juridicamente quando o direito, por meio da jurisprudência, as considera, além de lícitas, merecedoras de

¹⁶⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 87-88.

¹⁶¹ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 267-268.

¹⁶² BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 266.

¹⁶³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 87-88.

¹⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **civilística.com**, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 1-24, 30 jan. 2013. p. 13.

¹⁶⁵ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 280.

¹⁶⁶ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 280-281.

tutela por corresponderem a funções de interesse social em razão da sua constância, normalidade e importância na sociedade.¹⁶⁷

Conclui-se, assim, que, considerando essa teoria, o art. 421 do Código Civil, ao vincular a liberdade contratual à função social do contrato, estabelece que os particulares somente podem celebrar contratos que visem a fins merecedores de tutela jurídica. Nos contratos típicos, esse merecimento já está implícito na sua própria regulamentação; nos contratos atípicos, está sujeito a um juízo sobre a licitude e a utilidade social dos respectivos fins.

Consequentemente, sendo a finalidade do contrato a razão da sua tutela jurídica, o juiz pode, no caso concreto, controlar o conteúdo contratual, caso este não esteja de acordo com aquela, tendo em vista que, retomando o sentido instrumental, o meio deve ser adequado ao fim. Pode, ainda, verificar que o contrato pertence, na verdade, a um tipo distinto daquele que as partes alegam pertencer, aplicando, assim, a disciplina legal correta.

2.4.2 Flexibilização do princípio da relatividade

Outra teoria entende que a função social do contrato implica em uma mitigação do princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Enquanto a teoria anterior tem um foco maior no caráter instrumental do contrato, esta foca na sua dimensão social, vendo-o como um fato social capaz de afetar terceiros e passível de ser por eles afetado.

Quanto à possibilidade de um contrato ser afetado por terceiros, a função social seria o fundamento da oponibilidade do contrato a terceiros ou da tutela externa do crédito. Assim, sustenta Teresa Negreiros¹⁶⁸ que a função social do contrato impõe aos terceiros que conhecem determinada relação contratual um dever de abstenção quanto à prática de atos capazes de prejudicar ou impedir a satisfação dos créditos decorrentes do contrato.

Entre esses atos, inclui-se a celebração de um contrato entre um terceiro e uma das partes de determinada relação contratual quando há uma incompatibilidade entre esta e aquele, prejudicando, assim, a contraparte e configurando um exercício da “liberdade de contratar em desacordo com a sua função social”.¹⁶⁹ Exemplo dessa hipótese é o caso analisado no referido parecer de Antonio Junqueira de Azevedo, o qual dizia respeito a distribuidoras de combustível

¹⁶⁷ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 273 e 282-283.

¹⁶⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 272-273.

¹⁶⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 255.

que vendiam produtos a postos revendedores que possuíam um vínculo contratual de exclusividade com outra distribuidora.

Diante da existência desse dever genérico de respeitar as relações contratuais e não as prejudicar, atos que o violam se constituem naturalmente em atos ilícitos. Possibilita-se, assim, a responsabilização extracontratual do terceiro pelos danos causados aos contratantes, além de permitir que estes, caso ainda não consumado o ilícito, tomem as medidas jurídicas capazes de impedi-lo.¹⁷⁰ Ainda, quando ocorre a hipótese de um contratante celebrar novo contrato com terceiro, ignorando contrato anterior com aquele incompatível, há, com base no art. 942, segunda parte, do Código Civil¹⁷¹, responsabilidade solidária entre o terceiro e o contratante ofensores, tratando-se, para o primeiro, de responsabilidade extracontratual e, para o segundo, de responsabilidade contratual.¹⁷²

Em que pese a redação do art. 421 não ter aparentemente muita relação com essa teoria, é inegável que a oponibilidade do contrato a terceiros é essencial para que o contrato possa cumprir a sua função de circulação de riquezas. A oponibilidade está para os terceiros assim como a obrigatoriedade está para os contratantes: se após celebrado o contrato, as suas partes pudessem, sem mais nem menos, descumpri-lo, a figura do contrato não teria nenhuma razão para existir; da mesma forma, sua eficácia ficaria em muito prejudicada se terceiros pudessem simplesmente ignorar o contrato, pondo em risco ou impossibilitando o seu cumprimento pelos contratantes.

Em relação aos contratos capazes de afetar terceiros, não há uma homogeneidade nos exemplos apresentados pela doutrina. A nota comum é a existência de um terceiro determinado ou de uma coletividade, os quais são potencial ou efetivamente afetados por uma relação contratual, seja de forma direta ou indireta.

No caso de coletividades, há aqueles que violam ou ameaçam interesses e direitos metaindividuais e difusos. Os exemplos mais comuns são os contratos que envolvem o mercado e o meio ambiente. Para Judith Martins-Costa¹⁷³, nesses contratos, a função social atua impondo aos contratantes deveres voltados a prevenir a dominação do mercado e a resguardar o meio

¹⁷⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998. [s.p.].

¹⁷¹ “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

¹⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie.** 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 204.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, mai. 2005. p. 56-57.

ambiente. Nesse sentido, destaca Eduardo Tomasevicius¹⁷⁴ que o próprio direito concorrencial e o direito agrário consagram a função social do contrato: a legislação brasileira impede acordos entre agentes econômicos que prejudiquem a livre concorrência ou os consumidores e condiciona a realização de atos de concentração empresarial à existência de benefícios para a sociedade, como o aumento da produtividade ou a melhora da qualidade dos produtos e serviços (arts. 36 e 88 da Lei nº 12.529/2011), ao passo que, nos contratos agrários, prevê a obrigatoriedade de cláusulas contratuais destinadas a assegurar a conservação dos recursos naturais (art. 13 do Estatuto da Terra).

Outros exemplos são dados por Flávio Tartuce, bem como por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, envolvendo a proteção dos consumidores e dos torcedores. Segundo o primeiro autor, violaria a função social um contrato de publicidade que tivesse como objeto uma publicidade abusiva,¹⁷⁵ que é vedada pelo Código de Defesa do Consumidor. Já os dois últimos citam como exemplo a cláusula contratual que obrigou, em corrida de Fórmula 1 ocorrida na Áustria em 2002, o piloto Rubens Barrichello, da Ferrari, a ceder sua posição de primeiro colocado ao seu companheiro de equipe, Michael Schumacher, entendendo os autores que tal cláusula seria lesiva à desportividade da competição e, por consequência, aos torcedores desse esporte, violando, assim, a função social do contrato.¹⁷⁶

No caso de terceiros determinados, exemplo frequente é o contrato de mútuo entre a construtora de um edifício e a instituição financeira que financia a obra, a qual é dada em garantia hipotecária. Nesse sentido, a súmula 508 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que “[a] hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.¹⁷⁷ Assim, o apartamento hipotecado não pode ser executado judicialmente pela instituição financeira caso o mútuo não tenha sido pago pela construtora, mas o apartamento tenha sido quitado pelo adquirente. Nesse caso, reconhece-se que os dois contratos integram uma cadeia ou rede contratual, sendo de conhecimento da instituição financeira que os

¹⁷⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 168, p. 197-213, out./dez. 2005. p. 207-208.

¹⁷⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 127.

¹⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 194-195.

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 308**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=308>. Acesso em: 24 ago. 2022.

apartamentos do imóvel em construção são destinados à venda, razão pela qual ela não pode ignorá-los em prejuízo dos adquirentes.¹⁷⁸

Também costuma ser citado como exemplo o seguro de responsabilidade civil, que busca garantir a indenização de danos causados pelo segurado a terceiros. No seguro obrigatório, o art. 788 do Código Civil confere ao terceiro lesado legitimidade para demandar diretamente contra a seguradora, enquanto no seguro facultativo não há norma semelhante. No entanto, de forma contrária ao entendimento cristalizado na súmula 529 do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁹, sustenta a doutrina que, no seguro facultativo, o segurado também possui tal legitimidade a fim de se garantir o cumprimento da finalidade desse tipo de contrato.¹⁸⁰

Verifica-se, portanto, que são exemplos bastante diversos. Em alguns casos, o próprio contrato é um ato ilícito e prejudicial à sociedade, como os contratos relativos ao direito concorrencial, que podem consistir em infração da ordem econômica. Em outros, ele não é propriamente ilícito, mas sim potencialmente lesivo, como os contratos agrários, que envolvem a exploração do meio ambiente, a qual deve respeitar as normas ambientais. No caso do seguro de responsabilidade civil facultativo, o que ocorre é um problema de legitimidade passiva que impede o atingimento da, em tese, finalidade última do contrato, prejudicando indiretamente o terceiro lesado.

De qualquer modo, o interessante dessa teoria é que ela deixa claro que o contrato não é algo alheio ao ambiente social em que se insere, sendo certo que ele não é concebido juridicamente para legitimar a violação de direitos de terceiros, razão pela qual os particulares, ao celebrarem um contrato, não podem ignorar os possíveis efeitos nocivos que ele provocará na sociedade. Ressai, aqui, o sentido orgânico antes mencionado, embora de forma negativa, na medida em que o contrato não deve ser utilizado em prejuízo da sociedade, tornando-se disfuncional.

Sobre essa ideia de que os contratos não podem ser vistos de forma isolada, vale mencionar, ainda, considerando as demais partes desse trabalho, o entendimento de Judith

¹⁷⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 164.; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 199.

¹⁷⁹ “No seguro de responsabilidade civil facultativo, não cabe o ajuizamento de ação pelo terceiro prejudicado direta e exclusivamente em face da seguradora do apontado causador do dano.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 529**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=529>. Acesso em: 25 ago. 2022.

¹⁸⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 162.; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 196-197.

Martins-Costa acerca dos contratos que denomina de comunitários. Esses são aqueles que envolvem uma operação econômica em que, além do interesse das partes de cada relação contratual individualmente considerada, existe o interesse de uma comunidade, formada justamente pelo conjunto dessas relações, como no caso do seguro e do consórcio.¹⁸¹ Nesses tipos de contrato, que se baseiam na solidariedade entre os contratantes, a autora sustenta que a função social do contrato impede que os direitos subjetivos de cada contratante sejam apreciados isoladamente, desconsiderando-se o restante da comunidade e a função econômico-social da operação.¹⁸²

2.4.3 Manutenção da relação contratual

Alguns autores identificam na função social do contrato um fundamento para a manutenção das relações contratuais em determinadas hipóteses.

Associando a função social do contrato à solidariedade social, Luis Renato Ferreira da Silva¹⁸³ entende que o contrato cumpre a sua função social quando possibilita a manutenção das trocas econômicas, as quais, portanto, devem ser úteis e justas, já que, se assim não forem, os contratos possivelmente não serão cumpridos pelos contratantes, fato que prejudicaria a cadeia econômica da qual fazem parte como um todo. Desse modo, sustenta o autor que, em adição aos institutos da lesão e da onerosidade excessiva, o art. 421 do Código Civil deve possibilitar outras formas de revisão do contrato a fim de privilegiar a sua manutenção.¹⁸⁴

Embora o autor não especifique quais seriam essas outras formas, Bruno Miragem, por sua vez, apresenta algumas hipóteses em que a função social do contrato geraria um direito à manutenção da relação contratual, possibilitando a sua renegociação. Segundo ele, isso seria possível quando a resolução do contrato trouxesse mais prejuízos aos contratantes ou, considerando a sua relevância social, à sociedade do que a própria renegociação e consequente manutenção, assim como nos casos em que a resolução fosse excessivamente prejudicial a uma

¹⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, mai. 2005. p. 53.

¹⁸² MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, mai. 2005. p. 53-54. Ressalta-se que a autora não identifica a função social com a função econômico-social ou causa, vendo na primeira, em relação aos contratos comunitários, muito mais uma fonte de deveres aos contratantes voltados a promover o interesse das suas contrapartes.

¹⁸³ SILVA, Luis Renato Ferreira da. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 156-157.

¹⁸⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 168.

das partes.¹⁸⁵ Além disso, entende o autor que, com base na função social, deve-se garantir ao devedor o direito de purgar a mora e adimplir as suas obrigações, desde que ele demonstre que o cumprimento do contrato ainda é útil ao credor.¹⁸⁶

Cláudio Godoy¹⁸⁷, partindo da consideração da relevância social do contrato enquanto instrumento de circulação de riquezas e de promoção da solidariedade social, também entende que se deve priorizar a manutenção do contrato, dando-lhe a maior eficácia possível. Assim, ele identifica na função social do contrato um dos fundamentos da teoria do adimplemento substancial, a qual, diante de um inadimplemento parcial, impede a resolução do contrato pelo credor prejudicado se ele já houver sido quase integralmente cumprido.¹⁸⁸ Nesse mesmo sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para quem “é pela lente das cláusulas gerais previstas no Código [Civil de 2002], sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475”,¹⁸⁹ o qual se refere à possibilidade de resolução do contrato pela parte prejudicada em caso de inadimplemento.

Percebe-se que essas hipóteses parecem envolver mais diretamente os princípios do equilíbrio econômico e da boa-fé objetiva. Um olhar mais profundo, contudo, revela a consideração de que a operação econômica representada pelo contrato é, em si, um bem, tanto para os contratantes, por representar a eles uma utilidade, quanto, de um ponto de vista mais macroscópico, para a sociedade, tendo em vista a sua relevância social. Por essa teoria, exige-se, assim, que os contratantes cooperem entre si para o atingimento da finalidade do contrato, dando-se preferência, por ocasião de um inadimplemento parcial ou de uma quebra do equilíbrio entre as prestações, à sua manutenção, e não à sua resolução, mesmo que em prejuízo e contra o interesse individual de uma das partes.

Concorde-se ou não, essa teoria evidencia que o contrato não pode ser considerado a partir do interesse individual de cada uma das partes. Retomando o sentido de serviço, pode-se dizer que, além de perseguir interesses próprios, cada contratante também presta, por meio do contrato, um serviço para a sua contraparte. Por isso, assim como o credor prejudicado pelo inadimplemento tem o direito de exigir o cumprimento do contrato, o devedor também teria o

¹⁸⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 56, p. 22-45, out./dez. 2005. [s.p.].

¹⁸⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 56, p. 22-45, out./dez. 2005. [s.p.].

¹⁸⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 183 e 187.

¹⁸⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 187.

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Recurso Especial nº 1.051.270/RS**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2011. p. 6.

direito de eventualmente exigir a sua manutenção, quando ele ainda for útil àquele, pois a utilidade do contrato não se resume a apenas um dos polos da relação contratual.

Destaca-se, por fim, que a boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico não deixam de estar relacionados à função social do contrato. A boa-fé objetiva, ao exigir dos contratantes a cooperação para se atingir a finalidade do contrato, busca garantir que a sua função social seja cumprida. Já o equilíbrio econômico, principalmente ao impedir eventual abuso pela parte mais forte, tenta assegurar que o contrato não se transforme de um instrumento de circulação de riquezas para um de concentração de riquezas, como ocorria na época do Estado liberal.

2.5 Alterações do artigo 421 do Código Civil

A redação original do art. 421 do Código Civil dispunha que a “[a] liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.¹⁹⁰ O dispositivo legal, no entanto, foi recentemente alterado pela Lei nº 13.874/2019, a Lei da Liberdade Econômica, a qual foi resultado da conversão da Medida Provisória nº 881/2019. Desde então, o art. 421 possui a seguinte redação:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)¹⁹¹

São três as alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica: (i) houve a troca, no *caput*, da expressão “liberdade de contratar” por “liberdade contratual”; (ii) a expressão “em razão e” foi removida do *caput*; (iii) e, por fim, foi incluído o parágrafo único, antes inexistente.

As mudanças do *caput* foram sugeridas pelas emendas 199 e 273 à Medida Provisória nº 881/2019, apresentadas respectivamente pelos Senador Jean Paul Prates¹⁹² e pelo Deputado Federal Felipe Rigoni¹⁹³. Como justificativa, a primeira delas faz remissão a texto de autoria de Flávio Tartuce, no qual o autor sustenta que apenas a liberdade contratual, que diz respeito à

¹⁹⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹⁹¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹⁹² BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória nº 881, de 2019 (Liberdade Econômica). Emenda 199 – MPV 881/2019 do Senador Jean Paul Prates (PT/RN). Brasília, DF, 06 maio 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7947868&disposition=inline>. Acesso em: 24 jul. 2022.

¹⁹³ BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória nº 881, de 2019 (Liberdade Econômica). Emenda 273 – MPV 881/2019 do Deputado Federal Felipe Rigoni (PSB/ES). Brasília, DF, 06 maio 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7948093&disposition=inline>. Acesso em: 25 jul. 2022.

estipulação do conteúdo do contrato, é limitada pela função social, assim como que a razão do contrato é, na verdade, a autonomia privada, e não a função social.¹⁹⁴ A segunda emenda apresenta basicamente as mesmas justificativas.

Quanto à primeira mudança, a doutrina, de fato, por vezes diferencia a liberdade de contratar da liberdade contratual: esta corresponde à liberdade das partes de definir o conteúdo do contrato, enquanto aquela é a liberdade de decidir contratar ou não e com quem contratar. Entretanto, como destaca Fernando Noronha¹⁹⁵, são “expressões que gramaticalmente talvez não tenham a diversidade de significados que se lhes atribui”, tanto que nem sempre essa diferenciação é feita. Orlando Gomes¹⁹⁶, por exemplo, utiliza a expressão liberdade de contratar para se referir às três liberdades mencionadas. Paulo Lôbo¹⁹⁷, se referindo, em linhas gerais, a essas mesmas liberdades, utiliza invariavelmente a expressão liberdade contratual. No presente trabalho, optou-se por liberdade contratual – liberdade relativa a contratos –, pois semanticamente parece ser a expressão mais abrangente.

De qualquer modo, como já referido, a redação do código teve o objetivo de “[t]ornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato”.¹⁹⁸ Isso quer dizer que aquele que decide celebrar um contrato deve o fazer tendo em vista a sua função social, o que naturalmente envolve o conteúdo do contrato: se removido este, não resta nada.

Em relação à segunda mudança, segundo Judith Martins-Costa¹⁹⁹, a expressão “em razão” indicava que a função social do contrato fundamenta e integra constitutivamente a liberdade contratual, condicionando, assim, o seu exercício. Não restam dúvidas quanto a isso, já que os direitos subjetivos e os institutos jurídicos são reconhecidos pelo direito em razão de determinadas finalidades sociais. Por isso mesmo, não parece fazer diferença se a lei diz que a liberdade contratual deve ser exercida em razão da função social do contrato ou apenas nos seus limites, salvo para fins de explicitação, como dito por Miguel Reale na sua exposição de

¹⁹⁴ TARTUCE, Flávio. A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. Primeira parte: desconsideração da personalidade jurídica e função social do contrato. **Migalhas**, [s.l.], 03 mai. 2019. [s.p.].

¹⁹⁵ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 117.

¹⁹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 41.

¹⁹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil – volume 3**: contratos. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. p. 52-55.

¹⁹⁸ REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil. In: SENADO FEDERAL. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. *E-book*. p. 42.

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1., p. 41-66, maio 2005. p. 50. Nesse artigo, a autora também utiliza indistintamente as expressões “liberdade de contratar” e “liberdade contratual”.

motivos do código. Mais importante é que o contrato tem uma função social, a qual lhe é intrínseca²⁰⁰ e deve ser cumprida.

Por fim, sem entrar no mérito da existência de um princípio da intervenção mínima e do caráter excepcional da revisão contratual, o parágrafo único incluído em 2019, aliado às outras duas mudanças, deixa mais evidente ainda que, como ressalta a teoria da causa, há uma vinculação entre conteúdo e função social do contrato, embora a alteração claramente tenha tido o objetivo de impedir a intervenção do juiz no conteúdo contratual. As mudanças no artigo, no entanto, não parecem ser capazes de alterar a sua essência: o exercício da autonomia privada contratual está condicionado ao cumprimento da função social do contrato.

²⁰⁰ Ao tratar da função social da propriedade, a legislação brasileira é expressa sobre o seu caráter intrínseco: o art. 12 do Estatuto da Terra dispõe que “[a] propriedade privada da terra cabe intrinsecamente uma função social”. BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.**

3 PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

3.1 Assistência à saúde e operação de planos de saúde

De acordo com a Constituição brasileira, a saúde é um direito social (art. 6º), definido como “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” (art. 196)²⁰¹. Essas ações e serviços, caracterizados como de relevância pública, devem ser prestados diretamente pelo Poder Público ou por meio de terceiros, incluindo pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (art. 197).

Identifica-se, assim, a existência de um sistema misto no Brasil. De um lado, existem as ações e serviços públicos de saúde²⁰², prestados pelo Poder Público, com a possibilidade de participação da iniciativa privada de forma complementar, e que constituem o Sistema Único de Saúde (arts. 198 e 199, § 1º, da Constituição e art. 4º da Lei nº 8.080/1990), o qual é regido exclusivamente pelo direito público e se caracteriza pelo acesso universal e pelo atendimento integral e gratuito.²⁰³

De outro, há os serviços privados de assistência à saúde²⁰⁴, livres à iniciativa privada (art. 199, *caput*, da Constituição e arts. 20 e 21 da Lei nº 8.080/1990). Destaca-se, aqui, o setor da saúde suplementar, que compreende a atividade econômica de operação de planos de saúde, regida pelo direito privado, mas também pelo direito público, tendo em vista a sua relevância pública.²⁰⁵ Nesse sentido, a saúde suplementar é regulada pelo Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), órgão deliberativo do Ministério da Saúde que estabelece e supervisiona a execução das políticas e diretrizes gerais do setor (art. 35-A da Lei nº 9.656/1998), e pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia sob o regime especial vinculada ao

²⁰¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

²⁰² “Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). [...] § 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.” BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.**

²⁰³ FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 6.; SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. *In: Carneiro, Luiz Augusto Ferreira (org.). Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos.* Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 129-130.

²⁰⁴ “Art. 20 Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.” BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.**

²⁰⁵ FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. *E-book.* p. 7.

Ministério da Saúde que regulamenta, controla e fiscaliza as atividades do setor (art. 1º da Lei nº 9.961/2000).

A operação de planos de saúde é uma atividade vedada às pessoas físicas, somente podendo ser explorada por pessoas jurídicas constituídas como sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão (art. 1º, II e §§ 4º e 5º, da Lei nº 9.656/1998). Estas necessitam, ainda, de autorização de funcionamento concedida pela ANS, devendo cumprir, para tanto, diversos requisitos (art. 170, parágrafo único, da Constituição, art. 8º da Lei nº 9.656/1998 e art. 2º, XXII, da Lei nº 9.961/2000).

Desde já, pode-se afirmar que, em comparação com o Sistema Único de Saúde, o acesso à saúde suplementar é restrito àquelas pessoas capazes de arcar com os custos da contratação de um plano de saúde, o qual também não garante, ao menos em tese, um atendimento integral, mas sim uma cobertura mínima.²⁰⁶ Por fim, as relações entre as operadoras e os usuários dos planos de saúde são caracterizadas como de consumo, aplicando-se subsidiariamente a esses contratos o Código de Defesa do Consumidor (art. 35-G da Lei nº 9.656/1998), exceto no caso de planos de saúde administrados por entidades de autogestão, em que não há relação de consumo, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça²⁰⁷.

3.2 Plano-referência de assistência à saúde

O contrato de plano privado de assistência à saúde é regulamentado pela Lei nº 9.656/1998, cujo art. 1º, I, assim o define:

Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com

²⁰⁶ FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. *E-book*. p. 7.; SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. In: Carneiro, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. *E-book*. p. 129-130.

²⁰⁷ “[...] 1. A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários. 2. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro. 3. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo. 4. Recurso especial não provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Recurso Especial nº 1.285.483/PB**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2016.

“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 608**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=608>. Acesso em: 31 ago. 2022.

a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;²⁰⁸

Verifica-se que a finalidade do plano de saúde é a garantia da assistência à saúde, a qual, segundo o art. 35-F da lei, “compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes”.²⁰⁹ Assim, mostra-se de extrema relevância o chamado plano-referência de assistência à saúde, que, segundo o art. 10, consiste em:

[...] cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, [...]²¹⁰

O plano-referência é de fornecimento obrigatório pelas operadoras (art. 10, § 3º), podendo a sua oferta e a sua contratação, contudo, serem realizadas de forma integral ou segmentada, abrangendo os seguintes segmentos: atendimento ambulatorial, internação hospitalar, atendimento obstétrico e atendimento odontológico. Conforme a Resolução nº 465/2021 da ANS, o plano ambulatorial abrange os atendimentos realizados em consultório ou ambulatório, enquanto o plano hospitalar compreende os atendimentos realizados durante internação hospitalar; já o plano hospitalar com obstetrícia é idêntico ao anterior acrescido da cobertura de procedimentos de pré-natal, assistência ao parto e puerpério; e, por fim, o plano odontológico, como o próprio nome indica, garante cobertura de procedimentos odontológicos.

Quanto aos limites de cobertura, o art. 12 da lei estabelece as exigências mínimas gerais e relativas a cada segmento, como consultas médicas, exames, procedimentos, cirurgias, internações hospitalares, honorários médicos, serviços de enfermagem, entre tantas outras (art. 12). Destaca-se, ainda, a obrigatoriedade de cobertura de atendimento nos casos de emergência (risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis), urgência (acidentes pessoais ou complicações no processo gestacional) e planejamento familiar (art. 35-C), garantido o reembolso, nos dois primeiros casos, quando não for possível a utilização dos serviços ofertados pela operadora do plano.

²⁰⁸ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

²⁰⁹ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

²¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

Por outro lado, o art. 10 da lei prevê as possibilidades legais de exclusão de cobertura, como tratamentos experimentais, ilícitos ou antiéticos e para fins meramente estéticos²¹¹. Além disso, a lei estabelece prazos máximos de carência, contados do início da vigência do contrato: 24 meses para doenças e lesões preexistentes (art. 11); 300 dias para partos a termo (art. 12, V, a); 24 horas para casos de urgência e emergência (art. 12, V, c); e 180 dias para os demais casos (art. 12, V, b).

Verifica-se, assim, que a lei de regência dos planos de saúde estabelece, para a prevenção e o tratamento das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), elaborada pela Organização Mundial da Saúde, uma cobertura assistencial mínima, a qual é configurada pelas exigências mínimas e pelas exclusões legais do plano-referência e que pode ser ampliada, mas nunca reduzida²¹². Nesse sentido, a Lei nº 9.656/1998 confere à ANS competência para, através do seu poder normativo, regulamentar o plano-referência, dispondo os §§ 2º e 4º do art. 10, respectivamente, que “[a]s exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS” (exclusões legais) e que “[a] amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS” (exigências mínimas),²¹³ destacando-se, quanto a essa segunda incumbência, o rol de procedimentos e eventos em saúde.

3.3 Rol de procedimentos e eventos em saúde

A Lei nº 9.961/2000, em seu art. 4º, III, incumbe a ANS de “elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades”.²¹⁴ Embora a lei não explique

²¹¹ As hipóteses de exclusão legal são: “I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II do art. 12; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comições internas, quando declarados pela autoridade competente.” BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.**

²¹² A redação original do art. 12 dispunha ser possível a operação de planos de saúde com redução ou extensão da cobertura do plano-referência, sendo necessário, no caso de redução, que o usuário declarasse ter conhecimento da existência do plano-referência e que este lhe fora oferecido. No entanto, no dia 04/06/1998, um dia após a entrada em vigor da lei, a Medida Provisória nº 1.665/1998 alterou o referido artigo, estabelecendo redação semelhante à atual e eliminando a possibilidade de redução de cobertura.

²¹³ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.**

²¹⁴ BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.**

o que significa referência básica, tampouco vinculasse expressamente, até recentíssima alteração promovida na Lei nº 9.656/1998 em 2022, a elaboração do rol à definição da amplitude de cobertura do plano-referência, o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), quando ainda detinha competência para elaboração do rol²¹⁵, estabeleceu por meio da Resolução nº 10/1998 que o rol deveria ser utilizado como “referência da cobertura de que tratam os arts. 10 e 12 da Lei nº 9.656/98”.²¹⁶

Desse modo, criado em 1998²¹⁷ e atualizado ao longo dos anos²¹⁸, com a sua última versão atualmente constando do anexo I da Resolução Normativa nº 465/2021 da ANS, o rol de procedimentos e eventos em saúde lista mais de 3400 procedimentos, consultas, exames, terapias, cirurgias e medicamentos²¹⁹ que devem ser obrigatoriamente cobertos quando solicitados pelo médico ou cirurgião-dentista assistente do beneficiário do plano de saúde, conforme a segmentação contratada (arts. 3º, I, e 6º, § 1º, da resolução). Em seus demais anexos, a resolução também estabelece as diretrizes de utilização do rol, definindo os critérios para cobertura de determinados procedimentos e eventos; as diretrizes clínicas, com orientações para uma melhor prática clínica; e o protocolo de utilização de alguns procedimentos e eventos (art. 3º, II a IV).

Isso posto, não obstante a forma como a legislação concebe o plano-referência de assistência à saúde, dando a entender que a sua cobertura teria uma amplitude e, portanto, não seria ilimitada, o caráter do rol, se taxativo ou exemplificativo, sempre foi uma questão controversa. A redação original do art. 35-A, II, da Lei nº 9.656/1998 tão somente qualificava o rol como “referência básica” para os fins da lei, do mesmo modo que atualmente faz o art. 4º, III, da Lei nº 9.961/2000. A Resolução nº 10/1998 do CONSU, por sua vez, não trazia maiores esclarecimentos sobre sua natureza.

²¹⁵ Inicialmente, a competência para definição da amplitude das coberturas do plano-referência e para elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde era do CONSU, conforme a redação original do art. 35-A da Lei 9.656/1998, incluído pela Medida Provisória nº 1.665/1998. Por essa razão que o rol original foi estabelecido em resolução do CONSU.

²¹⁶ BRASIL. Conselho de Saúde Suplementar. **Resolução nº 10, de 3 de novembro de 1998.**

²¹⁷ Inicialmente, a competência para definição da amplitude das coberturas do plano-referência e para elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde era do CONSU, conforme a redação original do art. 35-A da Lei 9.656/1998, incluído pela Medida Provisória nº 1.665/1998. Por essa razão que o rol original foi estabelecido em resolução do CONSU.

²¹⁸ Para uma lista das mais de dez resoluções que alteraram ou atualizaram o rol, ver: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/consumidor/o-que-o-seu-plano-de-saude-deve-cobrir-1/o-que-e-o-rol-de-procedimentos-e-evento-em-saude>. Acesso em: 22 jul. 2022.

²¹⁹ UNIMED. **Rol ANS:** confira as principais dúvidas. Unimed, 2022. Disponível em: <https://www.unimed.coop.br/site/rol-ans#:~:text=Lembrando%20que%20atualmente%20o%20rol,diagn%C3%B3stico%20prim%C3%A1rio%20ou%20secund%C3%A1rio%20de>. Acesso em: 22 jul. 2022.

Somente a partir de 2008 que o rol foi efetivamente qualificado pela Administração Pública como taxativo, quando a Resolução Normativa nº 167/2008 da ANS passou a se referir ao rol como “referência básica para cobertura mínima obrigatória”,²²⁰ ressaltando, ainda, a possibilidade de oferecimento de cobertura contratual mais ampla. Mais de uma década depois, com a Resolução Normativa nº 465/2021, a ANS afirmou de forma expressa o que antes era subentendido:

Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde.²²¹

No entanto, os tribunais brasileiros, em sua maioria, consideravam que o rol tinha caráter meramente exemplificativo,²²² na mesma linha do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja jurisprudência era pacífica nesse sentido até 2019. Desse ano até 2022, como será visto adiante, instalou-se uma divergência entre a Terceira Turma e a Quarta Turma, que defendiam o caráter exemplificativo e o caráter taxativo do rol respectivamente. Essa divergência veio a ser resolvida em junho de 2022 pela Segunda Seção do STJ, que acolheu o entendimento pela natureza taxativa do rol.

Em setembro do mesmo ano, contudo, a Lei nº 9.656/1998 foi alterada pela Lei nº 14.454/2022, a qual, além de modificar o § 4º do art. 10, mencionando expressamente o rol elaborado pela ANS e, por consequência, deixando claro que ele deve servir como referência básica para a amplitude de cobertura do plano-referência, também incluiu nesse artigo os §§ 12 e 13, que assim dispõem:

§ 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

²²⁰ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa nº 167, de 9 de janeiro de 2007.**

²²¹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN nº 465, de 24 de fevereiro de 2021.**

²²² JOTA. **Maioria dos TJs considera rol da ANS como exemplificativo.** JOTA, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/rol-da-ans-maioria-dos-tjs-considera-exemplificativo-02022022>. Acesso em: 12 out. 2022.

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.

Ao prever a obrigatoriedade de cobertura de procedimentos e eventos indicados pelo médico assistente e não listados no rol quando atendidas as condições acima transcritas, a legislação passou a caracterizar o rol como exemplificativo, indo de encontro à regulamentação da ANS e ao novo entendimento jurisprudencial do STJ.

3.4 Características do contrato

Originalmente, a Lei nº 9.656/1998 distinguia o plano privado de assistência à saúde do seguro privado de assistência à saúde. A redação atual da lei não faz mais tal distinção e, onde a fazia, utiliza o termo “produtos”, remetendo ao art. 1º, I, que os denomina simplesmente de plano privado de assistência à saúde.

No entanto, embora equiparados pela lei, ambos não se confundem. No plano de saúde, é a operadora que presta os serviços de assistência à saúde ao beneficiário por meio de uma rede própria de profissionais, ao passo que no seguro-saúde ela realiza o reembolso dos gastos com determinado serviço médico ou, então, o pagamento direto ao prestador deste, o qual é livremente escolhido pelo segurado.²²³

Assim, segundo Bruno Miragem²²⁴, o seguro-saúde é um típico contrato de seguro, enquanto o plano de saúde consiste em uma prestação de serviços com estrutura securitária. Tendo em vista as suas semelhanças e o fato da Lei nº 9.656/1998 não os diferenciar, far-se-á, em geral, referência a ambos através da expressão plano de saúde.

Isso posto, considerando a natureza ou estrutura securitária desses contratos, cumpre destacar que o seguro é o contrato por meio do qual “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa,

²²³ SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 16.; FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**: manual jurídico de planos e seguros de saúde. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. *E-book*. p. 168 e 170.

²²⁴ CONVERSAS na quarentena: cláusula de exclusão de pandemias nos contratos de seguro. 2020. 1 vídeo (70 min). **Publicado pelo canal Faculdade de Direito UFRGS**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=npPe6Lc8ih0&t=3325s>. Acesso em: 10 set. 2022.

contra riscos predeterminados” (art. 757 do Código Civil)²²⁵. Nesse contrato, estabelecem-se os riscos cobertos, os limites de cobertura, o prazo de vigência e o prêmio pago pelo segurado.²²⁶ Como visto, no plano de saúde, os riscos, enquanto eventos futuros e incertos,²²⁷ são a necessidade de utilização de certos serviços médicos, os quais a operadora cobre se estiverem dentro dos limites de cobertura do plano.

Nessa perspectiva, Alexandre Vizeu Figueiredo explica que:

a função social do contrato de plano de assistência à saúde é garantir ao beneficiário, o qual contribui periodicamente para a formação e manutenção de um fundo pecuniário do plano, o direito ao atendimento médico, nos casos de sinistralidade contratualmente coberta, assegurando, ainda, que o custo financeiro pelo procedimento prestado corra às expensas da respectiva operadora, a qual administra o referido fundo para tanto.²²⁸

Assim, o plano de saúde é um contrato sinalagmático em que o usuário se obriga a pagar prestações pecuniárias periodicamente, enquanto a operadora se obriga a cobrir os serviços médicos que, em caso de necessidade, aquele venha a utilizar,²²⁹ seja prestando-os diretamente ou por meio de reembolso. Trata-se também de um contrato de trato sucessivo, vigorando por tempo indeterminado e tendo execução continuada.²³⁰ Nesse sentido, o art. 13 da Lei nº 9.656/1998 prevê a renovação automática do plano após o decurso do seu prazo de vigência e, no caso de plano individual²³¹, veda a rescisão unilateral pela operadora, salvo em determinadas hipóteses.

²²⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

²²⁶ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios básicos de seguros e planos de saúde. In: Carneiro, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2013. *E-book*. p. 70.

²²⁷ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios básicos de seguros e planos de saúde. In: Carneiro, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2013. *E-book*. p. 71.

²²⁸ FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. *E-book*. p. 156-157.

²²⁹ GREGORY, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor.** 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. *E-book*. p. RB-6.4.

²³⁰ GREGORY, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor.** 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. *E-book*. p. RB-6.4.

²³¹ Há três regimes de contratação do plano de saúde: individual ou familiar, coletivo empresarial e coletivo por adesão (art. 16, VII, da Lei nº 9.656/1988). O plano individual ou familiar “é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar”; o coletivo empresarial “é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária”; e, por fim, o coletivo por adesão “é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial: I – conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão; II – sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações; III – associações profissionais legalmente constituídas; IV - cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas; V - caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução; VI - entidades previstas na Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.398,

É, ainda, um contrato aleatório, já que, embora o plano também cubra despesas com consultas e exames preventivos,²³² a cobertura prestada pela operadora depende majoritariamente de eventos futuros e incertos. Desse modo, o beneficiário tem a garantia de que, caso seja acometido por uma doença, a operadora irá cobrir os serviços médicos de que necessita, sendo possível, contudo, que ele nunca adoça, de modo que não se beneficie efetivamente do contrato, mesmo tendo pago as prestações pecuniárias devidas. Por outro lado, pode ser que faça uso desses serviços em valor muito superior ao das prestações pagas, caso em que o “prejuízo” seria da operadora.

Característica importante do plano de saúde é a forma do seu financiamento, que ocorre por meio do sistema de mutualismo, em que várias pessoas sujeitas a um mesmo risco se reúnem em um grupo e, por meio do pagamento de prestações individuais, constituem um fundo comum para cobrir os riscos sofridos pelos integrantes desse grupo. As prestações, portanto, não constituem reservas individuais para cada usuário, até mesmo porque provavelmente não seriam capazes de cobrir os serviços necessários para o tratamento o seu tratamento.

Em razão desse sistema, Bruno Miragem²³³ explica que os contratos de seguro, salvo os coletivos, são relações bilaterais que devem ser consideradas um sistema de contratos. Judith Martins-Costa²³⁴, por sua vez, classifica o seguro como um contrato comunitário, no qual se busca proteger não apenas os segurados considerados individualmente, mas também a comunidade que eles constituem. Por conta disso, o tratamento de um dos usuários não pode colocar em risco o plano de saúde como um todo, em detrimento dos demais usuários.

É essencial, portanto, que os planos de saúde tenham viabilidade econômico-financeira, tanto que a demonstração dessa viabilidade é um dos requisitos para a autorização de funcionamento das operadoras (art. 8º, VI, da Lei nº 9.656/1998). Para tanto, são realizados cálculos atuariais que consideram a taxa de probabilidade relativa aos riscos contratualmente cobertos para determinar o valor das prestações de cada um dos beneficiários, de modo que, somadas, possam garantir o custeio dos tratamentos individuais. Nesse ponto, o único fator que

de 4 de novembro de 1985”. BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN nº 195, de 14 de julho de 2009.**

²³² CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios básicos de seguros e planos de saúde. In: Carneiro, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2013. *E-book.* p. 80.

²³³ CONVERSAS na quarentena: cláusula de exclusão de pandemias nos contratos de seguro. 2020. 1 vídeo (70 min). **Publicado pelo canal Faculdade de Direito UFRGS.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=npPe6Lc8ih0&t=3325s>. Acesso em: 10 set. 2022.

²³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 371.

permite variação de preço nas prestações é a faixa etária do usuário (art. 15 da Lei nº 9.656/1998), já que o envelhecimento aumenta o custo da assistência à saúde.²³⁵

Para a manutenção da viabilidade do plano, também são importantes os reajustes do valor das prestações, os quais devem estar previstos no contrato (art. 16, XI, da Lei nº 9.656/1998). Além do caso de mudança de faixa etária, esses reajustes visam a fazer frente à inflação e a eventual aumento excepcional da sinistralidade,²³⁶ ressaltando-se, porém, que “casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente” (art. 10, X, da Lei nº 9.656/1998)²³⁷, são hipóteses de exclusão legal de cobertura.

Um dos principais argumentos para a natureza taxativa do rol de procedimentos e eventos em saúde reside justamente na necessidade de se garantir a viabilidade econômico-financeira do plano. Se considerado exemplificativo, por um lado, o plano-referência não teria riscos predeterminados e definidos, o que impossibilitaria ou prejudicaria a realização dos cálculos atuariais para a definição do valor da prestação dos beneficiários, e, por outro, a operadora seria obrigada a cobrir tratamentos que não necessariamente foram contabilizados nesses cálculos, possivelmente pondo em risco a própria viabilidade do plano a longo prazo.

Por fim, o plano de saúde é um contrato de adesão. Os contratos de seguro em geral apresentam essa característica em razão da própria necessidade de uniformização das condições contratuais para um grande número de segurados e do controle estatal sobre as empresas seguradoras.²³⁸ Desse modo, há pouco espaço de negociação por parte do usuário, que se limita a basicamente escolher um dos planos ofertados pela operadora,²³⁹ a qual tampouco tem muita liberdade para determinação do conteúdo contratual, considerando as inúmeras normas cogentes constantes da Lei nº 9.656/1998 e dos atos normativos da ANS, em especial aquelas relativas ao plano-referência.

²³⁵ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios básicos de seguros e planos de saúde. In: Carneiro, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. *E-book*. p. 85.

²³⁶ MELLO, Marco Aurélio. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico financeiro. In: Carneiro, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. *E-book*. p. 13-15.

²³⁷ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**.

²³⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. p. 455.

²³⁹ FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. *E-book*. p. 168.

4 NATUREZA JURÍDICA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.1 Histórico da compreensão da natureza jurídica do rol

Antes da Lei nº 14.454/2022, a legislação nada dispunha sobre o caráter do rol de procedimentos e eventos em saúde. Já as normas administrativas o caracterizavam implicitamente como taxativo desde a Resolução Normativa nº 167/2008 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A ênfase acerca da sua taxatividade, trazida pela Resolução Normativa nº 465/2021, foi provavelmente decorrência da mudança de entendimento que acontecia na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) naquela época.

Até 2019, era pacífico, tanto na Terceira Turma quanto na Quarta Turma, o entendimento de que o rol tinha natureza exemplificativa. Em alguns casos, fundamentava-se na interpretação mais favorável ao consumidor, quando aplicável o Código de Defesa do Consumidor²⁴⁰, em outros, na natureza do negócio, principalmente quando se tratava de plano de saúde operado por entidade de autogestão²⁴¹.

Entretanto, no Recurso Especial nº 1.733.013/PR, julgado em 10/12/2019, a Quarta Turma contrariou esse entendimento e qualificou o rol da ANS como taxativo, salvo exceções pontuais. A Terceira Turma, por sua vez, confirmou a sua jurisprudência, principalmente por meio do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.829.583/SP, julgado em 22/06/2020, e do Recurso Especial nº 1.846.108/SP, julgado em 02/02/2021, consolidando, assim, a divergência jurisprudencial. Esta somente foi resolvida recentemente com o julgamento conjunto dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.886.929/SP e dos Embargos de Divergência

²⁴⁰ “[...] o fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, *per se*, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, visto que o mencionado rol apenas representa a cobertura mínima a ser observada pela seguradora. Entender em sentido contrário implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor, o que é vedado nos contratos submetidos ao CDC.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 708.082/DF**, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, 2016. p. 5-6.

²⁴¹ “A avaliação acerca da abusividade da conduta de entidade de autogestão ao negar a cobertura de medicamentos ou tratamentos médicos está sujeita à aplicação subsidiária das normas gerais e dos preceitos do Código Civil, em virtude da natureza do negócio firmado, a teor dos artigos 422, 423 e 424 do CC. [...] É abusiva a recusa da operadora do plano de saúde de arcar com a cobertura do medicamento prescrito pelo médico para o tratamento do beneficiário, sendo ele *off label*, de uso domiciliar, ou ainda, não previsto em rol da ANS, e, portanto, experimental, mesmo se tratando de instituições sem fins lucrativos e que operam por autogestão.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.712.056/SP**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2018. p. 3.

no Recurso Especial nº 1.889.704/SP em 08/06/2022, quando a Segunda Seção, por maioria²⁴², definiu as seguintes teses:

- 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo;
- 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista;
- 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol;
- 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.²⁴³

No âmbito legislativo, também houve mudanças que indicavam a consolidação da compreensão de que o rol da ANS seria taxativo. Antes mesmo da decisão da Segunda Seção do STJ, a Medida Provisória nº 1.067/2021 incluiu na lei de regência dos planos de saúde diversos dispositivos que disciplinavam o procedimento administrativo de atualização do rol, aumentando a sua periodicidade, que antes era realizado a cada dois anos. Já a Lei nº 14.307/2022, resultante da conversão da medida provisória, instituiu a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, responsável por assessorar a ANS no processo de atualização. A previsão de atualizações mais frequentes parece indicar justamente uma preocupação de que o rol não se torne defasado, o que faz mais sentido se ele for considerado taxativo.

Após a decisão da Segunda Seção, no entanto, foi promulgada em 22/09/2022 a Lei nº 14.454/2022, alterando a Lei nº 9.656/1998. Além de expressamente vincular a definição da amplitude das coberturas do plano-referência ao rol de procedimentos e eventos em saúde²⁴⁴, a legislação passou a prever a possibilidade de cobertura de procedimento indicado pelo médico

²⁴² Somente votaram pela natureza exemplificativa do rol a Ministra Nancy Andriahi e os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro, todos da Terceira Turma.

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.886.929/SP**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2022. p. 6-7.

²⁴⁴ “Art. 10. [...] § 4º A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS, que publicará rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado a cada incorporação.” BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**.

assistente não constante do rol, desde que tenha eficácia cientificamente comprovada ou seja recomendado ou autorizado por certas entidades e órgãos técnicos brasileiros e estrangeiros²⁴⁵.

Essa alteração torna o rol da ANS exemplificativo, embora com a observância de algumas condições, diferindo da tese da Segunda Seção, muito mais rígida, pois possibilitava a cobertura de procedimentos não listados naquele apenas em caráter excepcional e se esgotadas as opções do próprio rol, qualificado pelo STJ, desse modo, como de caráter, em regra, taxativo.

4.2 Função social do contrato como fundamento da natureza jurídica do rol

Em decisões colegiadas do STJ, a função social do contrato passou a ser utilizada como fundamento da natureza jurídica do rol de procedimentos e eventos em saúde a partir de 2019, justamente com o julgamento do Recurso Especial nº 1.733.013/PR em 10/12/2019, que inaugurou a divergência na Segunda Seção ao contrariar o entendimento pacífico antes existente e concluir que o rol da ANS tem natureza taxativa.

Na Quarta Turma, as únicas decisões que mencionam a função social do contrato são as do Ministro Luis Felipe Salomão, as quais, no entanto, são frequentemente citadas como precedente nas decisões dos demais ministros, em especial a do acima referido recurso especial²⁴⁶. As outras decisões do ministro, como a do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.879.645/SP, julgado em 27/04/2021, repetem os mesmos fundamentos, incluindo-se, porém, um complemento interessante de se destacar por estar relacionado à função social do contrato.

Na Terceira Turma, desconsiderando-se os acórdãos que se limitam a mencioná-la apenas na sua ementa, a função social do contrato tem sido utilizada como fundamento do caráter exemplificativo do rol da ANS principalmente pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Identificam-se, nesse sentido, as decisões de três recursos de sua relatoria: o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.829.583/SP, julgado em 22/06/2020; o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.774.203/RS, julgado em 08/03/2021; e o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.911.407/SP, julgado em 18/05/2021.

²⁴⁵ “Art. 10. [...] § 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que: I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais.” BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.**

²⁴⁶ Uma pesquisa pelo número do recurso resulta em 73 acórdãos da Quarta Turma.

Além desses três, o único outro acórdão encontrado que menciona a função social do contrato é o do Recurso Especial nº 1.927.566/RS, julgado em 24/08/2021, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Tal julgado se mostra interessante, pois ele basicamente reitera e complementa a fundamentação do Recurso Especial nº 1.846.108/SP, julgado em 02/02/2021, de mesma relatoria, o qual, embora não faça menção à função social do contrato, é corriqueiramente citado como precedente nas demais decisões da Terceira Turma²⁴⁷ por ter reafirmado a jurisprudência acerca do caráter exemplificativo, buscando rebater os argumentos aduzidos no REsp nº 1.733.013/PR, da Quarta Turma.

Ainda, no julgamento conjunto pela Segunda Seção dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.886.929/SP e dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.889.704/SP em 08/06/2022, a função social do contrato também é citada, mas apenas por esses mesmos três ministros. O Ministro Luis Felipe Salomão, relator dos acórdãos, e a Ministra Nancy Andrighi, que abriu a divergência, apresentam votos com fundamentos quase idênticos aos das suas decisões nas turmas, razão pela qual não serão mencionados. Já o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino traz um argumento relevante, que será citado com as suas decisões.

4.2.1 Decisões da Quarta Turma: natureza taxativa

No caso concreto do REsp nº 1.733.013/PR, o médico assistente da beneficiária do plano de saúde havia recomendado para o tratamento da sua doença o procedimento de cifoplastia, ao qual foi negado cobertura, pois não constava do rol do ANS, tendo a operadora oferecido, em substituição, o procedimento de vertebroplastia, que, por sua vez, constava daquele. Na primeira instância, a operadora foi condenada a fornecer o tratamento indicado pelo médico, enquanto na segunda instância a decisão foi revertida sob o argumento de que procedimento postulado não tinha previsão no rol. No recurso especial, a beneficiária sustentou que o rol da ANS é exemplificativo.

Ao julgar o caso, o Ministro Luis Felipe Salomão afirma inicialmente que o direito à saúde, no tocante à saúde suplementar, tem o seu conteúdo normativo densificado pela Lei nº 9.656/1998, pela Lei nº 9.961/2000 e pelos atos regulamentares do CONSU e da ANS. Assevera que esta última tem a competência, conferida por lei, para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, o qual, enquanto rol mínimo e obrigatório, assegura ao consumidor o direito à saúde em preços acessíveis, não podendo o Poder Judiciário substituir o Poder Legislativo e

²⁴⁷ Uma pesquisa pelo número do recurso resulta em 113 acórdãos da Terceira Turma.

suprimir a competência da ANS. Assim, concebê-lo como um rol exemplificativo negaria vigência aos dispositivos legais que instituem o plano-referência, especialmente quanto às exigências mínimas, exclusões legais e amplitude da cobertura, e impediria as operadoras de estabelecer contratualmente outras coberturas para além dos limites legais, restringindo a livre concorrência e padronizando os planos de saúde, o que limitaria o acesso da classe baixa a estes.

Sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos planos de saúde, destaca que a Política Nacional das Relações de Consumo tem como objetivos e princípios a harmonia das relações de consumo e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; e que, enquanto lei especial, a Lei nº 9.656/1998, naquilo que for específica, prevalece sobre aquele, cuja aplicação é subsidiária. Desse modo, o Código de Defesa do Consumidor não pode ser aplicado de forma que ignore as especificidades do contrato em questão.

Em seguida, tece considerações sobre a preocupação do legislador com o equilíbrio econômico-financeiro dos planos de saúde, tendo em vista a natureza mutualista e securitária destes. Nesse sentido, afirma que a “função econômica do seguro é socializar riscos entre os usuários”,²⁴⁸ e não incertezas, calculando-se o valor do prêmio a partir de cálculos atuariais que consideram a probabilidade de ocorrência desses riscos, sendo justamente o rol da ANS o que “propicia a previsibilidade econômica necessária à precificação de planos e seguros de saúde”.²⁴⁹

Salienta que, “invocando o princípio da função social do contrato, insculpido no art. 421 do CC, não se pode descuidar de que o modelo se baseia no conceito de mutualismo, que vem da área de seguros”,²⁵⁰ de modo que o valor total arrecadado pelos prêmios individuais custeia as despesas com os tratamentos das pessoas que integram o grupo de beneficiários do plano. Ainda, refere que, a partir das diretrizes da sociabilidade e da eticidade presentes no Código Civil, “os contratos passam a ser concebidos em termos econômicos e sociais, consoante propugna a teoria preceptiva”,²⁵¹ exigindo-se, a partir da boa-fé objetiva, a colaboração entre as partes para se alcançar os fins do contrato, de acordo com a sua função econômica e social.

Ao final, não descartando ser possível, em casos pontuais, a determinação judicial de cobertura de procedimento que se mostre imprescindível, com base em prova técnica, conclui

²⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.733.013/PR**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2019. p. 51.

²⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.733.013/PR**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2019. p. 53.

²⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.733.013/PR**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2019. p. 54.

²⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.733.013/PR**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2019. p. 55.

o ministro que a negativa de cobertura de procedimento não constante do rol caracteriza-se como exercício regular de direito, considerando que havia, ainda, um pedido de indenização por danos morais.

Já no AgInt no REsp nº 1.879.645/SP, também houve negativa de cobertura de tratamento não constante do rol, sendo a operadora, na primeira e na segunda instância, condenada a cobrir o tratamento. O recurso especial interposto por ela foi provido em decisão monocrática do Ministro Luis Felipe Salomão em razão do caráter taxativo do rol. No agravo, o beneficiário do plano sustentou que a negativa de cobertura de procedimento não constante do rol configura violação art. 51, IV e § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor²⁵², pois frustra a finalidade do contrato, que é assegurar a saúde.

No acórdão, são basicamente repetidos os argumentos acima reproduzidos, com alguns acréscimos. Dentre eles, destaca-se a afirmação do ministro, citando Luciano Benetti Timm, de que a função social do contrato não pode ser confundida com a justiça social, a qual deve ser objeto das políticas públicas do Estado.

4.2.2 Decisões da Terceira Turma: natureza exemplificativa

Em relação aos acórdãos de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no AgInt no REsp nº 1.829.583/SP, frequentemente citado pelas demais decisões da Terceira Turma²⁵³, houve a negativa de cobertura de procedimento cirúrgico não constante do rol por operadora de plano de saúde de autogestão, modalidade à qual não se aplica o CDC. A operadora, contudo, foi condenada a cobrir o procedimento na primeira e na segunda instância, com base na tese de que, havendo cobertura da doença no plano, não pode ser negado procedimento indicado pelo médico assistente. No recurso, a operadora sustentou que o CDC não se aplica ao caso e que o procedimento não consta do rol.

Ao fundamentar o seu voto, o ministro argumenta que:

a conclusão pela obrigatoriedade de cobertura tem por fundamento central a função social do contrato de plano de saúde, não somente a abusividade da recusa, de modo

²⁵² “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...]. § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: [...] II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;” BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.**

²⁵³ Uma pesquisa pelo número do recurso resulta em 85 acórdãos da Terceira Turma.

não aplicação do CDC às entidades de autogestão não socorre à recorrente nesse aspecto.²⁵⁴

Assim, citando o REsp nº 1.733.013/PR, reafirma a jurisprudência da turma e nega provimento ao recurso. Não é fornecida, contudo, qualquer explicação sobre a conclusão adotada. Sobre esse ponto, mostram-se elucidativos os demais julgados.

No AgInt no REsp nº 1.911.407/SP, a operadora, que nesse caso não era entidade de autogestão, recusou a cobertura do medicamento solicitado, pois não se enquadrava nas diretrizes de utilização previstas no rol da ANS. No recurso, a operadora alegou que o rol é taxativo, citando o entendimento da Quarta Turma. O relator, no entanto, negou provimento ao recurso, sustentando que o rol “é meramente exemplificativo, uma vez que o contrato de plano de saúde não pode deixar de atender à sua função social de oferecer tratamento médico para as doenças contratualmente cobertas”²⁵⁵ e que a recusa de cobertura do medicamento prescrito pelo médico assistente “evidencia abusividade e descumprimento da função social do contrato”.²⁵⁶

Destaca-se, ainda, o AgInt no REsp nº 1.774.203/RS, cujo caso concreto, contudo, é distinto dos demais: tratava-se de plano de saúde anterior à Lei nº 9.656/1998 e não adaptado a ela, operado por entidade de autogestão, que excluía da cobertura contratual o procedimento de hemodiálise, o qual consta do rol da ANS. Embora, nesse caso, o caráter do rol fosse irrelevante, ressalta-se o fato do ministro-relator ter argumentado que os planos de saúde de autogestão devem observar o princípio da função social do contrato, concluindo, assim, que:

a interrupção do tratamento é flagrantemente contrária à função social do contrato de plano de saúde, pois o escopo desse contrato é oferecer assistência à saúde para as doenças cobertas contratualmente (no caso, a insuficiência renal crônica), de modo que a recusa de cobertura de parte do tratamento (a hemodiálise ambulatorial) impede que o contrato atinja a sua função social.²⁵⁷

Por fim, no seu voto nos EREsp nº 1.886.929/SP, o ministro argumenta que, embora o plano de saúde funcione por meio do sistema de mutualismo, a delimitação dos riscos cobertos não pode “subtrair do contrato a sua função social de oferecer assistência médico-ambulatorial

²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.829.583/SP**, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2020. p. 7.

²⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.911.407/SP**, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2021. p. 5.

²⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.911.407/SP**, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2021. p. 6.

²⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.774.203/RS**, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2021. p. 8.

e/ou hospitalar para tratamento das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde”.²⁵⁸

Quanto à Ministra Nancy Andrighi, a única decisão em que cita a função social do contrato é a do REsp nº 1.927.566/RS. No caso concreto, a operadora havia sido condenada, tanto na primeira quanto na segunda instância, a fornecer medicamento para uso domiciliar não constante do rol da ANS, alegando, no recurso especial, que o rol é taxativo.

Em seu voto, a ministra afirma inicialmente que a ANS, no exercício do seu poder normativo, não pode contrariar a Lei nº 9.656/1998, a Lei nº 9.961/2000, o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição, tampouco inovar na ordem jurídica. Destaca, assim, que a atividade de operação de planos de saúde tem relevância pública por contribuir para a concretização do direito à saúde previsto na Constituição e que a legislação consumerista deve ser aplicada de forma complementar, e não meramente subsidiária, como prevê o art. 35-G da Lei nº 9.656/1998, salvo em relação aos planos operados por entidades de autogestão.

A ministra sustenta, contudo, com base nos arts. 423 e 424 do Código Civil, que estabelecem a interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão e a nulidade da cláusula contratual que implique renúncia antecipada a direito decorrente da natureza do negócio, que o Código Civil confere, nos contratos de adesão, proteção ao aderente semelhante àquela que o Código de Defesa do Consumidor confere ao consumidor.

Por essas razões, segundo a ministra, a ANS não pode ampliar as exceções às exigências mínimas do plano-referência previstas no art. 10 da mesma lei, assim como, ao definir a amplitude das coberturas, não pode criar outros limites além daqueles previstos na lei para cada segmentação do plano, “de modo a restringir o direito à saúde assegurado ao consumidor/aderente, frustrando, assim, a própria finalidade do contrato”.²⁵⁹ Assevera também que, havendo previsão legal de que o plano-referência deve cobrir todas as doenças classificadas na CID, a norma infralegal restritiva de cobertura, excluindo procedimentos e eventos que não aqueles já excepcionados pela lei e aqueles que não integram o segmento contratado, “mostrase abusiva e, portanto, ilegal, ante o abuso do poder regulamentar que coloca o consumidor/aderente em desvantagem exagerada”.²⁶⁰

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.886.929/SP**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2022. p. 168.

²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.927.566/RS**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2021. p. 22.

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.927.566/RS**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2021. p. 23.

Além de entender não ser possível se exigir do consumidor/aderente o conhecimento sobre os procedimentos que constam do rol, a ministra assevera que os atos normativos da ANS não podem implicar em “renúncia antecipada do seu direito a eventual tratamento prescrito para doença listada na CID, por se tratar de direito que resulta da natureza do contrato de assistência à saúde”.²⁶¹ Ressalta, ainda, que “a razão de ser do plano-referência criado pelo legislador ”²⁶² é garantir o tratamento efetivo às doenças listadas na CID e “que de nada adiantaria garantir a cobertura para todas as doenças listadas na CID, se não fosse assegurada a cobertura de todos os eventos e procedimentos necessários ao tratamento correspondente”.²⁶³

Quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sustenta que, em adição aos cálculos atuariais, existe a possibilidade, autorizada pela ANS, de reajustes das mensalidades pela operadora, como o reajuste anual e o reajuste por variação de faixa etária do beneficiário, assim como o reajuste por sinistralidade, admitido pelo próprio STJ. Desse modo, conclui que deve dar-se maior proteção ao consumidor, pois a operadora tem “melhores condições para analisar e contabilizar os riscos envolvidos, a fim de atender a finalidade do contrato, sem comprometer o seu equilíbrio econômico-financeiro”.²⁶⁴

Assim, conclui que:

o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS, enquanto referência básica para os fins do disposto na Lei 9.656/1998, tem natureza meramente exemplificativa, porque só dessa forma se concretiza, a partir das desigualdades havidas entre as partes contratantes, a função social do contrato de assistência privada à saúde, bem como se mantém, por conseguinte, a harmonia das relações de consumo e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, de modo a satisfazer, substancialmente, o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo.²⁶⁵

Por fim, como o art. 10 da Lei nº 9.656/1998 exclui os medicamentos para uso domiciliar da cobertura do plano-referência, salvo algumas exceções, a ministra destaca que o entendimento de que, havendo cobertura para a doença, deve haver cobertura dos procedimentos e medicamentos necessários ao seu tratamento não pode ser sempre aplicado,

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.927.566/RS**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2021. p. 27.

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.927.566/RS**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2021. p. 29.

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.927.566/RS**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2021. p. 29.

²⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.927.566/RS**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2021. p. 36.

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.927.566/RS**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2021. p. 36.

em respeito aos limites legais de cobertura. No caso, contudo, ela entendeu que o medicamento não seria de uso domiciliar, razão pela qual manteve a obrigatoriedade da cobertura.

Como referido, essa decisão complementa a do REsp nº 1.846.108/SP. Nesse caso, ocorreu a recusa de cobertura de sessões de terapia ocupacional em quantidade superior ao limite máximo previsto no rol da ANS. No primeiro grau, a operadora foi condenada a custear quantas terapias fossem indicadas pelo médico assistente da beneficiária, decisão que foi mantida no segundo grau. Assim, no recurso especial, ela alegou que somente é obrigada a fornecer cobertura a sessões de terapia dentro do limite máximo previsto no rol.

Da comparação entre as duas decisões, destacam-se dois acréscimos. Em primeiro lugar, no REsp nº 1.846.108/SP, a autora nem sequer menciona a figura do aderente, analisando a questão sob a ótica do direito do consumidor. Já no REsp nº 1.927.566/RS, conquanto o plano de saúde em questão não fosse de autogestão, a relatora buscou incluí-los na sua decisão. Nesse sentido, citou os arts. 423 e 424 e, onde na decisão anterior se referia à figura do “consumidor”, passou a fazer referência ao “consumidor/aderente”, estendendo, desse modo, as conclusões do recurso anterior também aos planos de saúde de autogestão. A segunda inclusão é justamente a menção, na conclusão da sua argumentação, à função social do contrato, que não havia sido mencionada no primeiro julgado.

4.2.3 Análise

Depreende-se das decisões referidas a existência de duas concepções distintas sobre a finalidade do plano de saúde. Esta, na verdade, é definida pela própria Lei nº 9.656/1998, cujo art. 1º, I, estabelece que o contrato tem a finalidade de garantir a assistência à saúde, a qual compreende, segundo o art. 35-F, “todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes”.²⁶⁶

Há, em primeiro lugar, uma divergência quanto ao que é de fato essa assistência à saúde. O Ministro Luis Felipe Salomão, nas suas decisões, afirma que o direito à assistência à saúde é conformado pela própria legislação de regência dos planos de saúde, que estabelece o plano-referência, e pelos atos normativos do CONSU e da ANS, especialmente o rol de procedimentos e eventos em saúde, que define a amplitude das coberturas do plano-referência. Pode-se inferir disso o entendimento de que não se trata de um direito ilimitado, mas sim um direito mínimo,

²⁶⁶ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

uma garantia mínima de assistência à saúde, cujos contornos são dados pelas exigências e exclusões legais de cobertura e pelo rol da ANS.

Por outro lado, a Ministra Nancy Andrichi não faz qualquer diferenciação entre o direito à saúde enquanto dever do Estado e o direito à saúde no âmbito da saúde suplementar, destacando que a ANS não pode estabelecer nenhuma restrição de cobertura que seja distinta daquelas previstas na lei. A ministra, na verdade, identifica a amplitude das coberturas com a noção de segmentação, de modo que definir a amplitude das coberturas significa definir no que consiste cada segmento do plano-referência, e não quais procedimentos têm cobertura obrigatória. Ou seja, a assistência à saúde garantida pelo plano-referência não teria uma amplitude, uma extensão, mas sim seria ilimitada, com a ressalva das exclusões legais de cobertura, a fim de garantir o tratamento do problema de saúde do beneficiário.

Essa ideia está implícita naquela premissa que, até 2019, era sempre citada no âmbito da Segunda Seção e à qual o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino também faz referência nas suas decisões: havendo cobertura para determinada doença, não pode haver limitação do tratamento necessário à sua cura. Sob essa ótica, a finalidade do plano de saúde é garantir o efetivo tratamento das doenças contratualmente cobertas.

É justamente isso que os ministros da Terceira Turma dizem quando mencionam a função social do contrato. O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino é claro quanto a isso ao afirmar, nas suas decisões, que o plano de saúde tem a função social de oferecer tratamento médico às doenças cobertas e que a recusa de cobertura de procedimento prescrito pelo médico assistente leva ao descumprimento da sua função social.

Já a Ministra Nancy Andrichi não é tão clara, na medida em que cita a função social do contrato apenas na conclusão do REsp nº 1.927.566/RS, sustentando que a função social do plano de saúde somente se concretiza se o rol da ANS for exemplificativo. No entanto, como a conclusão nada mais é do que o resultado das premissas, é seguro concluir que a ministra também utiliza a função social com o sentido de finalidade, considerando as inúmeras menções à noção de finalidade na fundamentação do acórdão (“frustrando, assim, a própria finalidade do contrato”; “a razão de ser do plano-referência criado pelo legislador”; “direito que resulta da natureza do contrato de assistência à saúde”²⁶⁷; “a fim de atender a finalidade do contrato”).

²⁶⁷ Se a finalidade do plano de saúde é garantir o efetivo tratamento da doença, a exclusão de cobertura de procedimento necessário a tanto configura renúncia antecipada a direito resultante da natureza do contrato. É interessante notar que tanto o Código Civil (art. 424) quanto o Código de Defesa do Consumidor (art. 51, § 1º, II) cominam de nulidade cláusulas dessa natureza, tornando desnecessário, sob essa ótica, o recurso ao segundo para a resolução do problema acerca da natureza do rol da ANS, mesmo nos casos que não envolvem plano de saúde operado por entidade de autogestão.

Retomando o sentido instrumental de função, bem como a teoria da causa como função econômico-social do contrato, fica fácil entender por que o rol da ANS deve ser, nesse caso, considerado exemplificativo. Sendo a finalidade do contrato garantir o tratamento da doença, o rol não pode ser taxativo, pois, se fosse necessário procedimento que não consta dele, o contrato não cumpriria a sua função, partindo-se evidentemente da premissa de que é o médico assistente quem melhor sabe qual o procedimento mais adequado ao tratamento do beneficiário. O conteúdo do contrato, que é integrado pelo rol, não seria adequado à sua finalidade.

E, como é a finalidade ou a função econômico-social do contrato a razão da sua tutela jurídica, não podem as partes alterar o núcleo essencial do seu conteúdo, impedindo que ele cumpra a sua função. O interessante aqui é que não são as partes, ou mais especificamente a operadora do plano de saúde, que definem a natureza do rol, mas sim a ANS, no exercício da sua competência legal, o que, de qualquer modo, não muda o problema, já que, ao regulamentar o plano de saúde, a ANS não pode desvirtuar a sua finalidade prevista em lei.

Por outro lado, caso se entenda que o legislador, ao determinar à ANS a definição da amplitude das coberturas do plano-referência, tinha o objetivo de conceber um plano com cobertura mínima obrigatória, o rol naturalmente deve ser taxativo, se não a cobertura obviamente não seria mínima. Esse é o entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão, evidenciado pelo modo como utiliza a função social do contrato.

O ministro afirma que a função econômica do plano de saúde é socializar riscos e, citando a função social do contrato, destaca que o seu modelo tem como base o mutualismo²⁶⁸. O que ele parece querer dizer, embora não o faça de forma explícita, é que o plano de saúde, além de representar uma relação bilateral entre a operadora e o usuário e demais beneficiários, também integra um sistema de contratos, que conjuntamente constituem, na linguagem de Judith Martins-Costa, um contrato comunitário, cuja função econômico-social, considerando o todo, é socializar riscos por meio do sistema mutualista.

Nesse sentido, explica o ministro que:

o contrato de assistência à saúde põe em confronto dois valores antagônicos. De um lado, a operação econômica, cujo equilíbrio deve ser preservado como meio de assegurar a utilidade do contrato (a assistência prometida). De outro lado, o interesse material do consumidor na preservação da sua saúde (PASQUALOTTO, Adalberto. MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47-48).

²⁶⁸ Ele não parece diferenciar função econômica e função social, tanto que, posteriormente, fala indistintamente em “função econômica e social” e que os contratos são concebidos em termos econômicos e sociais, de acordo com a teoria preceptiva.

Nesse rumo, é digno de registro que a uníssona doutrina especializada e a majoritária consumerista alertam para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar [...] ²⁶⁹

Percebe-se uma preocupação não apenas com a finalidade individual do contrato para cada um dos beneficiários do plano de saúde, mas também com o meio que garante o atingimento dessa finalidade, tendo em vista as inúmeras menções do ministro à necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como a distinção que ele faz entre riscos e incertezas. Compreende-se, assim, por que o rol da ANS deve ser taxativo: caso não fosse, a operadora estaria obrigada a cobrir riscos que não integraram os cálculos atuariais, pondo em risco a viabilidade econômico-financeira do plano de saúde enquanto conjunto de contratos interligados e, por consequência, o atingimento da própria finalidade individual de cada um desses contratos.

Como alternativa, a operadora poderia passar a considerar, em seus cálculos, inúmeros outros possíveis riscos, o que, contudo, como destaca o ministro, levaria a um encarecimento do prêmio, impedindo-se o acesso aos planos de saúde pela parcela mais pobre da população. Embora esse argumento aparente ser muito mais político, é necessário considerar que, quanto mais elevado o valor do prêmio, menor a capacidade de venda do plano, o que, em última análise, prejudica ou impossibilita a sua própria viabilidade econômica. ²⁷⁰

Essa preocupação com os riscos cobertos pelo contrato não é compartilhada pelos outros dois ministros. A Ministra Nancy Andrighi, no REsp nº 1.927.566/RS, assim se manifesta:

Chama a atenção que, ao defender a natureza taxativa do rol de procedimentos e eventos em saúde, a ANS considera a incerteza sobre os riscos assumidos pelas operadoras de plano de saúde, mas, estranha e lamentavelmente, desconsidera que tal solução implica a transferência dessa mesma incerteza para o consumidor/aderente, sobre o qual passam a recair os riscos que ele, diferentemente daquelas, não tem condições de antever e contra os quais acredita, legitimamente, estar protegido, porque relacionados ao interesse primário assegurado pelo contrato.

Igualmente não impressiona a afirmação quanto à impossibilidade de precificação adequada, pois, a par dos cálculos atuariais que permitem que as operadoras busquem o equilíbrio entre receitas e despesas, a ANS autoriza os reajustes visando à atualização das mensalidades, com o objetivo de compensar a variação dos custos médico-hospitalares, evitando o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Assim, são previstos o reajuste anual, além do reajuste por variação de faixa etária do beneficiário. ²⁷¹

²⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.733.013/PR**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2019. p. 51-52.

²⁷⁰ CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios básicos de seguros e planos de saúde. In: Carneiro, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. *E-book*. p. 77.

²⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.927.566/RS**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 2021. p. 28-29.

Já o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, nas decisões citadas, não faz qualquer referência às noções de seguro, de risco ou de mutualismo, porém aborda essa questão no seu voto nos EREsp nº 1.886.929/SP:

Deveras, embora os planos de saúde operem sob o regime do mutualismo, como os contratos de seguro em geral, o objeto da cobertura no caso dos planos de saúde difere dos demais seguros em virtude da elevada "densidade social" do direito à saúde. Por essa razão, a delimitação do risco segurado encontra limite em normas de ordem pública, emanadas do princípio da dignidade da pessoa humana, como bem ressaltado no voto da Min.^a NANCY ANDRIGHI, de modo a se vedar a exclusão de coberturas que venha a subtrair do contrato a sua função social de oferecer assistência médico-ambulatorial e/ou hospitalar para tratamento das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde (cf. art. 10 da Lei 9.656/1998).²⁷²

Observa-se que, para esses dois ministros, o elemento do risco, que é tido como essencial ao plano de saúde pelo Ministro Luis Felipe Salomão, é praticamente irrelevante, pois ele deve ser desconsiderado sempre que for um óbice ao atingimento da finalidade do contrato. Cabe à operadora garantir, de algum modo, a viabilidade financeira do plano. A ministra sugere que a operadora se valha das possibilidades de reajuste do valor do prêmio para financiar esses riscos "não cobertos". Ocorre que, nesse caso, possivelmente haveria um posterior encarecimento excessivo do prêmio, circunstância capaz de impedir a manutenção de determinados usuários na relação contratual, levando ao mesmo problema acima mencionado.

Dito isso, nota-se a existência de uma pequena nuance entre os dois entendimentos acerca da função social, ou da finalidade, do plano de saúde. Pelo entendimento da Ministra Nancy Andrichi e do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, representativo da antiga jurisprudência do STJ, o plano de saúde teria a função social de garantir a assistência à saúde do beneficiário, esta consistindo no efetivo tratamento das doenças contratualmente cobertas. Por essa razão, o rol da ANS deve ser exemplificativo, já que o médico assistente do beneficiário pode acabar indicando procedimento ou evento não constante dele.

Distintamente, segundo o entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão, que representa a atual jurisprudência do STJ, a função social do plano de saúde seria garantir a cobertura de determinados procedimentos e eventos, de modo a assegurar a assistência à saúde e, ao mesmo tempo, garantir a viabilidade econômico-financeira do plano, considerando que o seu financiamento ocorre por meio do sistema de mutualismo. Naturalmente, o rol deve ser

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.886.929/SP**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2022. p. 167-168.

taxativo, pois, caso contrário, não haveria a noção de riscos predeterminados como elemento do contrato.

Claro que, como já referido, a assistência à saúde que deve ser garantida pelo plano de saúde “compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde”,²⁷³ o que aparenta ser contraditório com a ideia de uma cobertura mínima. Coloca-se, assim, a seguinte questão: os procedimentos e eventos em saúde listados no rol da ANS são suficientes para assegurar a assistência à saúde?

Talvez por esse motivo que o ministro tenha ressalvado, no REsp nº 1.733.013/PR, a possibilidade excepcional de cobertura de tratamento não previsto no rol quando esse se mostre efetivamente necessário. Foi, no entanto, exatamente por essa razão que o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva propôs, nos EREsp nº 1.886.929/SP, a tese acima transcrita de que, se as opções constantes do rol não forem suficientes ao tratamento da doença, a sua taxatividade deve ser excepcionalmente flexibilizada, desde que a medida terapêutica indicada pelo médico assistente não tenha tido a sua proposta de incorporação ao rol indeferida pela ANS, tenha eficácia comprovada e seja recomendada por órgãos técnicos nacionais e estrangeiros, consagrando-se, assim, um rol, em regra, taxativo.

²⁷³ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho buscou compreender a função social do contrato, bem como a sua utilização pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) enquanto fundamento para o caráter taxativo ou exemplificativo do rol de procedimentos e eventos em saúde, elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para definição da amplitude de cobertura do plano-referência de assistência à saúde.

Verificou-se, inicialmente, que o contrato é um instrumento de regulamentação de interesses próprios e de circulação de riquezas e que a afirmação de que possui uma função social se insere no movimento de funcionalização dos institutos jurídicos de direito privado. Esse movimento ocorreu na passagem do Estado liberal para o Estado social, especialmente diante da superação do individualismo que havia prevalecido naquele e de uma renovada preocupação com o papel que os institutos jurídicos devem exercer na sociedade e com os efeitos que nela provocam.

Analisou-se, assim, a expressão função social, pois, por mais vaga que seja, não deixa de carregar possíveis sentidos. A partir de três sentidos do termo função – instrumental, orgânico e de serviço –, frequentemente utilizados pela doutrina, mesmo que implicitamente, chegou-se à conclusão de que os institutos jurídicos são concebidos em razão de determinadas finalidades sociais, exercendo, portanto, uma função na ordenação e no funcionamento da vida em sociedade, o que exige que os titulares de direitos subjetivos e posições jurídicas os exerçam de acordo com tais fins. Isso permite ver que cada tipo de contrato tem uma finalidade e que o regulamento de interesses ou a operação econômica por ele representada possuem uma utilidade não apenas para os contratantes, mas também, de modo indireto, para a sociedade.

Em seguida, foram apresentadas algumas teorias da função social do contrato que se relacionam com esses sentidos: (i) a causa enquanto função econômico-social do contrato, que revela o caráter instrumental do contrato em relação à sua finalidade, bem como a necessidade de ter uma função socialmente relevante e útil; (ii) a relativização do princípio da relatividade, que demonstra que as relações contratuais não estão isoladas da sociedade, não podendo prejudicar terceiros e devendo ser defendidas da interferência destes; e (iii) a manutenção da relação contratual, que evidencia o fato do contrato ter uma utilidade, a qual não pode ser considerada apenas a partir do interesse de uma das partes.

Feitas essas considerações, verificou-se que, de acordo com a legislação, o plano privado de assistência à saúde tem a finalidade de garantir a assistência à saúde, que consiste na prevenção e no tratamento das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de

Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde. Para tanto, houve a instituição do plano-referência, que prevê exigências mínimas de cobertura e tem a amplitude desta definida pela ANS por meio de um rol, que lista todos os procedimentos e eventos que devem ser obrigatoriamente cobertos pelo plano, quando indicados pelo médico assistente, a fim de assegurar a assistência à saúde.

Por fim, considerando a divergência sobre o caráter desse rol que se instaurou na Segunda Seção do STJ entre os anos de 2019 e 2022, foram analisadas decisões colegiadas que fundamentaram a sua natureza exemplificativa ou taxativa na função social do contrato. Concluiu-se, assim, que a função social é utilizada com o sentido de finalidade do contrato, havendo distintas concepções sobre esta.

A Terceira Turma entendia que o plano de saúde deve garantir o efetivo tratamento da doença do beneficiário, conforme as recomendações do seu médico assistente, razão pela qual o rol da ANS deve ser exemplificativo, de modo a não impedir que eventuais tratamentos recomendados não tenham cobertura. É dever da operadora, nesse sentido, assegurar a viabilidade econômico-financeira do plano. Já para a Quarta Turma, o plano deve oferecer tão somente uma cobertura mínima, a fim de garantir a assistência à saúde do beneficiário e também assegurar que o plano, considerado um conjunto de contratos, não tenha a sua manutenção inviabilizada em razão de um desequilíbrio econômico-financeiro entre o fundo criado pelos prêmios individuais e as despesas com o tratamento dos beneficiários. Por isso, o rol deve ser considerado taxativo.

Conquanto a Segunda Seção do STJ tenha posto fim a essa divergência por meio do julgamento conjunto dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.886.929/SP e dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.889.704/SP em 08/06/2022, em que decidiu pela taxatividade do rol, e reativamente a Lei nº 14.454/2022 tenha alterado a legislação para sacramentar a sua natureza exemplificativa, o trabalho mostrou-se frutífero, na medida em que demonstrou o caráter instrumental do contrato, exigindo-se, diante do fato de ser a função social do contrato a razão da sua tutela jurídica, a concordância entre o seu conteúdo e a sua finalidade. Assim, não podem os contratantes, e nem mesmo agências reguladoras, modificarem o conteúdo essencial do contrato ao ponto de impedir o cumprimento da sua função social, conforme definida em lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Glossário temático: saúde suplementar**. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. E-book. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario_tematico_saude_suplementar_3ed.pdf. Acesso em: 28 set. 2022.
- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **O que é o Rol de Procedimentos e Eventos em saúde**. Gov.br, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/consumidor/o-que-o-seu-plano-de-saude-deve-cobrir-1/o-que-e-o-rol-de-procedimentos-e-evento-em-saude>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em: 27 jul. 2022.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2015.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9a000018380f2e608a84c7a39&docguid=I93d96e50f25011dfab6f010000000000&hitguid=I93d96e50f25011dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=18&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 29 jul. 2022.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: fragmentos de um dicionário político**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1-85.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A cláusula geral da função social como norma de invalidade dos contratos. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 24, n. 6, p. 6-22, jun. 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/336059501_A_clausula_geral_da_funcao_social_do_s_contratos_como_norma_de_invalidade. Acesso em: 11 ago. 2022.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios básicos de seguros e planos de saúde. *In*: Carneiro, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. *E-book*. p. 67-93. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4829-0/>. Acesso em: 03 set. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 63, p. 71-79, jul./set. 1986. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5122435/mod_resource/content/0/06%20-%20Comparato%2C%20A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20da%20propriedade%20dos%20bens%20de%20produ%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 12 ago. 2022.

CONVERSAS na quarentena: cláusula de exclusão de pandemias nos contratos de seguro. 2020. 1 vídeo (70 min). **Publicado pelo canal Faculdade de Direito UFRGS**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=npPe6Lc8ih0&t=3325s>. Acesso em: 10 set. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIEZ-PICASO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial, volumen primero: introducción: teoría del contrato**. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Iurisprudencia: Revista da Faculdade de Direito da AJES**, Juína, v. 2, n. 3, p. 09-46, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.revista.ajes.edu.br/index.php/iurisprudencia/article/view/121>. Acesso em: 02 ago. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4305-9/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4392-9/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986810/>. Acesso em: 27 jul. 2022.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>. Acesso em: 30 jul. 2022.

GREGORY, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/185598430/v4>. Acesso em: 03 set. 2022.

INSTITUTO jurídico. *In*: VOCABULÁRIO jurídico (Tesouro). Brasília: Supremo Tribunal Federal, [s.d.]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesouro/pesquisa.asp>. Acesso em: 27 jul. 2022.

INSTRUMENTO. *In*: MICHAELIS: dicionário brasileiro da língua portuguesa. [S.l.]: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/instrumento/>. Acesso em: 18 ago. 2022.

JOTA. **Maioria dos TJs considera rol da ANS como exemplificativo**. JOTA, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/rol-da-ans-maioria-dos-tjs-considera-exemplificativo-02022022>. Acesso em: 12 out. 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito civil – volume 3: contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593495/>. Acesso em: 30 jul. 2022.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, n. 160, p. 49-64, out./dez. 2003. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/901>. Acesso em: 28 jul. 2022.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de filosofia do direito: o direito como prática**. São Paulo: Atlas, 2021.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de direito privado e social: contratos, meio ambiente e tutela coletiva (Coleção teoria e história do direito)**. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502214804/>. Acesso em: 16 ago. 2022.

MARINHO, Josaphat. O projeto do novo Código Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 146, p. 5-13, abr./jun. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/576>. Acesso em: 08 ago. 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87-168.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, mai. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>. Acesso em: 08 ago. 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELLO, Marco Aurélio. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico financeiro. In: Carneiro, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. *E-book*. p. 3-15. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4829-0/>. Acesso em: 04 set. 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611898/>. Acesso em: 27 jul. 2022.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 56, p. 22-45, out./dez. 2005. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9b00001838116cd64c75a55ea&docguid=I6049de80f25511dfab6f010000000000&hitguid=I6049de80f25511dfab6f010000000000&spos=25&epos=25&td=64&context=70&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 26 ago. 2022.

MIRANDA, Jorge. Estado social e direitos fundamentais. In: Gabinete do Ministro-Diretor da Revista (org.). **Doutrina do Superior Tribunal de Justiça**: edição comemorativa 15 anos. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005. *E-book*. p. 199-219. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout15anos/article/view/3672/3762>. Acesso em: 05 ago. 2022.

MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado social. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 40/41, p. 13-27, jul./dez. 2012. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/40%20e%2041/revista40e41%20\(3\).pdf](http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/40%20e%2041/revista40e41%20(3).pdf). Acesso em: 05 ago. 2022.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral: tomo I: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **civilística.com**, [s.l.], v. 2, n. 1, p. 1-24, 30 jan. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/55>. Acesso em: 21 ago. 2022.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. On the concept of function in social science. **American Anthropologist**, [s.l.], v. 37, n. 3, part 1, p. 394-402, jul./set. 1935. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/661962>. Acesso em: 15 ago. 2022.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13/14, p. 139-150, jan./dez. 1998. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista13e14/revista13e14%20%20MIGUEL%20REALE%20%E2%80%93%20Vis%C3%A3o%20Geral%20do%20Projeto%20de%20C%C3%B3digo%20Civil.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2022.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 9, p. 9-17, jan./mar. 2002. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9b0000183811ca9400f7c5797&docguid=Iee738640f25311dfab6f01000000000&hitguid=Iee738640f25311dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=92&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 09 ago. 2022.

REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil. *In*: SENADO FEDERAL. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2005. *E-book*. p. 21-59. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>. Acesso em: 09 ago. 2022.

RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Londres: Routledge & Kegan Paul Limited, 1949.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado**: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502114111/>. Acesso em: 03 set. 2022.

SERVIÇO. *In*: MICHAELIS: dicionário brasileiro da língua portuguesa. [S.l.]: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/servi%C3%A7o/>. Acesso em: 05 set. 2022.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 147-170.

SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. Aspectos jurídicos da incorporação da tecnologia em saúde. *In*: Carneiro, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. *E-book*. p. 121-155. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4829-0/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

TARTUCE, Flávio. A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. Primeira parte: desconsideração da personalidade jurídica e função social do contrato.

Migalhas, [s.l.], 7 mai. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/301761/amp-881-19--liberdade-economica-e-as-alteracoes-do-codigo-civil--segunda-parte---teoria-geral-dos-contratos--direito-de-empresa-e-fundos-de-investimento>. Acesso em: 24 jul. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643608/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5653-0/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: conceito e critérios de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 168, p. 197-213, out./dez. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/462>. Acesso em: 18 ago. 2022.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 111, p. 85-100, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133495>. Acesso em: 02 ago. 2022.

UNIMED. **Rol ANS: confira as principais dúvidas**. Unimed, 2022. Disponível em: <https://www.unimed.coop.br/site/rol-ans#:~:text=Lembrando%20que%2C%20atualmente%2C%20o%20rol,diagn%C3%B3stico%20prim%C3%A1rio%20ou%20secund%C3%A1rio%20de>. Acesso em: 22 jul. 2022.

VELOSO, Zeno. Fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 32, n. 125, p. 87-95, jan./mar. 1995. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176311>. Acesso em: 27 jul. 2022.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 16 set. 2022.

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: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Conselho de Saúde Suplementar. **Resolução nº 10, de 3 novembro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica e fixa as diretrizes para a cobertura assistencial. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 86, n. 211, p. 31, 4 nov. 1998. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=04/11/1998&jornal=1&pagina=72&totalArquivos=192>. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 jul. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa nº 167, de 9 de janeiro de 2007.** Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, fixa as diretrizes de Atenção à Saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 145, n. 7, p. 348-349, 10 jan. 2008. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/01/2008&jornal=1&pagina=348&totalArquivos=360>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN nº 195, de 14 de julho de 2009.** Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 146, n. 133, p. 135-136, 15 jul. 2009. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=15/07/2009&jornal=1&pagina=135&totalArquivos=168>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Medida Provisória nº 881, de 2019 (Liberdade Econômica).** Emenda 199 – MPV 881/2019 do Senador Jean Paul Prates (PT/RN). Brasília, DF, 6 mai. 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7947868&disposition=inline>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Medida Provisória nº 881, de 2019 (Liberdade Econômica).** Emenda 273 – MPV 881/2019 do Deputado Federal Felipe Rigoni (PSB/ES). Brasília, DF, 6 mai. 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7948093&disposition=inline>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa – RN nº 465, de 24 de fevereiro de 2021.** Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no artigo 35 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga a Resolução Normativa - RN nº 428, de 7 de novembro de 2017, a Resolução Normativa - RN n.º 453, de 12 de março de 2020, a Resolução Normativa - RN n.º

457, de 28 de maio de 2020 e a RN n.º 460, de 13 de agosto de 2020. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano, n. 40, p. 115-194, 2 mar. 2021. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=02/03/2021&jornal=515&pagina=115&totalArquivos=205>. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.307, de 3 de março de 2022**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14307.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14454.htm. Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 308**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2005. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=308>. Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.051.270/RS**. Recorrente: BBV Leasing Brasil S/A Arrendamento Mercantil. Recorrido: Mauro Eduardo de Almeida Silva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 04 ago. 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800893455&dt_publicacao=05/09/2011. Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 529**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=529>. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 708.082/DF**. Agravante: Fundação Assistencial dos Servidores do Ministério da Fazenda. Agravados: Carlos Vitor de Sá Giovanini e Rita Rodrigues da Costa. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 16 fev. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501145697&dt_publicacao=26/02/2016. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Recurso Especial nº 1.285.483/PB**. Recorrentes: Natan da Costa Lima e outros. Recorrida: Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 22 jun. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102395952&dt_publicacao=16/08/2016. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 608**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=608>. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.712.056/SP**. Agravante: Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil. Agravada: Cibele Mendes da Silva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 13 dez. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703116338&dt_publicacao=18/12/2018. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 1.733.013/PR**. Recorrente: Victoria Teixeira Bianconi. Recorrida: Unimed de Londrina Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 dez. 2019. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800740615&dt_publicacao=20/02/2020. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.829.583/SP**. Agravante: Economus Instituto de Seguridade Social. Agravada: Maria Helena Czenszel Sanematsu. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 22 jun. 2020. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902256602&dt_publicacao=26/06/2020. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.846.108/SP**. Recorrente: Omint Serviços de Saúde LTDA. Recorrido: R F (menor). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 02 fev. 2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902172835&dt_publicacao=05/02/2021. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.774.203/RS**. Agravante: Caixa de Assistência dos Empregados do Banco do Estado do Rio Grande do Sul. Agravada: Sandra Regina Ribeiro de Olivera. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 08 mar. 2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802715296&dt_publicacao=10/03/2021. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.879.645/SP**. Agravante: P M P F (menor). Agravada: São Francisco Sistemas de Saúde Sociedade Empresária Limitada. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 abr. 2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001447471&dt_publicacao=04/05/2021. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.911.407/SP**. Agravante: Unimed Regional da Baixa Mogiana Cooperativa de Trabalho Médico. Agravada: Leyla Cristina Adarme Sarmiento Davoli Bueno de Oliveira. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 18 mai. 2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003317563&dt_publicacao=24/05/2021. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.927.566/RS**. Recorrente: Unimed Grande Florianópolis – Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrida: Maria Terezinha Gomes. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 ago. 2021. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100760452&dt_publicacao=30/08/2021. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.886.929/SP**. Embargante: Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico.

Embargado: Gustavo Guerazo Lorenzetti. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 8 jun. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001916776&dt_publicacao=03/08/2022. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.889.704/SP**. Embargante: Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico. Embargado: R D F (menor). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 8 jun. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002070605&dt_publicacao=03/08/2022. Acesso em: 12 set. 2022.