

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTARDO EM DIREITO**

AYEZA SCHMIDT

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O CONTRATO DE PLANO
DE SAÚDE: a essencialidade do bem contratado**

CURITIBA

2014

AYEZA SCHMIDT

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O CONTRATO DE PLANO
DE SAÚDE: a essencialidade do bem contratado**

Trabalho de Qualificação apresentado ao Programa de Mestrado em Direito, área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia, da UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro.

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

AYEZA SCHMIDT

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE: a essencialidade do bem contratado

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil), pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof^a Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Instituição Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Membros: Prof. Dr. Marcos Alves da Silva
Instituição Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba

Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska
Instituição Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Prof^a Dra. Maria Cândida do Amaral Kroetz
Instituição Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 27 de fevereiro de 2014.

DEDICATÓRIA

À minha querida família, pai, mãe,
Andressa, Thayza e Breno, sem os quais
eu não teria alcançado esta conquista.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora professora Rosalice Fidalgo Pinheiro que de uma forma muito carinhosa me confiou os seus livros e me atendeu sempre pronta, compartilhando seus conhecimentos, com uma orientação direcionada e incentivadora, além de ser uma constante inspiração.

Aos membros da minha banca de defesa de Dissertação por se dispor a participar deste momento tão importante da minha vida acadêmica.

À minha família pelo apoio incondicional e pelo carinho, especialmente ao Breno que sempre esteve ao meu lado, em todo o momento, me incentivando e me apoiando, acreditando em mim, quando eu mesma não mais acreditava.

Aos meus amigos, os quais são muitos a quem devo agradecimentos pelo apoio ao longo de minha vida, de sorte que a menção a alguns deles fatalmente implicará a ausência de outros tantos, sem que isso signifique, contudo, ingratidão ou esquecimento.

Ao Desembargador D'Artagnan Serpa Sá e às minhas colegas de trabalho por terem compreendido a minha ausência para a realização da presente dissertação.

Às minhas colegas de mestrado Luciana e Geisla pelo carinho e pela oportunidade do crescimento intelectual.

Aos professores do mestrado da Unibrasil pelo convívio incentivador e, especial agradecimento, às funcionárias Rafaela e Gisele pela atenção despendida nos momentos difíceis.

A todos muito obrigada. Sem vocês nada disso teria sido possível.

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CONSU	Conselho Nacional de Saúde Suplementar
IAPs	Institutos de Aposentadorias e Pensões
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
LPS	Lei dos Planos de Saúde
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
SUS	Sistema Único de Saúde

RESUMO

O presente trabalho visa analisar, à luz da nova teoria contratual, o contrato de plano de saúde, como um contrato de consumo, que tem por objetivo assegurar interesses existenciais dos seus usuários, como a saúde e a vida. E em razão disso, propõe-se demonstrar que tais interesses existenciais exigem uma atuação preponderante do Estado nessa relação privada, diferentemente de outras relações com caráter eminentemente econômico, tendo em vista a essencialidade do bem contratado. Bem como, evidenciar a aplicabilidade do direito fundamental à saúde nesta relação privada, em razão de lesão a algum direito existencial do usuário de plano de saúde. Por fim, objetiva investigar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a existência desta proteção diferenciada do usuário, face a essencialidade do bem contratado, na fundamentação de suas decisões.

Palavras-chave: contrato, plano de saúde, essencialidade do bem e direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present work analyzes, supported by the new contract theory, the contract of private health care, as a consumer contract, which aims to ensure existential interests of its users, such as health and life. And because of this, this work proposes to demonstrate that such existential interests require a preponderant role of the State in this private relation, unlike others relations with eminently economic nature, considering the essentiality of the object of the contract. As well, demonstrates the applicability of the fundamental right to health in this private relation, considering the violation of any existential right of the user's health plan. Finally, this work aims to investigate in the jurisprudence of the Superior Courts the existence of this differentiated protection for users, in view of the essentiality of the contract's object, in the fundamentation of their decisions.

Keywords: *contract, contract of private health care, essentiality and fundamental rights.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 CONTRATO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DESPERTAR DO PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE.....	15
1.1 O CONTRATO COMO OPERAÇÃO ECONÔMICA NOS QUADROS DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA	15
1.2 A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A DEFINIÇÃO DE NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	22
1.3 O PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE NOS CONTRATOS	32
CAPÍTULO 2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE.....	41
2.1 OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE ENTRE A LIVRE INICIATIVA E A JUSTIÇA SOCIAL	41
2.2 A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE NA LEI 9.656/98.....	47
2.3 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COMO RELAÇÃO DE CONSUMO	58
2.3.1 O direito fundamental à defesa do consumidor.....	58
2.3.2 A delimitação das relações de consumo	61
2.4 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE	67
CAPÍTULO 3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE	74
3.1 O DEBATE DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	74
3.2 AS TEORIAS ACERCA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	77
3.2.1 Teoria da eficácia imediata.....	77
3.2.2 Teoria da eficácia mediata	79
3.2.3 Teoria dos deveres de proteção.....	81
3.2.4 Teoria integradora de Alexy	83
3.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE	87
3.3.1 A eficácia do direito fundamental à defesa do consumidor e o contrato de plano de saúde.....	87
3.3.2 A eficácia dos direitos sociais e o contrato de plano de saúde	90

CAPÍTULO 4 A ESSENCIALIDADE DO BEM NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE.....	96
4.1 O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL	96
4.2 A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE	103
4.3 NOTAS DA ESSENCIALIDADE DO BEM NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
REFERÊNCIAS.....	125

INTRODUÇÃO

Segundo dados da Agência Nacional de Saúde – ANS¹, o setor brasileiro de assistência privada à saúde é o segundo maior sistema privado de saúde do mundo. Por isso, na atualidade, as operadoras de plano de saúde desempenham um papel fundamental na sociedade brasileira, abarcando a prestação de serviços à saúde de aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) da população brasileira, pois atualmente mais de 49 (quarenta e nove) milhões de brasileiros são cobertos por algum tipo de assistência privada à saúde no Brasil.

Em razão dos dados apontados, esta dissertação pretende demonstrar que no contrato de plano de saúde, o bem contratado, prestação de serviços à saúde, está intimamente ligado à realização das necessidades existenciais do usuário. Por isso, deve se constituir em um relevante fundamento para a eficácia do direito fundamental social à saúde nesta relação interprivada, ensejando um tratamento jurídico diferenciado de outros contratos que tenham por objeto um bem meramente patrimonial. Para tanto, dois temas ganham relevância: a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações interprivadas e o paradigma da essencialidade. Estes temas e seus respectivos marcos teóricos passam a ser expostos, justificando-se a inserção deste trabalho na linha de pesquisa “Constituição e Condições Materiais da Democracia” do Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas encontra grande discussão na doutrina debatendo-se entre eficácia direta, eficácia indireta e os deveres de proteção do Estado. Contudo, a maior controvérsia encontra-se quanto à eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais nas relações entre particulares.

Adotando uma postura baseada na teoria integradora de Alexy, Ingo Sarlet preleciona que não há como sustentar uma exclusão de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. Os direitos sociais encontram-se sujeitos à lógica do art. 5, § 1º, da Constituição Federal, entendendo-se que às normas de direitos fundamentais deve-se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, o que não

¹ Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>>. Acesso em: 30 de novembro de 2013.

significa que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais². Para citado autor, a tese do mínimo existencial seria um parâmetro para justificar a eficácia de tais direitos sociais nas relações interprivadas.

Nesta medida, procurar-se-á justificar no presente trabalho uma eficácia direta do direito fundamental social à saúde no contrato de plano de saúde, face à prevalência das necessidades existenciais dos usuários diante da autonomia privada da operadora, delineada a partir da Lei 9656/98. A partir desta premissa, passa-se a analisar em que medida é possível afirmar que o objeto do contrato de plano de saúde possui notas de uma essencialidade capaz de justificar a eficácia do direito fundamental social à saúde.

Seguindo esta linha, procura-se identificar, no presente trabalho, se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça considera a essencialidade do bem para justificar a eficácia de direitos fundamentais nos contratos de saúde suplementar. Para tanto, foi realizada uma pesquisa nas páginas oficiais do Supremo Tribunal Federal, em sede Recurso Extraordinário, e do Superior Tribunal de Justiça, e em sede de Recurso Especial, catalogando-se decisões disponíveis referentes a contratos de planos de saúde ocorridos entre 03/09/1998, data da entrada em vigor da Lei 9656/98, e 30/11/2013, data do término da pesquisa.

O dissertar do paradigma da essencialidade demanda uma incursão pela teoria contratual clássica, segundo a qual se delineou a patrimonialidade da prestação. Eis que o objeto do contrato deveria ser sempre suscetível de avaliação patrimonial, conforme enfatiza Enzo Roppo³. Não se cogitava da influência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, pois, conforme ensina Teresa Negreiros, a dogmática do Estado de Direito Liberal: *“tornou a ‘pessoa’ um substantivo ‘abstrato’, isto é, a pessoa estava ‘separada’ daquilo que necessita para viver dignamente*⁴. *A pessoa transformou-se em uma categoria jurídica inteiramente desprendida de suas circunstâncias”*⁵.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares.** In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 562.

³ ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 37.

⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 335.

⁵ Ibid., p. 336.

No entanto, Enzo Roppo já alertava que esses pilares constituíam elementos de graves desigualdades, porquanto a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades formais, que na realidade podem corresponder a graves desigualdades substanciais e profundas disparidades das condições econômico-sociais entre os contraentes⁶.

No século XX, após o surgimento do Estado Social de Direito, Rosalice Fidalgo Pinheiro aponta que a tensão provocada entre capital e trabalho da sociedade de produção em massa capitalista exigiu o redesenho das relações entre Estado e sociedade⁷. O fenômeno da massificação dos contratos imprimiu uma mudança drástica na maneira de se contratar, pois a técnica do contrato de adesão abalou a liberdade contratual, em seu viés liberal, esvaziando o dogma da autonomia da vontade.

Na sociedade contemporânea, o modelo clássico de contrato não conseguiu mais refletir a realidade fática social, pois a técnica paritária de contratação passou a ser exceção na sociedade de massa atual⁸. A concepção tradicional, fundada na autonomia de vontade e na liberdade de contratar, passou por profundas transformações na seara do contrato. O ordenamento jurídico passou a buscar a igualdade material, lastreada nos direitos fundamentais, o que gerou a ruptura com a concepção contratual clássica, funcionalizando-se a tutela da autonomia privada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como consequência disso, segue-se a designação do paradigma da essencialidade, que tem em Pietro Perlingieri um de seus precursores. No Brasil, tal tese foi difundida por Teresa Negreiros, que defende a necessidade de uma nova classificação dos contratos e dos bens tradicionalmente posta, lastreada nas necessidades existenciais da parte. Nesta perspectiva, os contratos que tenham por função satisfazer necessidades existenciais dos contratantes necessitam de um tratamento diferenciado, com uma maior intervenção do Estado na busca da efetivação dos direitos fundamentais. Pretende-se, portanto, justificar que as classificações dos bens, com base no critério da utilidade existencial, devem

⁶ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 37.

⁷ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 35.

⁸ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. V.II. Curitiba: Juruá, 2006, p. 114.

constituir-se em um relevante fundamento para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O trabalho emprega como metodologia a pesquisa bibliográfica, o exame de legislação e artigos correspondentes, a pesquisa de jurisprudência e respectiva sistematização. O plano do trabalho é dividido em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, pretende-se demonstrar que nos séculos XVIII e XIX, no Estado de Direito Liberal, os direitos fundamentais possuíam apenas uma dimensão subjetiva, com eficácia apenas contra o Estado, em que o contrato estava alicerçado no dogma da autonomia da vontade e na igualdade meramente formal. Ademais, almeja-se revelar que com a ascensão dos ideais do Estado Social de Direito, no período após a Segunda Guerra Mundial, século XX, surge a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que suscita uma eficácia também sobre as relações privadas, implicando na necessidade de releitura do contrato, com base na centralidade da dignidade da pessoa humana, em que a relação contratual leva a proposição de um novo paradigma da teoria do contrato: o paradigma da essencialidade.

Em seguida no segundo capítulo, almeja-se destacar as principais e mais importantes legislações infraconstitucionais que regulamentam a saúde suplementar no Brasil e seus aspectos mais relevantes na proteção dos usuários, especialmente como contrato de consumo.

Por sua vez, no terceiro capítulo, serão apontadas as principais teorias existentes sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Pretende-se, destacar o direito à defesa do consumidor e o direito à saúde como direitos fundamentais e de que maneira a doutrina entende como se dá a eficácia de tais direitos nas relações de plano de saúde.

Mais adiante, no quarto capítulo, pretende-se primeiramente exaltar a definição de mínimo existencial, lastreado no princípio da dignidade da pessoa humana, como parâmetro de eficácia dos direitos sociais. Ademais, pretende-se investigar especificamente a eficácia do direito fundamental social à saúde nos contratos de plano de saúde. Bem como, analisar em que medida a jurisprudência brasileira assume como fundamentação jurídica a essencialidade do bem contratado para justificar a eficácia dos direitos fundamentais no contrato de plano de saúde e as consequências jurídicas dela decorrentes.

CAPÍTULO 1 CONTRATO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DESPERTAR DO PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE

1.1 O CONTRATO COMO OPERAÇÃO ECONÔMICA NOS QUADROS DA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA

Segundo Orlando Gomes, ao contrário de outros conceitos do Direito Privado, não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria que hoje se denomina contrato⁹. De acordo com Paulo Lobo, a tipicidade romana das *actiones* não comportava uma figura genérica a que se conduzisse, por subsunção, as espécies contratuais, pois “se o magistrado não admitia a *actio* para determinadas convenções, elas simplesmente não existiam como contratos; eram *pactos nusi*”¹⁰.

Assevera Caio Mário que o Direito Romano entendia não ser possível contrato sem a existência de elemento material, ou seja, a convenção entre as partes por si só não tinha o poder de criar obrigações¹¹. Porquanto, no direito romano a operação econômica se sobrepunha à figura do contrato, nesse sentido preleciona Enzo Roppo:

No direito romano clássico, por exemplo, não existia – nos termos em que hoje a concebemos – uma figura geral de contrato, como invólucro jurídico geral, ao qual reconduzir a pluralidade e a variedade das operações econômicas. Existia, é certo, com a *stipulatio*, um esquema formal no qual se enquadravam convenções e pactos de diversa natureza: mas estes, em rigor, resultavam vinculativos, mais do que por força de um mecanismo propriamente jurídico, em virtude da <<forma>> entendida, não tanto como instrumento legal, mas <<como cerimônia revestida de uma espécie de valor mágico ou até religioso>>(Gorla), aliás de acordo com uma tendência própria do espírito jurídico primitivo e pouco evoluído. Para, além disso, eram reconhecidos alguns contratos típicos, correspondentes a outros tantos negócios (*negotia*) que, pela sua difusão e pela importância assumida na praxe, eram considerados merecedores de tutela jurídica. Num tal sistema, aquilo que era tido imediatamente em consideração, era justamente o *negotium*, o acto de circulação da riqueza (sob forma de venda, locação, de depósito, de mútuo, etc.), mais do que sua formalização jurídica, ainda evanescente e, por assim dizer, não autônoma da operação econômica na sua materialidade. Para usar uma fórmula elementar e um

⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.7.

¹⁰ LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. V III. Contratos**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 8.

pouco simplificante, pode dizer-se que, nessa altura, a operação econômica sobrepunha-se ao contrato, absorvia-o¹².

Somente na época de Justiniano é que o contrato passou a ser uma figura jurídica autônoma, ou seja, um instrumento capaz de dar eficácia legal a uma pluralidade de operações econômicas e não imediatamente identificado com esta ou aquela operação econômica¹³.

No direito inglês medieval também não existia a ideia de contrato como figura jurídica autônoma e instrumento preparado para revestir as operações econômicas de vínculo jurídico, como se destaca:

Igualmente significativo é o panorama do direito inglês (*common law*) medieval. Também aí, na origem, não existia a ideia de contrato como figura jurídica autônoma e instrumento legal institucionalmente preparado para revestir as operações econômicas, sancionando e tornado vinculativos os compromissos assumidos no âmbito destas. Se uma promessa fosse mal cumprida ou não fosse cumprida de todo, o promissário podia fazer valer as suas razões com uma *ação ex delicto*: por outras palavras, a sua posição era tutelada pelo direito, não porque tinha sido celebrado um contrato e o contrato fora violado pela contraparte, mas porque tinha sofrido desta última um agravo e um dano (tal como se por ela tivesse sido acidental ou deliberadamente ferido no corpo, ou se tivesse sido destruída ou danificada a sua propriedade), fora, portanto, da ideia de uma relevância jurídica específica da promessa em si, do contrato enquanto tal. Só mais tarde, ao cabo de uma longa e tormentosa evolução, se afirmaria, naquele sistema, a ideia do contrato como fonte autônoma e causa de sancionamento jurídico da promessa, como veste legal típica das operações econômicas¹⁴.

A ruptura da ideia de contrato do sistema feudal, baseado em privilégios e títulos de nobreza, ocorreu com a polarização e distribuição da renda, decorrentes do desenvolvimento industrial, e a conseqüente política de trocas instaurada na Europa do século XVIII e início do século XIX. Há nisso uma tensão ideológica entre a estática feudal e a dinâmica burguesa, como caracteriza Enzo Roppo:

O modo de produção capitalista funda-se na prestação de trabalho subordinado fornecida por quem nada tem senão, justamente, a sua força de trabalho a quem detém os meios materiais de produção, numa palavra o capital. Esta prestação é compensada com dinheiro, segundo uma relação de troca, de modo a garantir, com a fruição do trabalho, o proveito do capital. Mas para que esta troca entre dinheiro e força de trabalho possa realizar-se, é necessário que a força de trabalho assuma precisamente a forma de uma mercadoria, dotada de um valor de troca próprio, de um preço próprio, e, com base neste, vendável e comprável no mercado à

¹² ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 16.

¹³ Ibid., p. 17.

¹⁴ Ibid., p. 17.

semelhança de qualquer outra mercadoria. Vendável e comprável livremente, e não mais sujeita, como no passado, aos vínculos corporativos e semifeudais que faziam do trabalho humano a matéria de serviço de natureza pessoal, oferecido por força das relações pessoais existentes entre os sujeitos na base do seu status, e neste sentido eminentemente não contratável. No sistema capitalista, pelas exigências do sistema capitalista, o trabalho humano deve, ao contrário, objectivar-se, mercadorizar-se, justamente porque deve constituir matéria de troca, portanto matéria de um contrato, e de um contrato livre¹⁵.

Conforme destaca Orlando Gomes a moderna concepção do contrato como acordo de vontades, que une duas ou mais pessoas, por meio de um vínculo, se elucida a partir da ideologia individualista dominante e do processo de consolidação do regime capitalista de produção¹⁶.

Para Enzo Roppo o conceito jurídico de contrato reflete uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental¹⁷. Neste sentido, referido autor destaca que falar de contrato sempre nos remete, direta ou indiretamente, a ideia de operação econômica. A atividade econômica seria o substrato do contrato, mesmo quando o interesse estabelecido entre as partes não seja patrimonial (ideal, moral, cultural). Porquanto, a prestação objeto da obrigação deve ser sempre suscetível de avaliação patrimonial, conforme destaca:

Esta conclusão permite-nos confirmar, em primeiro lugar, que se tal não se verifica, não existe operação econômica no sentido que precisamos, nem pode, por isso, também existir contrato: assim, por exemplo, se Tizio e Caio se comprometem reciprocamente – mesmo por acto formal, escrito e assinado – a conservar para sempre a sua crença política comum, e a bater-se pelo triunfo desta, ou então a difundir o seu comum credo estético: ainda que nas partes exista a vontade e a convicção de se obrigarem legalmente, estes não são contratos, justamente porque falta a <<patrimonialidade>> requerida pelo art. 1321.º cód. civ.; falta uma qualquer forma de transferência de riqueza, que constitui o necessário substrato do contrato¹⁸.

Nestes termos, a revolução industrial impulsionou o contrato como instrumento essencial para o funcionamento de todo o sistema econômico capitalista. O contrato torna-se, assim, *“a bandeira das sociedades nascidas das*

¹⁵ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 39.

¹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.7.

¹⁷ ROPPO, op. cit., p. 7.

¹⁸ Ibid., p. 14.

*revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento de sua legitimação*¹⁹. O contrato além de um instrumento jurídico passa a se constituir um símbolo político de uma ordem social capitalista.

A propósito, todo o pensamento do século XVIII para organização da sociedade se desenvolveu em torno da ideia de contratualismo. Como destaca Enzo Roppo “*de Hobbes a Spinoza, de Locke a Rousseau, é comum aos filósofos deste período a ideia de que a sociedade nasce e baseia-se no consenso, no acordo, precisamente no contrato (o Contrato Social de Rousseau)*”²⁰.

Neste contexto, impulsionado pelos ideais da Revolução Francesa, a liberdade de contratar e a igualdade formal entre as partes, os quais não existiam na sociedade feudal, passam a ser a se constituir os pilares da sociedade capitalista, porquanto tecnicamente apresentam-se como sinônimo de “justiça”, nesse sentido afirma Orlando Gomes:

O contrato surge como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social. Não se levava em conta a condição ou posição social dos sujeitos, se pertenciam ou não a certa classe, se eram ricos ou pobres, nem se consideravam os valores de uso, mas somente o parâmetro de troca, a equivalência de mercadorias²¹.

O Código Civil Francês – *Code Napoléon*²² – de 1804 configurou-se no primeiro código que traça os anseios da burguesia, baseados nos princípios de liberdade, igualdade e propriedade. Conforme destaca Rosalice Fidalgo Pinheiro, liberdade contratual e autonomia da vontade se entrelaçam para fazer da vontade livre a pedra de toque da teoria contratual clássica, sob os contornos do

¹⁹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 28.

²⁰ Ibid., p. 29.

²¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.8.

²² “Em agosto de 1800, uma comissão foi nomeada para elaborar o projeto. Eram quatro os seus componentes: Tronchet, Bigot du Prémameneu, Portalis e Maleville. Todos eram advogados profissionais e haviam sido educados sob o Antigo Regime. Tronchet, que era um notável especialista em Direito consuetudinário, foi encarregado de presidir a comissão. Ele e Bigot du Prémameneu eram originários do norte, região de Direito costumeiro. Portalis era especialista e reconhecidamente o mais brilhante entre seus pares. É de sua autoria o famoso *Discours Préliminaire*, que serviu como explicação da filosofia do Código. Ele e Maleville vinham do sul, região de Direito escrito. O projeto foi concluído em apenas quatro meses. [...] A votação do Código foi realizada por etapas, sendo que, a partir de 5 de março de 1803, 36 leis foram aprovadas separadamente, correspondendo aos 36 títulos do Código”. (ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil**. Belo Horizonte, 2003, p. 38).

voluntarismo jurídico²³. O contrato neste Código era subordinado aos meios de aquisição da propriedade, como descrito por Paulo Lobo:

A concepção tradicional do contrato está estreitamente vinculada à concepção de propriedade privada individual, também difundida nesse ambiente histórico. O contrato foi estruturado a partir da projeção dos modos de adquirir e, principalmente, de transferir a propriedade. Assim é que a liberdade de propriedade individual manifestou-se sob a forma de liberdade contratual, ambas destituídas de função social²⁴.

Nesta perspectiva, como relata Enzo Roppo, liberdade de contratar significava *“livre possibilidade, para a burguesia empreendedora, de adquirir os bens da nobreza, detentora e improdutiva da riqueza, e livre possibilidade de fazê-los frutificar com o comércio e com a indústria”*²⁵.

Assim, o contrato no sistema francês estava alicerçado na autonomia da vontade, que se constituía na expressão da ideologia individualista e do processo de produção capitalista, para o fim de possibilitar a livre circulação da propriedade, baseado em uma rigorosa responsabilidade contratual coercitiva pelo Estado.

Quase um século depois do nascimento do Código de Napoleão, mas ainda sobre a influência dos ideais burgueses, de liberdade, igualdade e propriedade, em 1896 foi editado o Código Civil Alemão – *BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)*²⁶, o qual difere-se de seu antecessor por trazer o contrato como espécie de uma categoria geral e ampla intitulada negócio jurídico:

O Código Civil alemão, conhecido pela abreviatura de suas iniciais BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), possui 2.385 artigos, distribuídos em cinco livros que contém a Parte Geral, o Direito das Relações Obrigacionais, o Direito

²³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 32.

²⁴ LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

²⁵ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 45.

²⁶ “Em 1873, uma emenda à Constituição conferiu aos órgãos imperiais a competência para legislar sobre todo o Direito Civil, sem o que não seria possível pensar num código único para a nação. Já em fevereiro de 1874, foi nomeada uma comissão, depois chamada de comissão prévia, composta de cinco eminentes juristas, com o único objetivo de elaborar uma proposta sobre o plano e o método que deveriam ser seguidos no preparo do projeto de código civil. Nesse mesmo ano, foi nomeada outra comissão, formada por onze membros, entre os quais se destacava a figura do ilustre romancista Windcheid. [...] Somente em 1887, a comissão concluiu o trabalho, apresentado aquele que ficaria conhecido como o primeiro projeto. [...] Uma segunda comissão foi nomeada em 1890, formada por dez membros permanentes e doze membros eventuais, sendo que estes eram a maior parte das pessoas conhecidas do mundo da economia. Depois de cinco anos de trabalho a comissão apresentou o segundo projeto. O projeto foi votado e aprovado em 1886, recebendo poucas alterações em plenário. Foi publicado em 18 de agosto desse mesmo ano, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1900”. (ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil**. Belo Horizonte, 2003, p. 48).

das Coisas, o Direito de Família e o Direito das Sucessões. A existência de uma parte geral é, sem dúvida, uma de suas mais importantes inovações²⁷.

Neste viés, Paulo Lobo afirma que os pandecistas alemães do século XIX construíram um sistema integrado do negócio jurídico, em que o contrato é espécie, tendo como elemento nuclear a declaração de vontade²⁸.

Orlando Gomes aponta que, no conceito moderno de contrato, lastreado na igualdade formal entre as partes e no consentimento livre, “*não havia distinção se o objeto era um bem de consumo ou um bem essencial, um meio de produção ou um bem voluptuário*”²⁹, importando apenas a sua avaliação patrimonial. Como bem conclui Rosalice Fidalgo Pinheiro, os indivíduos, considerados como as vontades que repousam nos polos de uma relação jurídica, tornam-se tão somente as vozes por trás das mercadorias³⁰.

Para Paulo Lobo, a teoria clássica de contrato criou um direito privado abstrato e a noção de autonomia privada, ambos adeptos da racionalização da economia e do individualismo jurídico, favoráveis aos grupos econômicos, das finanças, do comércio e da indústria, em desfavor das profissões e classes sem capital, convertendo-se em instrumento de uma sociedade injusta³¹. Nestes termos, o contrato moderno se desenvolveu lastreado no conteúdo econômico e patrimonial, desprendido de uma função social.

Ao contrário de outras nações ocidentais do século XIX, o Brasil não codificou as suas leis civis nesse século, passando diretamente do sistema das Ordenações Filipinas ao Código Civil de 1916³². Assim, as Ordenações Filipinas tiveram vigência na legislação civil brasileira por mais de três séculos.

Aponta Orlando Gomes que, em vista do estado caótico da legislação, malograram no Império, três tentativas de codificação: a de Teixeira de Freitas (1859), a de Nabuco de Araújo (1872) e a de Felício dos Santos (1881)³³.

²⁷ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil**. Belo Horizonte, 2003, p. 50.

²⁸ LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

²⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.8.

³⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 34.

³¹ LOBO, op. cit., p. 20.

³² Id., 2003, p. 3

³³ Ibid., p. 11

Quando em 1º de janeiro de 1917 entra em vigor o Código Civil brasileiro de autoria de Clóvis Beviláqua:

Em 1898, Campos Sales assumiu a presidência da República e, no ano seguinte, por indicação de Epitácio Pessoa, Ministro da Justiça, escolheu para elaborar o tão esperado código o jovem jurista cearense Clóvis Beviláqua, professor de Legislação Comparada na Faculdade do Recife. Tendo iniciado seu trabalho em abril desse mesmo ano de 1889, foi ele concluído no mês de outubro. O trabalho foi impresso e remetido a juristas e entidades especializadas. Em seguida foi nomeada uma comissão, sob a presidência de Epitácio Pessoa, com o objetivo de rever o projeto. A Comissão realizou 51 reuniões e procedeu a inúmeras modificações no texto, concluindo seu trabalho em agosto de 1900. Uma segunda revisão do projeto foi realizada, dessa vez com a presença de Beviláqua. O projeto revisto foi apresentado ao Congresso Nacional, em mensagem do Presidente da república, no dia 17 de novembro de 1900. [...] Depois de intensos debates e muitas modificações, o projeto foi aprovado na Câmara em 1902 e, logo em seguida, enviado ao Senado. Ali encontraria a oposição decidida de Rui Barbosa. [...] Sendo os motivos nobres ou nem tanto, o fato é que com a oposição de Rui, além das sucessivas apreciações de emendas na Câmara e novamente no Senado, o projeto foi aprovado muito mais tarde, convertendo-se na Lei n. 3071 de 1º de janeiro de 1916³⁴.

Em que pese a tardia codificação da legislação civil no Brasil, a influência dos ideais burgueses e capitalistas oitocentistas são latentes no Código Civil de 1916, que se desenvolveu consubstanciado pelo enaltecimento do direito de propriedade e do direito contratual em detrimento dos demais institutos. De acordo com Rose Melo Vencelau Meireles o Código Civil de 1916 pouco trata da tutela da pessoa quando não estão envolvidos interesses patrimoniais³⁵.

Contudo, durante o longo período de discussão e votação do projeto, o País já dava mostras das intensas modificações que iria conhecer. Não demoraria que se sentisse a necessidade de reformar o Código Civil de 1916³⁶.

Destarte, em 1967, Miguel Reale inicia o processo de elaboração do novo Código Civil brasileiro, que após longo período de discussão no Congresso Nacional e centenas de emendas, foi aprovado no ano de 2001 e sancionado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 10 de janeiro de 2002, como a Lei 10.406, entrando em vigor no dia 11 de janeiro de 2003:

³⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil.** Belo Horizonte, 2003, p. 48.

³⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana.** Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 2.

³⁶ ROBERTO, op. cit., p. 75.

Logo em 1967, o Brasil conhece a terceira tentativa de reformar seu Código Civil. Ao que parece, a missão teria sido confiada inicialmente ao filósofo do Direito, Miguel Reale que, em seguida teria convocado outros juristas para auxiliá-lo. [...] Em 1972, a comissão concluiu o projeto e o publicou pela primeira vez. [...] Tendo incorporado 700 das inúmeras emendas sugeridas, o Anteprojeto foi novamente publicado em 1973. Finalmente, em 1975, o projeto foi enviado ao Congresso Nacional. Após substanciais alterações, foi aprovado na Câmara dos Deputados em 1983, sendo enviado para o Senado no ano seguinte. Ali, em razão da redemocratização do País e da expectativa de elaboração de uma nova Constituição, os trabalhos forma interrompidos. [...] Depois da Constituição de 1988, o projeto de Código Civil saiu do centro dos debates sobre renovação do ordenamento privado até cair no completo esquecimento. Dormiu por muitos anos nos gabinetes do Congresso Nacional. Abruptamente despertado, o projeto foi aprovado no Senado e na Câmara em 2001. Nessa última fase, inumeráveis emendas foram efetuadas com o objetivo de adequar o projeto à nova realidade constitucional, dando-lhe, ao final, a feição de uma colcha de retalhos³⁷.

Apesar das inúmeras alterações feitas no projeto do Código Civil de 2002, merece destaque que as suas propostas originárias foram desenvolvidas dentro de um forte conteúdo liberal, na década de sessenta, muito anterior a redemocratização do País, por isso imprescindível adentrar no percurso da passagem do Estado de Direito Liberal para o Estado Democrático de Direito, para se compreender a leitura do direito civil à luz dos direitos fundamentais.

1.2 A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A DEFINIÇÃO DE NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Aponta Ingo Sarlet que há controvérsia acerca de onde, por que e como nasceram os direitos fundamentais, em virtude disso, destaca três etapas acerca do devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas:

a) uma fase pré-histórica, que se estende até o século XVI. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem. A partir do século XVI, mas principalmente nos séculos XVII e XVIII a doutrina jusnaturalista, de modo especial por meio das teorias contratualistas, chega ao seu ponto culminante de desenvolvimento. Foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a ideia de

³⁷ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil.** Belo Horizonte, 2003, p. 83-84.

direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período; c) *uma fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos*³⁸.

Com efeito, o movimento de codificação dos direitos fundamentais iniciou-se nos primórdios do século XVIII³⁹, com o Estado de Direito Liberal. Rosalice Fidalgo Pinheiro afirma que na passagem do medievo para a modernidade, o Estado de Direito Liberal traz consigo um novo padrão de juridicidade, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder⁴⁰.

Nos últimos anos do século XVIII, a Europa assistiu o despertar de um movimento que marcaria profundamente a história do Direito. É o movimento de codificação. As ideias iluministas e as construções juracionistas haviam preparado um novo conteúdo jurídico. Mas faltava uma ponte para ligar os novos pensamentos aos velhos ordenamentos jurídicos. A questão era como transformar com as novas ideias os antigos sistemas. A resposta, encontrada primeiramente na teoria, mas que logo se realizou na prática, foi a elaboração dos códigos. Foram eles que deram forma aos novos conteúdos⁴¹.

Neste prisma, aponta Gomes Canotilho que *“a concepção do individualismo possessivo passou a influenciar decisivamente a teoria liberal dos direitos fundamentais, considerados como direitos de defesa do cidadão perante o Estado, o qual deveria abster-se da invasão a autonomia privada”*⁴².

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 44.

³⁹ Segundo o Professor Ingo Sarlet citando Perez Luño, “o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XVIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade. Todavia, em que pese possa ser considerado o mais importante documento da época, a *Magna Charta* não foi nem o único, nem o primeiro, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os faróis outorgados pelos reis portugueses e espanhóis”. (Ibid., p. 49).

⁴⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 49 e 50.

⁴¹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil**. Belo Horizonte, 2003, p. 33.

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 384.

Assim, no Estado de Direito Liberal os direitos fundamentais tinham efeitos apenas nas relações entre Estado e os cidadãos. Tais direitos não interferiam nas relações privadas, porquanto, no plano privado, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade. Os direitos fundamentais se concretizavam basicamente para que o indivíduo se defendesse da intervenção excessiva do Estado na autonomia privada. Por consequência, como aponta Judith Martins-Costa, *“falar-se na relação entre Direitos fundamentais e Direito Privado – ou, mais ainda, entre Direitos Fundamentais e relações jurídicas privadas – constituía uma impossibilidade histórica”*⁴³.

Nesse modelo de Estado, conforme assevera Gomes Canotilho, a autonomia da vontade era considerada *“bem supremo, essencialmente cristalizada no direito à vida, à liberdade e à propriedade”*⁴⁴. Por conseguinte, resta aos direitos fundamentais uma dimensão tão somente subjetiva⁴⁵.

Refletindo sobre a autonomia da vontade no Estado de Direito Liberal Teresa Negreiros conclui:

A identificação entre as recém-conquistadas liberdades públicas e a propriedade está não apenas na origem das reivindicações e conquistas da classe burguesa, mas também, de forma muito nítida, nos sistemas de direito civil então codificados. A propriedade privada erige-se em fundamento e símbolo da liberdade, ao mesmo tempo que o exercício daquele direito se supõe igualmente livre, assim como a sua circulação, através do livre exercício da autonomia negocial⁴⁶.

Nesse universo, o Direito Civil era o grande código no Estado de Direito Liberal, a justiça estava contida na lei, a lei era posta pelo parlamento que era considerada a expressão da sociedade. A Constituição estava em segundo plano, como pano de fundo para criar as condições deste direito, desta concepção de justiça a partir da sociedade civil, da liberdade, igualdade e propriedade. Tal concepção, nos ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, apresentava o Direito Privado como o *“coração de toda a vida jurídica”*⁴⁷.

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. **Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil**. in SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.82.

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 384.

⁴⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 50.

⁴⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 102/104.

Como destaca Ana Carolina Brochado Teixeira:

Na concepção mais tradicional que perdurou por muito tempo, a liberdade foi direcionada à ampla possibilidade de participar de relações jurídicas patrimoniais sem interferência do Estado, configurando-se uma tutela negativa. [...] No Estado Liberal praticamente tudo era permitido na seara patrimonial, o que se percebia na facção de contratos, resultado da racionalidade oitocentista, que impunha uma dialética negocial baseada eminentemente na lógica econômica⁴⁸.

Assim, se formou o constitucionalismo, no final do século XVIII e se desenvolveu nos séculos XIX e XX, com a separação entre direito e moral, entre público e privado, sem margem para interpretação do direito.

Entretanto, o modelo de Estado de Direito Liberal, ao longo dos anos, passou a ser insuficiente para atender aos novos interesses sociais. A ausência de preocupação com os problemas sociais, o impacto decorrente da industrialização e do crescimento populacional, bem como a existência de grandes desigualdades impuseram ao Estado a realização de ações com objetivos de justiça social.

Paulo Bonavides preceitua que o auge da crise vem positivado pela Constituição de Weimar, em que as declarações de direitos se voltam para a sociedade e não para o indivíduo, tentando reconciliar o Estado com a sociedade, em que se formou um Constitucionalismo tendente a limitar os poderes do Estado, colocando em destaque os direitos sociais, conforme destaca referido autor:

[...] a Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado Social ainda não havia nascido. As dores da crise se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social⁴⁹.

Todavia, como destaca Suzana de Toledo Barros, “o *nacional-socialismo transformou a Alemanha em comunidade rúcida e corrompeu a Constituição de Weimar, com a ditadura de Hitler, mostrando que a positivação de um bem não é suficiente para amparar esses direitos*”⁵⁰. Em virtude destes acontecimentos, logo após a Segunda Guerra

⁴⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e Autonomia Privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 127/131.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.231/233.

⁵⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 47/48.

Mundial, em 1948, a Organização das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, como expõe citada autora:

A inesquecível herança do genocídio, com milhões de vítimas e a destruição de valores morais e espirituais da humanidade foram, entre outras, as consequências trágicas da 2ª Guerra Mundial, provocada pelo delírio da conquista de povos, pelo programa de destruição racial e pelas doutrinas totalitárias do nazi-fascismos. Para substituir a chamada *Liga das Nações*, dezenas de países criaram a Organização das Nações Unidas (ONU), tendo como objetivos fundamentais; a) manter a paz e a segurança internacionais; b) promover relações amistosas entre os Estados; c) funcionar como centro polarizador de diálogo e de aproximação entre as nações e os povos para a solução de problemas internacionais de natureza econômica, social, cultural e política; d) efetivar o respeito aos direitos humanos⁵¹.

Logo em seguida, em 1949, a Constituição Alemã consagra o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. A partir deste ponto, surge um novo constitucionalismo que reconhece força normativa as regras contidas na Constituição, deixando de ser apenas uma figura política, como descrito por Luís Roberto Barroso:

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, sobretudo após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tornar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração. No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988⁵².

Por derradeiro, Rosalice Fidalgo Pinheiro conclui pelo surgimento de um movimento de reivindicação de direitos, o qual trouxe o avanço do princípio democrático, influenciado pela ideologia socialista. Liga-se a democracia ao ideal de igualdade e desenha-se um novo paradigma: o Estado Social de Direito⁵³.

⁵¹ DOTTI, René Ariel. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Curitiba: Lex editora: 2006, p. 7.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

⁵³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 35.

É neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, como muito bem define Ingo Sarlet, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico, conforme relatado por este autor:

No Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas⁵⁴.

A tutela da liberdade do indivíduo, representada pela autonomia privada, foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana⁵⁵. Nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira:

Historicamente, o princípio da dignidade tem um significado muito relevante nos ordenamentos jurídicos ocidentais, tendo em vista que depois das grandes guerras mundiais a pessoa humana voltou-se para si, para sua ontologia, verificando a necessidade de proteger a si mesmo e a seus pares. Paulatinamente, a pessoa humana foi assumindo a centralidade dos sistemas jurídicos, de modo a tornar-se fim último do Direito e não meio para conseguir outros fins⁵⁶.

Em sintonia com estas mudanças, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, assinala Ingo Sarlet, “*ser inédita a outorga dos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do status jurídico que lhe é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional*”⁵⁷.

Nos ensinamentos de Gomes Canotilho, o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem como centro da titularidade de direitos⁵⁸. Assim, como aponta Ana Carolina Brochado Teixeira, a inserção do princípio da dignidade no primeiro artigo

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.395.

⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 72.

⁵⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e Autonomia Privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 113.

⁵⁷ SARLET, op. cit., p.75.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 416.

da Constituição significa um marco relevante, em relação ao ordenamento anterior, que a antecedeu, que fora criado para um Estado ditatorial e patrimonialista⁵⁹.

Como afirma Rose Melo Vencelau Meireles, no novo Código Civil não passa despercebida a posição que a pessoa alçou no sistema jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, afirmando que:

A disciplina dos direitos da pessoa é tratada independentemente do seu patrimônio. Na Parte Geral, por exemplo, conquanto ainda considere a personalidade como atributo jurídico no seu art. 2º, há um capítulo destinado aos chamados direitos da personalidade. Direitos estes que, mesmo sendo ditos da personalidade, muitas vezes são tutelados antes da aquisição da personalidade civil, bem como admitem projeções para depois do fim da personalidade civil. Ao tratar, portanto, dos direitos da personalidade, o Código Civil de 2002 considera a personalidade também como valor. Do mesmo modo, na Parte Especial pode-se verificar a autonomia das situações de cunho existencial, quando no Livro IV, do Direito de Família, trata-se separadamente no Título I, Do Direito Pessoal e no Título II, Do Direito Patrimonial⁶⁰.

Com efeito, sobre a influência da tutela da dignidade da pessoa humana no Direito Civil, Teresa Negreiros conclui que:

O direito civil voltado para a tutela da dignidade da pessoa humana é chamado a desempenhar tarefas de proteção, e estas especificam-se a partir de diferenciações normativas correspondentes a diferenciações que implodem a concepção outrora unitária de indivíduo, dirigindo-se, não a um sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, mas sim a uma pessoa situada concretamente nas suas relações econômicas-sociais (é o caso, no âmbito do direito contratual, das normas de proteção ao consumidor, ao locatário, ao usuário de plano de saúde, etc. – as chamadas *person-oriented rules*)⁶¹.

Destarte, em razão das mudanças de paradigmas, o direito constitucional brasileiro passou a disciplinar também as relações privadas, em que foi incorporado ao Direito Civil o dever de observância aos preceitos constitucionais, gerando uma necessidade de releitura de seus institutos tradicionalmente postos, como explicita Maria Celina Bodin de Moraes:

Como é notório, no decorrer do século XX, com o advento das Constituições dos Estados Democráticos, os princípios fundamentais dos diversos ramos do Direito, e também os princípios fundamentais do direito privado,

⁵⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e Autonomia Privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 114.

⁶⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 11.

⁶¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.18.

passaram a fazer parte dos textos constitucionais nos países de tradição romano-germânica. Diversamente do que normalmente se considera, porém, parece insuficiente constatar a mera transposição dos princípios básicos do texto do código civil para o texto da Lei Maior. É preciso avaliar sistematicamente a mudança, ressaltando que, se a normativa constitucional se encontra no ápice do ordenamento jurídico, em consequência, as normas diretivas, ou normas-princípios, para a reconstrução do sistema de Direito Privado. É preciso, portanto, buscar perceber e valorar o significado profundo, marcadamente axiológico, dessa “constitucionalização” do direito civil⁶².

Em face desse contexto, segundo Rosalice Fidalgo Pinheiro entra em cena a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por obra da qual seus efeitos não estão mais confinados às relações entre cidadãos e Estado, mas são transpostos para as relações privadas, suscitando uma eficácia irradiante⁶³, conforme destaca Ingo Sarlet:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas⁶⁴.

Nestes termos, nas palavras de Cláudia Lima Marques os direitos fundamentais são as novas “*normas fundamentais e estes direitos constitucionais influenciam o novo Direito Privado, a ponto de o direito civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos*”⁶⁵.

No magistério de Maria Celina Bodin de Moraes:

Nos Estados Democráticos, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais. O Direito Constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto de convivência coletiva, função que já foi exercida

⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 68.

⁶³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 87.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.395.

⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 264.

pelos códigos civis. À diferença, porém, da codificação, redigida pelos juristas à luz dos valores de uma classe dirigente, os textos constitucionais, ao menos tendencialmente, são elaborados por um legislador democrático. Desse modo, ignorar os princípios constitucionais, ou interpretá-los à luz do código civil, como ainda hoje, sob considerações variadas, alguns têm feito, significa desconsiderar o princípio da democracia ou tentar escamoteá-lo com a ideia de uma “razão lógica”, de um cientificismo obrigatório, ou apenas subordinar-se à força da tradição⁶⁶.

Nesta linha de raciocínio, Paulo Nalin acentua que na construção dos novos paradigmas do Direito Civil, mostra-se mais do que oportuna “*a aproximação da Constituição ao Direito Civil e de todo o ordenamento civil, em busca de uma leitura politicamente atualizada*”⁶⁷.

Como bem conclui Rosalice Fidalgo Pinheiro sem importar no aniquilamento das categorias jurídicas de Direito Privado, os direitos fundamentais nele atuam com uma feição transformadora: “*a soberania da autonomia da vontade é rompida*”⁶⁸. E com isso, os contratos passam por grandes transformações no Estado Democrático de Direito, em que o Estado possui um papel decisivo nessa relação entre cidadão/cidadão para apaziguar as imensas desigualdades do sistema tradicionalmente posto.

Assim, em oposição ao modelo clássico, o modelo contemporâneo de contrato traz a necessidade de obediência aos novos princípios constitucionais trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Nas lições de Gustavo Tepedino podem ser extraídos da Carta Magna ao menos quatro princípios fundamentais em matéria contratual: “*dignidade da pessoa humana, o valor social da livre iniciativa; igualdade substancial; solidariedade social*”⁶⁹. Assim, a concepção clássica de contrato foi superada pelo novo contrato, atento à boa-fé objetiva, função social dos contratos e à pessoa humana, sem desconsiderar os ditos princípios clássicos.

Destarte, como aponta Fabíola Santos Albuquerque, o contrato passa a exercer funções tais como: a de instrumento de circulação distributiva de riquezas, a

⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 70.

⁶⁷ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. V.II. Curitiba: Juruá, 2006, p. 86.

⁶⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 55.

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125.

de mantenedor da igualdade formal e material das partes, além da exigência de um atrelamento a uma função social⁷⁰.

Para Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, a função social afirmada como acesso a bens fundamentais é relevante para revelar a inadequação das concepções reducionistas que subordinam a função social do contrato ao dado econômico, conforme explicita:

Se função social fosse “mercado”, por certo seria difícil fundamentá-la na consecução de prestações atinentes à moradia, à saúde, à educação, à subsistência. Em homenagem à higidez do contrato operação econômica e à sua função promotora de eficiência econômica tais bens fundamentais, assim reputados pela ordem constitucional, indispensáveis ao livre desenvolvimento da personalidade e à obtenção de uma vida digna, poderiam ser deixados em segundo plano se a função social pudesse ser colonizada por uma lógica economicista⁷¹.

Por conseguinte, pode-se dizer que há uma nova concepção de contrato, conforme relata Claudia Lima Marques, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: “*interesse social*”⁷². Diante disso, Ana Carolina Brochado Teixeira, enfatiza que a autonomia privada foi fortemente limitada pelo caráter social do Estado, embora continue tendo sua matriz patrimonial, passou a conviver com a função social⁷³.

Após a apresentação dos mais importantes processos de codificação e o desenvolvimento do contrato alicerçado na autonomia da vontade, atualmente constata-se que com as transformações impostas pela sociedade contemporânea, o contrato deixou de ser o espaço soberano da autonomia da vontade oitocentista e as relações privadas passam por novos contornos, devido a influência dos direitos fundamentais, impulsionadas pela centralidade do ordenamento no princípio da dignidade humana, levando a um novo paradigma, que será desenvolvido no próximo item.

⁷⁰ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **O Direito do Consumidor e os Novos Direitos**. in MATOS, Ana Carla (org.). *A Construção dos Novos Direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 85.

⁷¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s). Repensando a dimensão do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 289.

⁷² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 211.

⁷³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e Autonomia Privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 134.

1.3 O PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE NOS CONTRATOS

As classificações e sistematizações dos contratos fazem parte da dogmática jurídica, para o fim de facilitar e embasar a fundamentação na resolução das controvérsias, como explicita Teresa Negreiros:

De fato, o saber jurídico, através da dogmática, especializa-se na formulação de classificações e sistematizações que, no entanto, muito além de servirem como orientação didática baseada em mecanismos de pura lógica, constituem um eficaz instrumento para resolução de casos concretos⁷⁴.

Aponta Orlando Gomes, que os contratos se classificam em diversas categorias, suscetíveis, isoladamente de subordinação às regras idênticas ou afins, conforme destaca:

Conforme distintos critérios, os contratos são; a) bilaterais ou sinalagmáticos e unilaterais; b) onerosos e gratuitos, subdividindo-se aqueles em comutativos e aleatórios; c) consensuais e reais; d) solenes e não-solenes; e) principais e acessórios; f) instantâneos e de duração; g) de execução imediata e de execução diferida; h) típicos e atípicos; i) pessoais ou intuito personae e impessoais; j) civis e mercantis; l) individuais e coletivos; m) causais e abstratos⁷⁵.

Importa ressaltar, contudo, que as classificações dos contratos, como tradicionalmente postas, não levam em conta a importância do objeto contratado, para realizar diferenciações no tratamento jurídico. Como assevera Teresa Negreiros, o objeto do contrato não é explorado como elemento de caracterização, de uma dada classe de contratos, a ser discriminada em função da sua relevância, para a satisfação das necessidades existenciais da parte contratante⁷⁶, conforme expõe:

Isto significa que, com base na criteriologia tradicional, o contrato de compra e venda, por exemplo, de uma joia e de um remédio é o mesmo e único contrato; o contrato de prestação de um serviço essencial, como serviço de assistência médica, ou de um serviço de entretenimento, idem. Ou seja, as classificações usuais não levam em conta a influência que o interesse não-

⁷⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 351.

⁷⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.83.

⁷⁶ NEGREIROS, op. cit., p. 352.

patrimonial deve exercer na individualização da normativa aplicável às diversas situações contratuais⁷⁷.

Nestes termos, Teresa Negreiros propõe uma revisão das classificações tradicionais dos contratos, como uma consequência das modificações impostas pela releitura do direito civil com base nos ditames constitucionais e na centralidade do ordenamento na dignidade da pessoa humana, para que não seja privilegiada apenas a forma do contrato para sua classificação, mas também o seu conteúdo, na busca pela igualdade substancial entre as partes⁷⁸, conforme destaca citada autora:

Neste sentido, procura-se a seguir ilustrar de que forma a evolução mais recente da tipologia contratual sinaliza para o aparecimento de novas classes de contrato cujo critério individualizante, ao invés de privilegiar apenas a forma, desce à substância do vínculo contratual, criando-se meios de distinguir os contratos à luz das necessidades concretas dos contratantes e, conseqüentemente, à luz da desigualdade de poder negocial entre os mesmos⁷⁹.

Assim, o foco da relação jurídica deixa de ser o patrimônio e passa para os sujeitos envolvidos, de modo que tanto as situações existenciais quanto as patrimoniais devem ser garantidas pelo princípio constitucional da dignidade humana, como define Pietro Perlingieri, com o termo “*despatrimonialização*” do direito civil:

Com o termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade, fim a si mesma, do produtivismo, antes e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concernente à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência, de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a “humilhar” a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa⁸⁰.

⁷⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.364.

⁷⁸ Ibid., p. 363.

⁷⁹ Ibid., p. 365.

⁸⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 33.

A repersonalização do direito civil, sem nenhum compromisso com o liberalismo econômico, segundo Orlando de Carvalho, trata de repor o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação, não apenas como ator, mas, sobretudo, *“como o móbil que especialmente explica a característica técnica desta regulamentação”*⁸¹.

Importante marco no Direito brasileiro, com relação à classificação dos contratos, é o contrato de adesão, pois segundo Teresa Negreiros, o mesmo traz o indivíduo para o foco na determinação da relação jurídica, baseado na vulnerabilidade de uma das partes, reconhecendo a necessidade de um tratamento jurídico diferenciado⁸². Sobre o contrato de adesão, define Orlando Gomes:

Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas⁸³.

Os contratos de adesão caracterizam-se na uniformidade e no caráter absoluto das cláusulas unilateralmente preestabelecidas pelo contratante. Existe um poder de apenas uma parte de definir o conteúdo do contrato, como destaca Orlando Gomes:

O intento do predisponente é obter, de número indeterminado de aderentes, a aceitação passiva das mesmas condições, de sorte que seja invariável o conteúdo de todas as relações contratuais. A uniformidade é uma exigência da racionalização da atividade econômica que ele se propõe a desenvolver. Tornar-se-ia impraticável se, para exercê-la, houvesse de estipular os contratos pelo método clássico. A predeterminação das cláusulas caracteriza, com maior vigor, o contrato de adesão por ser modo objetivamente idôneo para atingir sua finalidade⁸⁴.

É própria do contrato de adesão a discrepância da força de vontade entre os contratantes. Como define Orlando Gomes, no modo de formação pela adesão, sem alternativa para uma das partes ao esquema contratual, não admite negociações

⁸¹ CARVALHO, Orlando de. Apud MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 13.

⁸² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.368.

⁸³ GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão. Condições Gerais dos Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.3.

⁸⁴ Ibid., p.9.

preliminares e nem modificação das cláusulas preestabelecidas⁸⁵. Nestes termos, como destaca Teresa Negreiros, “a vulnerabilidade de uma das partes passa a ser elemento de diferenciação do regime jurídico estabelecido entre as partes”⁸⁶.

Assim, os novos ditames constitucionais impuseram a superação da teoria contratual clássica, essencialmente patrimonialista, para uma releitura do direito contratual como instrumento de realização de aspectos sociais, a fim de justificar a imposição de um regime jurídico de acordo com, a maior ou menor, satisfação das necessidades existenciais, pelo bem contratado, das partes envolvidas. Para a concretização dessa nova classificação dos contratos Teresa Negreiros propõe uma nova categorização dos bens, para que os mesmos sejam considerados em relação à pessoa do contratante, e não apenas, com base na sua destinação meramente patrimonial⁸⁷.

O Código Civil atual classifica os bens em quatro categorias: a) considerados em si mesmos; b) considerados uns em relação aos outros; c) conforme a natureza do titular do domínio; d) conforme a sua negociabilidade. Destarte, a destinação do bem para referido Código é a sua destinação meramente patrimonial, ou seja, ainda em uma perspectiva essencialmente patrimonialista do direito moderno.

Todavia, como alerta Teresa Negreiros, essa classificação dos bens tradicionalmente posta negligencia a importância do bem ao qual o contrato se relaciona. Destarte, com vistas a adequar o direito contratual à nova dogmática Civil-Constitucional, Teresa Negreiros, fazendo uma analogia às regras sobre benfeitorias, propõe uma nova classificação dos bens em: a) essencial; b) útil; ou c) supérfluo; sem romper, contudo, com o sistema classificatório em vigor. Este novo critério tem o fim reconhecer uma diferenciação dos bens, com base na função que desempenham para a pessoa que deles serve⁸⁸.

Como um dos importantes fundamentos da sua tese, Teresa Negreiros, se utiliza da essencialidade do bem como critério de imputação jurídica do Direito Tributário, eis que tal ramo do Direito está intimamente ligado com a tipologia relativa

⁸⁵ GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão. Condições Gerais dos Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.3.

⁸⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 368.

⁸⁷ Ibid., p. 365.

⁸⁸ Ibid., p. 406.

aos bens⁸⁹. Segundo citada autora, o Sistema Tributário Nacional prevê, em diferentes artigos, a fixação da alíquota de tributação sobre produtos e mercadorias em razão de sua essencialidade, aduzindo que o critério para definir dita essencialidade está relacionado à capacidade contributiva⁹⁰. Afirma que o Código Tributário Nacional institui a isenção tributária para certos bens com fundamento na essencialidade, com vistas à manutenção de uma vida digna⁹¹, conforme conclui:

Ainda assim, parece possível determinar que certos bens são essenciais por natureza na medida em que se demonstre o caráter universal de sua imprescindibilidade para a vida humana: alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico e higiênico. [...] O fato é que, consagrada na Constituição, a essencialidade, conjugada ao princípio da capacidade contributiva, compõe um critério básico de qualquer política fiscal, instrumento de distribuição de renda e justiça social⁹².

Seguindo esta linha de raciocínio, a proposição de uma nova classificação dos bens no âmbito do Direito Civil, leva a proposição de um novo paradigma da teoria do contrato: o paradigma da essencialidade. Como destaca Pietro Perlingieri, um dos autores italianos precursores desta tese, “*o novo paradigma do contrato implica no distanciamento do individualismo e da patrimonialidade contratual, que avança no sentido de colocar o Direito Civil na moldura dos direitos fundamentais à pessoa humana*”⁹³.

Assevera Teresa Negreiros, autora que trouxe esta tese para a doutrina brasileira, que o paradigma da essencialidade constitui um instrumento para se distinguirem os contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante, propondo uma nova categorização dos bens objeto dos contratos, de acordo com a sua utilidade existencial⁹⁴. O parâmetro para dita essencialidade deve levar em consideração a satisfação, ou não, das necessidades básicas existenciais da pessoa que contrata e sua vulnerabilidade. Rose Melo Vencelau Meireles conceitua que, existenciais são as situações jurídicas pessoais ou personalíssimas no momento em que a

⁸⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 407.

⁹⁰ Ibid., p. 408.

⁹¹ Ibid., p. 413.

⁹² Ibid., p. 413.

⁹³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 4.

⁹⁴ NEGREIROS, op. cit., p. 31.

titularidade e realização coincidem com a promoção da dignidade da pessoa humana⁹⁵, tal autora conclui que:

As situações jurídicas subjetivas existenciais, portanto, servem imediatamente ao desenvolvimento da personalidade, o que corresponde ao principal interesse social do ordenamento jurídico brasileiro que é a promoção da dignidade humana⁹⁶.

Teresa Negreiros aponta que, da classificação na legislação atual, a que melhor transcende a tese do paradigma da essencialidade é a definição do conceito de bem de família, porquanto como aponta, o bem de família revela uma ruptura com os modos tradicionais de classificação dos bens, levando em consideração a destinação do bem conforme as necessidades existenciais da parte, abrindo novos caminhos para o intérprete na resolução dos conflitos⁹⁷, como conclui referida autora:

Na classificação dos bens, o elemento inovador é precisamente a destinação existencial, que, em contraposição à destinação patrimonial, eleva a pessoa, isto é, as necessidades humanas mais elementares, a ponto de referência para a individualização de espécies diversas de bens. O impacto deste enfoque existencial é nítido o respeito do bem de família⁹⁸.

⁹⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 36.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 45.

⁹⁷ “De acordo com a disciplina introduzida pela Lei nº 8009/90, tem-se que: a) o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar é impenhorável e não responde por qualquer dívida contraída pelo cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas na Lei (art. 1º); b) a impenhorabilidade compreende o imóvel com as respectivas construções, plantações, benfeitorias, equipamentos e móveis que guarneçam a casa, desde que quitados (§ único); c) excluem-se os veículos de transporte, as obras de arte e os adornos suntuosos (art. 2º); d) tratando-se de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário (art. 1º, § único); e) a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução, observadas as exceções que constam dos números I a VII do art. 3º; (f) não se beneficia do disposto nesta Lei o devedor que de má-fé, sabendo-se insolvente, adquirir um imóvel mais valioso e transferir para lá a sua residência (art. 4º); (g) neste caso poderá o juiz transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar posterior, ou anular-lhe a venda, de forma a liberar o imóvel mais valioso para a execução ou concurso, conforme a hipótese (art. 4º, § 1º); (h) quando a residência familiar consistir em imóvel rural, a impenhorabilidade se restringirá à sede da moradia, com os respectivos bens móveis, e, no caso do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, se estenderá à área delimitada como pequena propriedade rural (art. 4º, § 2º); (i) delimita-se o conceito de residência, para o efeito da impenhorabilidade: o único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente (art. 5º); (j) finalmente, dispõe-se que, se o casal ou entidade familiar for possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para este fim, no Registro de Imóveis, nos termos do art. 70 do Código Civil.”(NEGREIROS, op. cit., p. 441).

⁹⁸ *Ibid.*, p. 441.

Nos ensinamentos de Teresa Negreiros a definição do bem de família, nos termos da Lei 8009/90 fixa a primazia da pessoa humana em detrimento dos valores meramente patrimoniais, protegendo assim o mínimo existencial do indivíduo⁹⁹.

Destarte, a essencialidade do bem contratado define-se pela necessidade existencial dos contratantes, a qual está intimamente ligada aos direitos fundamentais, que são a base para sobrevivência do indivíduo, a fim de determinar o regime contratual estabelecido entre as partes. Ou seja, bens essenciais são os bens que oferecem o conteúdo mínimo para uma vida digna. Esse conteúdo do mínimo existencial será desenvolvido no presente trabalho no último capítulo.

Os efeitos trazidos pelo paradigma da essencialidade se traduzem no estabelecimento de diferenciações nos regimes contratuais, em vista da essencialidade, ou não, do bem com relação às necessidades existenciais da parte do contrato tutelado.

Reconhece-se que em determinados contratos, que colocam em jogo o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, há necessidade de um tratamento jurídico diferenciado dos demais com objeto meramente patrimonial. Já os contratos que têm por objetivo bens supérfluos, regem-se pelos princípios contratuais clássicos, vigorando uma intervenção mínima estatal¹⁰⁰.

Deste modo, o paradigma da essencialidade se constitui em um caminho para o intérprete do Direito fundamentar a intervenção estatal na autonomia privada para assegurar a concretização das necessidades existenciais do indivíduo vulnerável e assegurar a igualdade material entre as partes. Como explicita Teresa Negreiros:

O paradigma da essencialidade, de acordo com o qual a medida da utilidade existencial do objeto do contrato deve ser fator considerado pelo ordenamento jurídico como relevante na apreciação de conflitos entre os princípios contratuais, é, neste contexto, capaz de dar à prática judiciária um ponto de apoio para argumentações sensíveis às necessidades dos contratantes¹⁰¹.

⁹⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 442.

¹⁰⁰ Ibid., p. 442.

¹⁰¹ Ibid., p. 342.

Na opinião de Carlos Eduardo Pianovski a intervenção no contrato, assegurando o acesso a bens essenciais, com conseqüente satisfação de direitos existenciais do contratante, é ferramenta que promove a ampliação da liberdade substancial dos contratantes¹⁰², nesse sentido citado autor utiliza-se da seguinte argumentação:

Um critério para identificar qual nível de liberdade como efetividade pode ser reputado como exigível pode ser o recurso aos direitos fundamentais e sociais. A atuação do particular, bem como do Estado-legislador e do estado-juiz, para, por meio do contrato, assegurar a satisfação de direitos como subsistência (corolário do direito à vida), moradia, educação e saúde é ferramenta de incremento de liberdade como efetividade¹⁰³.

É possível cogitar a existência de contratos constituídos por situações jurídicas subjetivas existenciais, nos quais estão em jogo os direitos da personalidade. É o caso do contrato de uso de imagem em revista publicitária, cujo inadimplemento contratual poderá ser caracterizado, se o uso da imagem não se dar estritamente nos termos em que foi contratado.

Contudo, há outros contratos que não têm situações existenciais como componentes de sua estrutura, mas como um meio de satisfação de interesses existenciais, em razão da natureza dos bens envolvidos. Em tal caso, o inadimplemento por uma das partes, em prejuízo aos fins existenciais de uma das partes, pode acarretar responsabilidade por dano moral¹⁰⁴.

Em atenção a estas ideias, indaga-se a possibilidade de “contratos existenciais”. Antônio Junqueira de Azevedo cogita de tais contratos, asseverando que têm como partes ou uma delas, pessoas naturais, que visam com o negócio sua subsistência. Também se incluiriam as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Tais contratos colocam em jogo o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, reclamando um regime jurídico que respeite tais direitos. Deste modo, é possível desconsiderar cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens. Ao lado dos contratos existenciais, o autor identifica contratos de lucro, que se realizam entre

¹⁰² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s). Repensando a dimensão do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 292.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 292.

¹⁰⁴ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 292/293.

empresas ou entre profissionais, esquivando-se da interferência dos juízes, sob pena de perturbar o funcionamento do mercado ou do exercício das profissões¹⁰⁵.

Considerando-se os contratos de planos de saúde como contratos que visam a satisfação de interesses existenciais, indaga-se acerca a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nessa relação privada, com vista à manutenção de uma vida digna dos usuários.

¹⁰⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. apud LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

CAPÍTULO 2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

2.1 OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE ENTRE A LIVRE INICIATIVA E A JUSTIÇA SOCIAL

A Constituição Federal brasileira expressa em seu artigo 196 que: “A *saúde é direito de todos e dever do Estado*”, assegurando ao cidadão o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

O artigo 197 da Carta Magna de 1988 preceitua que a saúde pode ser prestada diretamente pelo Poder Público, através do Sistema Único de Saúde (SUS), como, também, por entidades privadas, que poderão participar de forma complementar ao SUS.

Assim, o sistema brasileiro de saúde como salientando, é híbrido, sendo prestado tanto pelo poder público, como pela iniciativa privada. A saúde pública é prestada diretamente pelo SUS, e o sistema privado também denominado de saúde complementar é prestado pela rede privada de serviços de assistência à saúde¹⁰⁶.

Neste sistema híbrido, o Estado estendeu à iniciativa privada, através da saúde complementar, a oportunidade de complementar tais serviços. Como define Gabriel Schulman, “*entende-se por saúde complementar a prestação de serviços à saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único de Saúde, vinculada a um sistema privado e organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas - operadoras de planos de saúde*”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ No entanto, em que pese a Carta Magna expressar que a saúde é direito de todos e dever do Estado, Jesse Souza identifica que ainda que no discurso dominante os princípios do SUS não sejam negados, a atenção à saúde universal e igualitária não possui condições objetivas de se concretizar, relatando a crise existente no Sistema Único de Saúde. Um dos problemas que costumou ser associado à ineficiência do SUS foi o impasse que o país viveu na década de 1990, com as crises fiscais, na Previdência, e nos consequentes problemas de financiamento ao SUS. A falta de mecanismos estáveis e efetivos para seu financiamento diante do aumento da cobertura e de suas atribuições permitiu seu menor alcance e efetividade, não apenas em relação ao volume de recursos, como também em sua forma de repasse do governo federal para estados e municípios. (SOUZA, Jesse. **A raiz brasileira. Quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011, p. 311).

¹⁰⁷ SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contratos na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.201.

Hoje, segundo dados da ANS¹⁰⁸, o setor brasileiro de planos e seguros de saúde é o segundo maior sistema privado de saúde do mundo, por isso na atualidade as operadoras de plano de saúde desempenham um papel fundamental na sociedade brasileira, as quais têm abarcado a prestação de serviços à saúde de aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) da população brasileira, pois atualmente mais de 49 (quarenta e nove) milhões de brasileiros são cobertos por algum tipo de plano de saúde no Brasil¹⁰⁹.

O artigo 199 da Constituição Federal prescreve que: “*A assistência à saúde é livre à iniciativa privada*”. Nestes termos, a saúde suplementar no Brasil, por ser prestada pelo setor privado, está dentro da esfera das relações econômicas, com a exploração da atividade lucrativa pelas operadoras de planos de saúde. Destarte, aos contratos de plano de saúde aplica-se o princípio da livre iniciativa.

O Estado Democrático de Direito estabelece como um dos seus fundamentos no artigo 1º da Constituição Federal: “*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*”¹¹⁰. Por sua vez, o artigo 170 dispõe que a livre iniciativa deve obedecer aos ditames de justiça social e da solidariedade social, tendo como base os seguintes princípios norteadores:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX - Tratamento favorecido para as empresas de

¹⁰⁸ Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>>. Acesso em: 30 de novembro de 2013.

¹⁰⁹ Os planos de saúde têm origem na fundação das Santas Casas de Misericórdia, as quais atuaram como principais prestadoras de serviços hospitalares no país de forma filantrópica, desde o período colonial até a primeira metade do século XX. Ainda no século XX, o sistema de saúde brasileiro desenvolvendo-se a partir da previdência social. Foi quando surgiram as chamadas Caixas de Aposentadorias e Pensões, inicialmente para os trabalhadores da estrada de ferro. Depois vieram os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), unificados no que se chamou Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que gerou o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps), criado em 1974. As oportunidades de exploração econômica da assistência à saúde surgiram no final da década de cinquenta, com o processo de industrialização, em que as instituições hospitalares privadas consolidaram-se como as principais prestadoras de serviço à classe média emergente, a partir da previdência social do Século XX. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos/historico>>. Acesso em: 18 de julho de 2013.

¹¹⁰ BRASIL. Constituição Federal, 1988.

pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País¹¹¹.

Sendo assim, como descrito por Paulo Lobo, a livre iniciativa só recebe a tutela constitucional se for desenvolvida em harmonia com os interesses sociais e não apenas em razão dos interesses individuais¹¹², conforme destaca:

Portanto, na Constituição brasileira, a livre-iniciativa, em sentido estrito, não constitui princípio fundamental da ordem jurídica. Princípio fundamental é a conformação da livre-iniciativa aos valores sociais que deve realizar e não ela própria, que deve ser concebida como pressuposto da atividade econômica, em virtude da opção constitucional pela economia de mercado regulado. Por essa razão, o art. 170 não se refere a ela expressamente como princípio nem como diretriz da ordem econômica. Se fosse princípio fundamental do Estado e da ordem jurídica, estariam interditados o Poder legislativo e o Poder Judiciário (principalmente o STF) de exercerem o controle da atividade econômica, pois qualquer lei editada nessa direção colidiria com o princípio da livre-iniciativa, se assim fosse considerada. A própria natureza do Estado Social de Direito – no âmbito dos poderes privados econômicos – estaria comprometida. Segundo a Constituição, a livre-iniciativa tem por objetivo o progresso social, que não se confunde com os objetivos privados do empresário¹¹³.

No ensinamento de Rose Melo Vencelau Meireles a ordem econômica do artigo 170 somente alcança seu escopo se promover a justiça social, através da concretização da dignidade humana, como destaca:

Isso se confirma a partir da leitura do art. 170, *caput*, da Constituição da República, onde se tem a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa – também fundamentos da República, consignados no art. 1º, IV -, mas cujo fim é assegurar a todos a existência digna. Verifica-se, assim, que o constituinte elegeu a dignidade da pessoa humana como valor maior do ordenamento, uma vez que estabelece a existência digna como finalidade da ordem econômica, submetendo as situações jurídicas patrimoniais a um juízo de merecimento de tutela, somente alcançado se o seu escopo for o de promover a dignidade humana¹¹⁴.

Justiça Social no sentido de promover as reduções das desigualdades materiais na sociedade. Nesse sentido, Orlando Gomes traduz tal pensamento na

¹¹¹ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

¹¹² LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

¹¹³ *Ibid.*, p. 50.

¹¹⁴ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: renovar, 2009, p. 9.

ideia de que o poder negocial dos contratantes passa a ser funcionalizado, submetido, a interesses coletivos ou sociais¹¹⁵.

A funcionalização da liberdade contratual implica em uma mudança nos paradigmas do direito privado, em que os novos princípios da boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social do contrato são incorporados e absorvidos pela nova teoria contratual. Conforme explicita Paulo Lobo, “*o princípio da função social do contrato importa a especialização, no âmbito das relações negociais, do princípio constitucional da justiça social*”¹¹⁶.

A funcionalização do contrato tem seu fundamento constitucional no princípio da solidariedade e na afirmação do valor social da livre iniciativa, cabendo ao Estado consolidar tal funcionalização de forma a não causar efeitos negativos no contexto social e garantir a sua aplicabilidade.

O dever de solidariedade está previsto no artigo 3º da Constituição brasileira como um objetivo da República Federativa, apresentando-se como uma finalidade de edificação de uma sociedade livre e justa. Nesse contexto, conforme enfatizam Bruna Lyra Duque e Adriano S’Antana Pedra, tem-se que em todas as relações privadas tal princípio deverá ser considerado. A função essencial de tais deveres está relacionada aos anseios comunitários, nos quais se situam as pessoas humanas¹¹⁷.

E em virtude disso, o Estado passa a ter um papel fundamental intervencionista regulatório das relações privadas. Almejando a igualdade real, ou seja, material, o Estado deve intervir na esfera privada. Como bem expõe Luís Edson Fachin:

A intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, em searas contratuais nunca antes tocadas pelo legislador se mostrou relevante. A liberdade contratual passa a ser encarada de forma mitigada, pois se reconhece que os pressupostos indispensáveis para a formulação do conceito contratual (liberdade e igualdade – formal – entre contratantes), não mais eram suficientes na contratação de massa¹¹⁸.

¹¹⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.48.

¹¹⁶ LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.

¹¹⁷ DUQUE, Bruna Lyra e PEDRA, Adriano S’Antana. **Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas**. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. V. 14, n. 14: 2013. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/345/335>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2014.

¹¹⁸ FACHIN, Luis Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2000.p.199-200.

A necessidade de adequação da livre iniciativa com a justiça social e a consequente funcionalização do contrato enseja uma maior intervenção estatal nas relações privadas que tutelam especialmente interesses existenciais de seus contratantes, com vistas a assegurar a dignidade da pessoa humana.

Esse tema foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319, que entendeu legítima a intervenção estatal no controle de reajuste de mensalidades escolares. Esse caso é particularmente interessante, como enfatiza Teresa Negreiros, *“pois a natureza da atividade em causa – e sua relação com a dignidade da pessoa humana – foi expressamente invocada como fundamento para legitimar a intervenção do Estado nos contratos respectivos”*¹¹⁹, conforme dispõem o acórdão do STF:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039 , de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e das outras providências. - Em face da atual Constituição , para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que e o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. - Não e, pois, inconstitucional a Lei 8.039 , de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares. - Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada Lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação a expressão "março" contida no parágrafo 5. do artigo 2. da referida Lei. Interpretação conforme a Constituição aplicada ao "caput" do artigo 2 ., ao parágrafo 5. desse mesmo artigo e ao artigo 4., todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "março" contida no parágrafo 5. do artigo 2. da Lei no 8.039 /90, e, parcialmente, o "caput" e o parágrafo 2. do artigo 2., bem como o artigo 4. os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada¹²⁰.

Analogicamente, como aponta citada autora, a medida que se delega às operadoras de planos de saúde a prestação de um serviço público, ou seja a saúde, passa-se a impor as mesmas responsabilidades sociais, que, em princípio, atuam nos quadros de um Direito Privado indiferente aos problemas¹²¹. Nessa linha, conclui a Ministra Nancy Andrigui em um julgado no Superior Tribunal de Justiça:

¹¹⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 468.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 319. Relator Min. MOREIRA ALVES. DJe 30/04/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

¹²¹ NEGREIROS, op. cit. p. 468.

Ao propor um seguro-saúde, a empresa privada está substituindo o Estado e assumindo perante o segurado as garantias previstas no texto constitucional. O argumento utilizado para atrair um maior número de segurados a aderirem ao contrato é o de que o sistema privado suprirá as falhas do sistema público, assegurando-lhes contra riscos e tutelando sua saúde de uma forma que o Estado não é capaz de cumprir¹²².

Como acentua Claudia Lima Marques para prevenir os eventos de saúde e transferir estes riscos para os fornecedores, “*organizou-se um sistema de assistência privada visando ao lucro, mas oferecendo qualidade e liberdade de escolha aos consumidores*”¹²³. O interesse patrimonial da operadora de plano de saúde para obtenção de lucro deve, por seu turno, ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste, desde que, devidamente prestado o serviço ao qual se obrigou, isto é, desde que receba o usuário de plano de saúde o tratamento adequado para a promoção, proteção e recuperação de sua saúde¹²⁴.

Em razão dessa necessidade de maior proteção estatal nas relações privadas de plano de saúde, além dos artigos constitucionalmente previstos, deve ser aplicada conjuntamente a legislação infraconstitucional protetiva, em especial a Lei 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor, ensejando um diálogo de fontes¹²⁵, como enfatiza Claudia Lima Marques:

Diálogo porque há influências recíprocas, diálogo porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)¹²⁶.

Segundo Marcelo Schenk Duque o diálogo de fontes enfatiza a existência de influências recíprocas: “*com aplicação conjunta ou subsidiária, na busca de*

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.053.810 - SP. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 15/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

¹²³ MARQUES, Claudia Lima. **Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários ao consumidor idoso**. in SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.183.

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.053.810 - SP. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 15/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

¹²⁵ MARQUES, op. cit., p. 485.

¹²⁶ Ibid., p. 668.

*mecanismos de solução flexíveis e abertos de integração, relacionando os direitos fundamentais ao direito privado*¹²⁷.

Além do mais, diferentemente de outros setores, o Estado determinou a criação de entidades responsáveis por normatizar, fiscalizar e autorizar a atuação das operadoras de planos de saúde, quais sejam: Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde, Conselho de Saúde Suplementar e Câmara de Saúde Suplementar, com vista a assegurar maior justiça social nos contratos de plano de saúde, diferenciando estes contratos dos outros com conteúdo meramente patrimonial¹²⁸.

2.2 A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE NA LEI 9.656/98

Apesar da previsão constitucional expressa para regulamentação da assistência à saúde privada, vale ressaltar que ocorreu uma lacuna nas relações privadas de saúde suplementar no Brasil entre a promulgação da Carta Magna e a sua regulamentação pela Lei 9.656/98, trazendo um grande prejuízo para os usuários, com a ausência de um controle efetivo do Estado nessas relações, como destaca Claudia Lima Marques:

Nestes anos em que o Estado esquivou-se de seus deveres, deu-se a formação de uma grande lacuna. O cidadão brasileiro ficou sem alternativas: submetia-se às imposições das empresas de convênios médicos ou ficava sem a prestação do serviço. A ausência de controle do Estado sobre as atividades das operadoras de convênio médicos, somada ao imenso volume de associados por contratos de adesão, resultou na hipertrofia da vontade do fornecedor de serviços. O desequilíbrio contratual tornou-se regra. Diante da torpeza na edição destas leis, o Poder Judiciário

¹²⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 389.

¹²⁸ Primeiramente, com a promulgação em 2000, da Lei nº 9.961 foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que se constitui em uma autarquia federal em regime especial, sua missão é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores. O Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), criado pela Lei 9.656/1998, e posteriormente alterado pelo Decreto nº 4.044/2001, é órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde. Já a Câmara de Saúde Suplementar, de caráter consultivo da estrutura da ANS, conforme a Lei 9.961/2000, tem como principal objetivo promover a discussão de temas relevantes para o setor de saúde suplementar no Brasil, além de dar subsídios às decisões da ANS. (Disponível em: <<http://www.fenaseg.org.br>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2012).

foi cada vez mais suscitado para decidir conflitos que poderiam ter sido evitados¹²⁹.

Neste período de lacuna o antigo contrato de seguro-saúde estava regulado somente pela Lei Geral de Seguros – Decreto-lei 73/66, não contanto com uma legislação específica para tanto, em que o usuário ficava submetido ao arbítrio das operadoras¹³⁰. Para preencher tal lacuna, após anos em tramitação no congresso nacional, a saúde suplementar foi regulamentada pela lei nº 9.656/98¹³¹.

A Lei 9.656/1998 define, em seu artigo 1º, inciso I, como 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 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.

Esse artigo da lei supracitado exige duas observações, como aponta Gabriel Schulman, em primeiro, a indeterminação de prazo e de teto para os gastos. Em segundo, permite a coparticipação, em que o contratante na hora que necessitar utilizar os serviços de saúde deve colaborar com parte dos custos¹³².

¹²⁹ MARQUES, Cláudia Lima et al (ccord). **Saúde e Responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde, Biblioteca de Direito do Consumidor – v.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.17.

¹³⁰ Conforme destaca Jesse Souza “a própria Constituição, ao garantir a liberdade à iniciativa privada, sem, no entanto, regulá-la, consagrou a segmentação do sistema de atenção à saúde, algo que seria confirmado com a legalização da rede privada, como uma rede de serviços distinta e independente da pública”. (SOUZA, Jesse. **A ralé brasileira. Quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011, p. 311).

¹³¹ Segundo o Juiz Maury Angelo Bottesini a Associação Brasileira de Medicina de Grupo – ABRAMGE e o CIEFAS – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde foram as entidades que prestaram grandes contribuições para a elaboração do Projeto de Lei 093/1993, somente aprovado em 12.05.98, que se converteu na Lei 9.656, de 03.06.98. (BOTTESINI, Maury Angelo. **A saúde como direito constitucional no Brasil**. in O papel dos planos de saúde. Rio de Janeiro: Cedes – Centro de estudos e debates Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2002).

¹³² SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contratos na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.204.

Ademais, a Lei 9.656/98 conceitua no seu artigo 1º, inciso II, Operadora de Plano de Assistência à Saúde como sendo: *“pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo”*.

Posteriormente, a Lei 10.185/2001 exigiu que as seguradoras, de caráter geral, que já atuavam no segmento do seguro saúde se transformassem em seguradoras especializadas, equiparando-as às operadoras e passando a estar subordinadas a uma nova estrutura de regulação e fiscalização vinculada ao Ministério da Saúde, juntamente com as outras modalidades de operadoras de planos de saúde privados, como bem elucidam Paulo Henrique de Almeida Rodrigues e Isabela Soares Santos:

Originalmente, o seguro de saúde é uma operação financeira, como seguro de carro, de imóvel, etc., em que o segurado paga um prêmio estabelecido pela seguradora e, no caso da ocorrência de um problema de saúde, este segurado será compensado financeiramente como pagamento da despesa médica e/ou hospitalar que tenha feito. Dessa forma, o seguro funciona mediante o reembolso de despesas. Na prática, entretanto, as seguradoras oferecem também a possibilidade de rede referenciada em que o usuário não precisa pagar diretamente pelo serviço, sendo a seguradora que o paga. Anteriormente à regulamentação feita pelo governo, os seguros de saúde eram operadoras por conglomerados financeiros que comercializavam seguros em diversos ramos, porém a Lei 10.185 de 10 de fevereiro de 2001 determina que o seguro de saúde só pode ser operado por seguradoras exclusivas do ramo de saúde¹³³.

Em que pese tenha havido uma uniformização para tratamento jurídico a todos os contratos que tenham por objeto a assistência à saúde privada, a ANS através da RDC nº 39, classificou oito modalidades de operadoras de saúde: Cooperativa Médica, Cooperativa Odontológica, Seguradora especializada em saúde, Odontologia de Grupo, Medicina de Grupo, Autogestão, Filantropia e Administradora¹³⁴.

¹³³ RODRIGUES, Paulo Henrique de Almeida e SANTOS, Isabela Soares. **Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS**. São Paulo: Atheneu, 2009, p. 133.

¹³⁴ Disponível em: <<http://www.fenaseg.org.br>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2012.

As cooperativas fundamentam-se na prestação de serviços de saúde pelo cooperado, sem objetivo de lucro, e se houver superávit ou prejuízo, este é dividido entre as cotas dos cooperados, conforme o disposto na Lei 5.764/1971 (Lei geral do cooperativismo). Sobre a modalidade cooperativa Paulo Henrique de Almeida Rodrigues e Isabela Soares Santos, destacam:

Teoricamente, as cooperativas adotam princípios diferentes dos princípios mercantis seguidos pelas empresas de medicina de grupo. Na prática, porém, as cooperativas adotam o mesmo formato de convênio com as empresas e ainda disputam a clientela com as medicinas de grupo, as seguradoras e filantrópicas. Inicialmente, o atendimento aos beneficiários das cooperativas era feito nas instalações dos cooperados, geralmente nos consultórios médicos. Hoje, entretanto, uma grande parte das cooperativas médicas tem hospitais e centros e diagnósticos para complementar o serviço ambulatorial oferecido em consultórios dos seus associados, além de credenciarem estabelecimentos. O pagamento dos usuários pelos serviços pode ser prévio ou a posteriori (pós-pagamento)¹³⁵.

Já as seguradoras especializadas em seguro saúde funcionam através do mutualismo, ou seja, quando um grupo de pessoas contribui financeiramente para que apenas alguns se utilizem dos recursos de um fundo mútuo, administrado por operadoras de planos, para o pagamento das despesas médicas.

A Medicina de Grupo e Odontologia de Grupo são operadoras que administram planos de saúde para indivíduos e famílias ou empresas empregadoras, em moldes empresariais. Para complementar o serviço próprio, é comum o credenciamento de outros serviços hospitalares e ambulatoriais, formando a rede credenciada da operadora¹³⁶.

Na modalidade Autogestão as empresas, associações ou sindicatos operam serviços de assistência à saúde ou empresas que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos, responsabilizam-se pelo plano privado de assistência à saúde de seus empregados ativos, aposentados, pensionistas e ex-empregados e respectivos grupos familiares, ou ainda a participantes e dependentes de associações de pessoas físicas ou jurídicas, fundações, sindicatos, entidades de classes profissionais ou assemelhados. Sobre a forma de financiamento da autogestão destacam os autores Paulo Henrique de Almeida Rodrigues e Isabela Soares Santos:

¹³⁵ RODRIGUES, Paulo Henrique de Almeida e SANTOS, Isabela Soares. **Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS**. São Paulo: Atheneu, 2009, p. 131.

¹³⁶ Ibid., p. 132.

A rede de serviços médico-hospitalares pode ser própria e conveniada. Há casos em que duas ou mais empresas de autogestão se conveniam e uma contrata os serviços de prestação de assistência da outra. Esta forma de terceirização desses serviços também é comum nas regiões do país em que a rede médica ou hospitalar tem pequena densidade, principalmente em municípios do interior. O financiamento do plano pode ser feito totalmente pela empresa empregadora ou contar com a participação do empregado. Em algumas operadoras de autogestão, geralmente naquelas organizadas por associações ou sindicatos, o financiamento é feito majoritariamente pelo usuário¹³⁷.

Já a modalidade Filantropia se constitui em entidades sem fins lucrativos, que operam planos privados de assistência à saúde e que possuem certificado de entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e declaração de utilidade pública federal, estadual ou municipal junto aos órgãos competentes.

Por fim, as Administradoras são empresas que administram exclusivamente planos de assistência à saúde, financiados pelo contratante e que não possuem risco decorrente da operação desses planos nem possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares ou odontológicos.

Assim, independentemente da forma jurídica adotada, todas as modalidades/organizações, acima expostas, que oferecem planos de assistência à saúde, devem ser qualificadas como “operadora de plano de plano de saúde” e submetidas à Lei 9.656/98¹³⁸. Portanto, o termo “contrato de plano de saúde” abarca todas as modalidades de prestação de serviços de assistência privada à saúde, como bem define Claudia Lima Marques:

Apesar de a Lei 9.656/98 nominar os antigos contratos de seguro-saúde como planos privados de assistência à saúde, indiscutível que tanto os antigos contratos de seguro-saúde, os atuais planos de saúde, como os – também comuns – contratos de assistência médica possuem características e sobretudo uma finalidade em comum: o tratamento e a segurança contra os riscos envolvendo a saúde do consumidor e de sua família ou dependentes¹³⁹.

¹³⁷ RODRIGUES, Paulo Henrique de Almeida e SANTOS, Isabela Soares. **Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS**. São Paulo: Atheneu, 2009, p. 133.

¹³⁸ SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contratos na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.268.

¹³⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 475.

Ressalta-se que após a edição da Lei 9.656/98 todos os contratos de plano de saúde devem seguir as suas regras legais preestabelecidas, pois, anteriormente, cada operadora possuía o seu parâmetro de contrato, dificultando a análise do usuário¹⁴⁰. Nesse sentido se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO QUE OPERAM PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO. NECESSIDADE DE REGISTRO PERANTE OS CONSELHOS REGIONAIS DE MEDICINA OU DE ODONTOLOGIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 282/STF. INTERPRETAÇÃO DE NORMA INSERTA EM RESOLUÇÃO NORMATIVA. INVIABILIDADE. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM" E DA PROIBIÇÃO DA "REFORMATIO IN PEJUS". [...] As pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, seja em que modalidade for, estão submetidas às disposições contidas na Lei nº 9.656/98 que, em seu artigo art. 8º, inciso I, exige registro nos Conselhos Regionais de Medicina ou de Odontologia como condição para obter autorização de funcionamento. 3. Ausente o prequestionamento de dispositivos apontados como violados no recurso especial, sequer de modo implícito, incide o disposto na Súmula nº 282/STF [...] ¹⁴¹.

Aduz Claudia Lima Marques que a nova Lei concretiza e exemplifica deveres de boa-fé, como de informação, cooperação e cuidados¹⁴². Assim, como importante ponto a Lei 9.656/98, em seu artigo 10, determina que todas as operadoras de plano de saúde são obrigadas a ofertar o plano referência. Este plano de referência é um plano base, que institui uma modalidade básica para referência do consumidor usuário na hora da contratação do plano de saúde, conforme expressamente dispõe:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de

¹⁴⁰ Ademais, a Resolução Normativa nº 195/2009 da ANS traz as formas para contratação dos serviços de operadoras de plano de saúde: individual, familiar ou coletivo. O plano privado de assistência à saúde individual ou familiar oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar. Já o plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária.

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça . REsp 1106887/CE. Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe 27/08/2013. Disponível em Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

¹⁴² MARQUES, Claudia Lima. **Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários ao consumidor idoso.** in SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.190.

enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

- I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;
- II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;
- III - inseminação artificial;
- IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;
- V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;
- VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;
- VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;
- IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;
- X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente¹⁴³.

Todavia, Claudia Lima Marques faz uma crítica ao plano de referência previsto no citado artigo 10, alegando ineficiência de tal instituto para proteção do usuário, pelos seguintes fatos:

Tal alteração tem se mostrado ineficaz para a proteção do consumidor por três motivos: o Plano-Referência é caro, o Plano-Referência é opcional, significa que quem não o "escolhe" deve ficar "feliz" com o que recebeu, perdendo argumentos para recorrer ao Judiciário, com base no Código de Defesa do Consumidor, contra outras exclusões ou falhas de seu plano, uma vez que "optou" ou não pode contratar um plano melhor; e, por último mencione-se que o próprio plano não é realmente mínimo, pois as próprias exclusões dos incisos serão objeto de regulamentação pela ANS e as regulamentações existentes até o momento têm diminuído os direitos dos consumidores¹⁴⁴.

Ademais, referida Lei, em seu artigo 12, permite às operadoras de plano de plano de saúde ofertarem algumas espécies de planos: planos ambulatoriais, plano hospitalar, plano hospitalar com obstetrícia e plano odontológico, isolados ou

¹⁴³ BRASIL. Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

¹⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima e SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Disponível em <www.mpes.gov.br> Acesso em 23 de julho de 2013, p. 61.

cumulativamente, respeitadas as amplitudes determinadas no plano de referência do artigo 10¹⁴⁵.

Não obstante, as definições legais, Claudia Lima Marques alerta para o perigo de interpretação do artigo 12 da Lei de Planos de Saúde, pois, não estão sendo interpretadas como "*mínimas*", mas sim como "*opcionais*", ensejando uma fiscalização rígida do Estado, conforme destaca:

Mencione-se igualmente o perigo das segmentações do Art. 12 da Lei, que segundo consta não estão sendo interpretadas como "*mínimas*", mas sim como "*opcionais*", assim como desvios estão sendo criados no mercado para fugir a esta norma, como os cartões de descontos e outros "*não-planos*". Grande parte das discussões jurisprudenciais tinha como objeto a interpretação da abrangência dos contratos, as operadoras afirmando que o seu contrato não cobria determinado tipo de atendimento, "*internações*" e o consumidor considerando que fez um seguro ou plano "*mínimo*" e que, pela "*lógica*" ou o direito, tais atendimentos básicos deveriam estar cobertos. Na situação antiga o consumidor tinha mais vantagens individuais, pois pelo menos a jurisprudência podia considerar abusiva esta segmentação e determinar livremente o conteúdo do contrato com base nos deveres de boa-fé na execução dos contratos impostos pelos Código de Defesa do Consumidor. O Art. 12 legaliza esta prática de segmentação da prestação das operadoras, logo deve ser acompanhado de uma segura atuação da ANS fiscalizando se as prestações mínimas estão ou não sendo cumpridas e estão asseguradas nos contratos. Neste caso, a atuação da ANS parece-me ser *ex vi* lege somente para beneficiar o consumidor (§5º do Art. 19 da lei). A situação atual é coletivamente mais segura, no mérito, porém, piorou-se a situação do consumidor, de forma que o consumidor terá de firmar vários planos ou seguros para poder ter uma proteção razoavelmente mínima de saúde, o que é extremamente lamentável. O Art. 12 assegura a

¹⁴⁵ O plano ambulatorial inclui a cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; bem como cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente. Já o plano hospitalar inclui cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos. Cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente. Cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação. Cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar. Cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro. E cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos. Por sua vez, o plano com atendimento obstétrico inclui cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto. E inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção. Por fim, o plano com atendimento odontológico deve incluir cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente. Cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia. E cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral.

cobertura de todas as doenças do Classificação de Doenças da OMS, o que é positivo, mas o caput do § 1 art. 12 assegura as empresas o direito de oferecer planos menores do que o Plano-referência e segmentados, ficando a dúvida que efetividade terá esta norma se o próprio plano-referência conhece tantas exclusões¹⁴⁶.

As maiores discussões jurisprudenciais se centralizam justamente no âmbito de definição de abrangência da cobertura contratual, justamente em razão desta lacuna existente no citado artigo 12.

Por seu turno, destaca-se que a Lei 9.656/98 proíbe algumas cláusulas e práticas abusivas, justamente porque não informadas, não suficientemente destacadas ou esclarecidas, porque unilaterais ou porque desequilibradoras do equilíbrio contratual, como enfatiza Claudia Lima Marques:

O Art. 11 da lei proíbe a cláusula de exclusão de cobertura de doenças preexistentes, após 24 meses, já o parágrafo único do Art.13 da Lei veda a recontagem de carências, a suspensão ou rescisão unilateral em alguns casos; assim também o Art. 15 veda o aumento de faixas não previsto e a variação para consumidores com mais de sessenta em algumas condições. Aqui, como são cláusulas defesas em lei, há nulidade absoluta (Lei 9.656/98 c/c Art. 145. V do Código Civil Brasileiro ou c/c Art. 51, IV do CDC). Mencione-se ainda o Art. 16 da lei que impõe um dever de informar às operadoras¹⁴⁷.

Referida Lei, ainda, delimita, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, o objeto do contrato de plano de saúde:

Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: a) custeio de despesas; b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada; c) reembolso de despesas; d) mecanismos de regulação; e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais¹⁴⁸.

O contrato de plano de saúde firmado entre as partes prevê a prestação de serviços à saúde ou cobertura de custos assistenciais, mediante pagamento de

¹⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima e SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Disponível em <www.mpes.gov.br> Acesso em 23 de julho de 2013, p. 62.

¹⁴⁷ Ibid., p. 37.

¹⁴⁸ BRASIL. Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

valor, com atendimento em rede própria ou credenciada. O artigo 16 da Lei 9.656/98 define as cláusulas essenciais, ou seja, os requisitos mínimos exigidos de um contrato de plano de saúde:

Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:

I - as condições de admissão;

II - o início da vigência;

III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames;

IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o *caput* do art. 15;

V - as condições de perda da qualidade de beneficiário;

VI - os eventos cobertos e excluídos;

VII - o regime, ou tipo de contratação:

a) individual ou familiar;

b) coletivo empresarial; ou

c) coletivo por adesão;

VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de coparticipação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica;

IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária;

X - a área geográfica de abrangência;

XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias.

XII - número de registro na ANS¹⁴⁹.

No conceito de Claudia Lima Marques os contratos de plano de saúde configuram-se como contratos cativos e de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, que é assegurar para o usuário o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde¹⁵⁰, conforme elucida:

O objeto principal desses contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos/garantias referentes a futura necessidades de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso) dos riscos futuros à saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (pré-pagamento) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo, os consumidores manterão relações de conveniência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes, exigentes, burocráticas e mais impeditivas do que) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes (consumidores-equiparados)¹⁵¹.

¹⁴⁹ BRASIL. Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

¹⁵⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 485.

¹⁵¹ Ibid., p. 488.

Ademais, referida autora afirma que os contratos de plano de saúde classificam-se como aleatórios, cuja prestação principal do fornecedor fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto, que é a doença dos usuários¹⁵². Como destaca o Ministro Luis Felipe Salomão:

[...] Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual¹⁵³.

As principais características dos contratos de planos e seguros de saúde são: a bilateralidade do contrato, a reciprocidade das obrigações e a aleatoriedade, como define Roberto Grassi Neto:

Os contratos objetivando estabelecer plano privado de assistência à saúde têm natureza jurídica bilateral e aleatória, uma vez impõem obrigações recíprocas entre as partes contratantes e condicionam a cobertura a acontecimento futuro e incerto, consistente na presença ou de lesão por parte do segurado ou beneficiário por ele previamente indicado¹⁵⁴.

Quanto ao contrato de plano de saúde a Ministra Nancy Andrighi conclui:

[...] Ao firmar contrato de seguro-saúde, o consumidor tem como objetivo a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, será dada a cobertura do risco de doenças, mediante o pagamento de despesas hospitalares, ambulatoriais e o reembolso de honorários médicos. O objetivo, portanto, é o de garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, desde que esteja prevista contratualmente a cobertura referente à determinada patologia. Assim, a seguradora se obriga a indenizar o segurado pelos custos com o tratamento adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade fundamental do seguro-saúde. Note-se que não se faz alusão aqui à cobertura referente a determinado tratamento ou procedimento médico e sim, a patologia ou doença¹⁵⁵.

¹⁵² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 488.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 962.980 - SP. Relator MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 15/05/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

¹⁵⁴ GRASSI NETO, Roberto. **O consumidor nas relações jurídicas com operadoras de planos privados de assistência à saúde**. In Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumidor. V II, nº 4. Curitiba: 2012, p. 50.

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.053.810 - SP. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 15/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

Destaca-se, por fim que os contratos de plano de saúde são regidos pela Lei 9.656/98, no entanto, apesar de tal Lei ser inovadora na regulamentação dos planos de saúde, ainda existem muitas lacunas, motivo pelo qual deve haver aplicação conjunta entre a Lei de Planos de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor, obedecidos os ditames da Constituição Federal. Por isso, imprescindível proceder à análise do contrato de plano de saúde como um contrato de consumo.

2.3 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COMO RELAÇÃO DE CONSUMO

2.3.1 O direito fundamental à defesa do consumidor

A Constituição Federal de 1988 dispensou especial atenção à defesa do consumidor, trazendo expressamente à proteção e defesa do consumidor, no artigo 5º, inciso XXXII: “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”. Conforme define Claudia Lima Marques:

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história dos textos constitucionais brasileiros, dispõe expressamente sobre a proteção dos consumidores, identificando-os como grupo a ser especialmente tutelado através da ação do Estado (Direitos Fundamentais, art. 5º, XXXII). Tendo em vista a nova importância prática e dogmática do texto constitucional de 1988, é esta uma inovação surpreendente no ordenamento jurídico brasileiro que traz profundos reflexos¹⁵⁶.

Em um segundo momento, a Constituição Federal posiciona a defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica, em seu artigo 170: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: inciso V- defesa do consumidor*”.

Mais adiante, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, em seu artigo 48, restou expressamente determinado a elaboração do Código de Defesa do Consumidor: “*Art. 48 ADCT. O Congresso*

¹⁵⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 595.

Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Assim, a Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (CDC) – foi editada em cumprimento ao referido artigo do ADCT, para o fim de tutelar o equilíbrio nas relações contratuais, ou seja, impedir que o poder econômico, de uma das partes, prevaleça frente à parte visivelmente hipossuficiente econômica e intelectualmente, da relação jurídica. Nestes termos, o CDC cria um novo sujeito de direitos, o consumidor, bem como normas e princípios específicos para protegê-lo e efetivar os seus direitos em detrimento das práticas abusivas do livre mercado, dominado pelo dogma da autonomia da vontade de apenas uma das partes.

Outro aspecto fundamental, é que a defesa do consumidor goza da chamada estabilidade constitucional, pois se inscreve nas disposições do artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal. Trata-se de cláusula pétrea, não podendo, por isso, ser abolida por emenda ou mesmo revisão constitucional. Como estabelece Gustavo Tepedino a Constituição funcionalizou os interesses patrimoniais do consumidor à tutela de sua dignidade e aos valores existenciais¹⁵⁷, conforme conclui referido autor:

Trata-se, portanto, de tutelar a pessoa humana (considerada em uma particular situação de inferioridade em face do fornecedor) que se mostra vulnerável na relação contratual, mais do que proteger o consumidor como uma categoria ou classe privilegiada, em detrimento dos empresários. A proteção jurídica do consumidor, nesta perspectiva, não pode ser estudada senão como um momento particular da ordem pública constitucional, que tem por objetivo maior a tutela da personalidade e dos valores existenciais¹⁵⁸.

Sendo assim, o constituinte eleva a proteção do consumidor à esfera constitucional, inserindo-o entre os direitos fundamentais. Com efeito, o *status* de direito fundamental tem sua origem na centralidade do ordenamento na dignidade da pessoa humana, com vistas a justificar a intervenção do Estado na atividade privada para proteger esses novos sujeitos denominados de consumidores, como define Ricardo Weber:

Como meio de atuar na relação de consumo, o Direito, através da Constituição Federal, firmou a defesa do consumidor como direito fundamental. Para que o consumidor, sujeito débil da relação jurídica, não

¹⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 124.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 124.

sofra por demais, com a sua sujeição ao mercado. Uma das prerrogativas do direito fundamental é impor limites ao mercado, por intermédio de valores aos quais devem se submeter às partes privilegiadas, no intuito de amenizar as desigualdades e a falta de liberdade do agente social e econômico da atualidade¹⁵⁹.

O direito fundamental de defesa do consumidor no ordenamento jurídico “é revelado por sua supremacia normativa, quer no campo da positividade (fundamentalidade formal), como também na seara de seu conteúdo essencial (fundamentalidade material)”¹⁶⁰.

Como acentua Claudia Lima Marques, trata-se da realização de um direito fundamental positivo de proteção do Estado para o consumidor em busca da igualdade material e da efetivação da dignidade da pessoa humana, alegando ainda que:

Ter direitos constitucionais assegurados é ter “liberdades e garantias”. Tratando-se de um direito fundamental, como ensina a doutrina alemã, estes direitos asseguram (garantem e estimulam) a efetivação da Dignidade do Homem, sua Liberdade e Igualdade. Queremos chamar a atenção aqui que este direito fundamental do consumidor no Brasil não é um direito “negativo” de igualdade (*Abwehrrechte auf negative Handlungen*), mas, sim, trata-se de um direito positivo, do direito à igualdade material (e tópica) reconstruída por ações positivas (*Rechte auf positive Handlungen*) do Estado em prol do indivíduo identificado com determinado grupo¹⁶¹.

De acordo com o entendimento de Ricardo Weber “a proteção do consumidor possui caráter de direito fundamental, haja vista que o consumo se tornou uma necessidade básica do ser humano, por isso imprescindível a mitigação da ingerência do mercado, com uma maior intervenção do Estado”¹⁶².

A proteção jurídica do consumidor pelo Estado se traduz na definição dos novos princípios trazidos pelo CDC: princípio da boa-fé objetiva; princípio do equilíbrio das prestações e princípio da vulnerabilidade, os quais, como destaca

¹⁵⁹ WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2009, p. 44.

¹⁶⁰ Ibid., p. 46.

¹⁶¹ MARQUES, Claudia Lima. **Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários ao consumidor idoso**. in SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.177.

¹⁶² WEBER, op. cit., p. 46.

Gustavo Tepedino funcionalizam a atividade econômica para que atenda aos valores constitucionalmente tutelados¹⁶³.

O princípio da boa-fé objetiva revela-se em um conjunto de deveres anexos ao regulamento que exige dos contratantes transparência e lealdade, compatíveis com os resultados perseguidos por ambas as partes na relação contratual¹⁶⁴.

O princípio do equilíbrio se fundamenta nos princípios constitucionais da solidariedade social e da igualdade substancial e tem por objetivo a diminuição das desigualdades sociais. Conforme ensina Gustavo Tepedino: *“o princípio do equilíbrio manifesta-se em diversos mecanismos de equilíbrio conferidos pelo legislador ao juiz, particularmente no que tange a revisão contratual”*¹⁶⁵.

Por fim, o princípio da vulnerabilidade também se fundamenta nos princípios constitucionais da solidariedade social e da igualdade substancial cujo objetivo é reconhecer a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo.

2.3.2 A delimitação das relações de consumo

Atualmente, denominam-se contratos de consumo todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens de serviços¹⁶⁶, em que existe um provável desequilíbrio, desfavorável a parte vulnerável, denominada de consumidor, conforme destaca Adalberto Pasqualotto:

O mercado coloca em posição de desigualdade os fornecedores e os consumidores. Aqueles detêm os meios de desigualdades os fornecedores e os consumidores. Aqueles detêm os meios de produção, distribuição, comercialização e financiamento dos bens e dos serviços aptos à satisfação das necessidades destes. Os primeiros impõem as condições dos contratos,

¹⁶³ WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2009, p. 125.

¹⁶⁴ Ibid., p. 126.

¹⁶⁵ Ibid., p. 130.

¹⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 302.

e os segundos sujeitam-se àquele domínio, anuindo inclusive a imposições abusivas, porque desprovidas de poder de barganha¹⁶⁷.

Como acentua Claudia Lima Marques, este desequilíbrio teria reflexos no conteúdo do contrato, daí nascendo a necessidade de o direito regular essas relações: *“de maneira a assegurar o justo equilíbrio dos direitos e obrigações, harmonizando as forças através da aplicação do Código de Defesa do Consumidor”*¹⁶⁸.

Como aponta Gustavo Tepedino o reconhecimento de uma relação de consumo implica na identificação nos contratantes das qualidades de consumidor e de fornecedor¹⁶⁹. Com efeito, o contrato de prestação de plano de saúde configura-se como contrato tipicamente de consumo, submetido às regras do Código de Defesa do Consumidor. Porquanto, ambas as partes se enquadram nas categorias de fornecedor (operadoras de planos de saúde) e consumidor (usuário do plano de saúde). A corroborar com tal entendimento o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 469 *“Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”*.

A configuração das operadoras de planos de saúde como prestadoras de serviços relativos à preservação da saúde não traz grandes discussões, porque se enquadram perfeitamente no conceito de fornecedor previsto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, conforme define Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer:

A análise da relação estabelecida entre as operadoras de planos e seguros de saúde evidencia uma modalidade especial de avença: trata-se de relação de consumo, já que as operadoras e seguradoras, prestando o serviço objeto de contratação de maneira reiterada e mediante remuneração, enquadram-se perfeitamente no conceito de fornecedores, conforme dispõe o art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Aliás, justamente tendo em vista a efetiva incidência de relação de consumo, o art. 3º da Lei 9646/98 determina expressamente a aplicação subsidiária do Código do Consumidor¹⁷⁰.

¹⁶⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. **A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde : uma interpretação construtiva**. In Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. V. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

¹⁶⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 302.

¹⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 126.

¹⁷⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carência**. in MARQUES, Claudia Lima et al. Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. Biblioteca de Direito do Consumidor – v.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.75.

Entretanto, identificar o sujeito protegido como consumidor no contrato de plano de saúde exige maiores especificações, por isso, imprescindível a conceituação de destinatário final nos termos do artigo 2º do CDC. Segundo Gustavo Tepedino, o direito brasileiro admite que seja considerado consumidor: *“tanto pessoa física quanto pessoa jurídica, desde que o adquirente do produto seja o seu destinatário final, ou seja, o produto ou o serviço deve sair objetivamente do mercado”*¹⁷¹. Disso resulta, a existência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a interpretação da expressão *“destinatário final”* de referido artigo, que deu origem a duas correntes.

A primeira, denominada teoria finalista possui uma interpretação restritiva do artigo 2º do CDC, a qual entende que para se configurar como destinatário final é necessário ser destinatário econômico do bem, porque uma vez adquirido para revenda ou para o uso profissional, o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço seria incluído no preço final do profissional que adquiriu, como bem define Claudia Lima Marques:

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para escritório ou residência: é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço¹⁷².

Conforme descrito por Gustavo Tepedino a teoria finalista possui uma interpretação mais restritiva do conceito vulnerabilidade, em que o consumidor seria em regra: *“a pessoa física e a pessoa jurídica em caráter excepcional, quando não tenha fins lucrativos e quando não utilize o produto ou o serviço adquirido na produção de outros produtos ou serviços”*¹⁷³.

Como acentuam Rosalice Fidalgo Pinheiro e Rúbia Carla Goedert esta interpretação tem o fim de tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável, ficando assim assegurado um nível mais alto de proteção para

¹⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 126.

¹⁷² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 304.

¹⁷³ TEPEDINO, op. cit., p. 127.

estes, pois a jurisprudência será construída em casos, onde o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo¹⁷⁴.

Por outro lado, a teoria maximalista entende que o Código de Defesa do Consumidor seria um Código Geral que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, devendo o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor ser interpretado mais extensivamente possível, para que possa ser aplicado a um número cada vez maior de relações de mercado, como acentua Claudia Lima Marques:

A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome¹⁷⁵.

Assim, Gustavo Tepedino aponta que a teoria maximalista estende a proteção contratual dos consumidores: *“a toda a contratação de serviços ou produtos, em que o adquirente consumidor seria toda pessoa física ou jurídica que retira o produto do mercado e o consome”*¹⁷⁶.

A teoria finalista foi atenuada, especialmente após o advento do Código Civil de 2002, ensejando o que Claudia Lima Marques denomina de *“finalismo aprofundado”*¹⁷⁷. Isso porque, segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pela teoria finalista fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido, como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo de um novo bem ou serviço¹⁷⁸.

Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo¹⁷⁹.

¹⁷⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. e GOEDERT, Rúbia Carla. **O contrato de consumo e a defesa do consumidor: um "ponto de encontro de direitos fundamentais"**. Disponível em <www.conpedi.org.br> Acesso em 23 de julho de 2013, p. 7.

¹⁷⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 305.

¹⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil. Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 127.

¹⁷⁷ PINHEIRO, op. cit., p.8.

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1195642 / RJ. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 21/11/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 27 de julho de 2013.

¹⁷⁹ Ibid.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ tem desencadeado para uma aplicação do denominando finalismo aprofundado:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. [...]3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor¹⁸⁰. [...]

Claudia Lima Marques expõe que em matéria de planos de saúde todos os destinatários finais do serviço médico são consumidores, tanto contratantes como terceiro, de tal modo que o destinatário final do serviço pode ser *“um terceiro no contrato, um beneficiário qualquer, um utilizador gratuito, um participante fortuito, um menor de idade, um absolutamente incapaz e mesmo assim é consumidor, desde que seja o destinatário final (fático e econômico) do serviço”*¹⁸¹.

Isso porque, os contratos de plano de saúde podem ser remunerados diretamente pelo usuário, por seu empregador ou pelo contratante principal dos planos coletivos e/ou familiares ou individuais.

Disso resulta que, o agente do mercado, os beneficiários, destinatários finais, os contratantes e as pessoas jurídicas, que se expõem ou intervêm nestas relações de consumo como representantes ou em benefício de seus empregados, associados ou sindicalizados, acabam por ser considerados consumidores¹⁸², conforme muito bem exemplifica Claudia Lima Marques:

Assim, se a sogra de um empregado de fábrica é a destinatária final de um serviço médico organizado por uma operadora de saúde é esta sogra

¹⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1195642 / RJ. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 21/11/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

¹⁸¹ MARQUES, Claudia Lima e SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Disponível em <www.mpes.gov.br> Acesso em 23 de julho de 2013, p. 37.

¹⁸² Ibid., p. 37.

consumidora, mesmo se sequer o empregado "pagou" algo à organizadora da cadeia (a operadora do plano de saúde), mas esta teve seu serviço remunerado pela empresa (consumidora indireta), que por sua vez não cobrou do empregado, nem da sogra. O serviço de consumo é que é remunerado, não se exige a remuneração pelo consumidor direto (destinatário final), mas sim por alguém, consumidor indireto ou por seu representante, consumidor-equiparado¹⁸³.

Ademais, não se pode deixar de destacar que além de contrato de consumo, o contrato de plano de saúde configura-se como contrato tipicamente de adesão, tendo em vista que as condições são unilateralmente impostas pelo fornecedor, cabendo ao consumidor, usuário, simplesmente aceitá-lo ou rejeitá-lo, não havendo poder de discussão sobre as cláusulas, que são simplesmente impostas ao consumidor.

O artigo 54, *caput*, do CDC define a figura do contrato de adesão e Cláudia Lima Marques, ainda, assinala três circunstâncias que caracterizam um contrato de adesão: *"1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte"*¹⁸⁴.

Todos esses elementos se fazem presentes no contrato de plano de saúde, o que, conseqüentemente, leva o consumidor a ser a parte hipossuficiente na relação. Sobre o assunto, o entendimento de Cláudia Lima Marques:

No caso dos contratos, o problema é o desequilíbrio flagrante de forças dos contratantes. Uma das partes é vulnerável (art. 4º, I), é o polo mais fraco da relação, pois não pode discutir o conteúdo do contrato ou a informação recebida; mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção, "pegar ou largar", isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar e procurar outro fornecedor. Sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato. Este desequilíbrio fático de forças nas relações de consumo é a justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos co-contratantes, protegendo o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente. Aqui, os dois grandes princípios da Justiça moderna (liberdade e igualdade) (assim ensina, em seu novo livro a volta à Justiça, o jus-filósofo alemão Braun, p. 142 e ss.) combinam-se, para permitir o limite à liberdade de um, o tratamento desigual a favor do outro (favor debelis), compensando a "fragilidade"/ "fraqueza" de

¹⁸³ MARQUES, Cláudia Lima e SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Disponível em <www.mpes.gov.br> Acesso em 23 de julho de 2013, p. 37.

¹⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 72.

um com normas "protetivas" (Calais-Auloy, 4 ed., n.18), controladoras da atividade do outro, resultando no reequilíbrio da situação fática e jurídica¹⁸⁵.

Portanto, verifica-se que o contrato de plano de saúde deve ser interpretado mediante interpretação teleológica e sistemática. Desta feita, há que se buscar e alcançar dispositivos legais que favoreçam e protejam o consumidor, de forma a estabelecer o mínimo de igualdade material e equilíbrio a uma relação que já se inicia de forma tendenciosa, a fim de resguardar um conteúdo mínimo de existência ao usuário de plano de saúde.

2.4 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

A busca pela saúde é uma realidade presente desde os primórdios da humanidade¹⁸⁶. Em um primeiro momento a saúde era compreendida como forma de preservação da espécie, a busca pela cura estava intimamente ligada a fenômenos mágicos (curandeiros, feiticeiros, etc.)¹⁸⁷. O conhecimento desenvolvido na Grécia antiga rompe com a ideia de magia e traz o primeiro conceito de saúde "*Mens Sana In Corpore Sano*", conforme destaca Germano Schwartz:

A Grécia antiga foi a grande fissura na concepção de o que é uma doença. O conhecimento dos gregos eliminou o ranço "mágico" e religioso, mesmo que cultuasse deuses da saúde. Hygieia era a deusa da cura. O primeiro conceito de saúde pode ser atribuído aos gregos da cidade-estado de Esparta. O brocardo "*Mens Sana In Corpore Sano*" é, em realidade, o marco primeiro da definição de o que é ter saúde¹⁸⁸.

¹⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.73.

¹⁸⁶ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.28.

¹⁸⁷ "É perfeitamente compreensível que a humanidade tenha primeiro pensado na saúde como forma de eliminação dos males que afligiam os componentes da espécie. Ao longo do tempo, os seres humanos foram invariavelmente acometidos por doenças que ameaçaram a sua sobrevivência. Nos tempos bíblicos, os surtos de lepra, peste e cólera era a grande preocupação da civilização. Na Índia e na China antigas, foi a varíola. Na antiguidade Greco-Romana, malária se fez presente. Na Idade Média, ocorreu a "Peste Negra", onda de peste bubônica que assolou a Europa, causando a morte de 25 milhões de pessoas. No séc. XVI, a crise de sífilis fez com que a Igreja dissesse que esta era uma resposta divina aos pecados individuais de cada um. Hoje, podemos afirmar, sem medo de errar que a AIDS e o câncer são doenças com potencial efeito destrutivo nos seres humanos, incluindo-se no rol das "grandes doenças" da humanidade". (Ibid., p.28).

¹⁸⁸ Ibid., p.28.

Na Idade Média, ocorreu um retrocesso, em que a saúde era compreendida como castigo divino e a cura somente ocorreria se o indivíduo merecesse.

O conceito de saúde grega retorna com a sociedade industrial, no Estado de Direito Liberal, com o simples objetivo de que o trabalhador não pode ficar doente, porque rompe com o sistema de produção capitalista, conforme relata citado autor:

A sociedade industrial do séc. XIX passa, portanto, a aliar ao conceito de saúde como ausência de doenças um novo componente: o trabalhador não pode adoecer porque prejudica o processo de acumulação capitalista pelo simples fato de não poder produzir. Com a industrialização da sociedade, a força de trabalho deveria ser a máxima possível, e a doença passou a ser considerada um transtorno ao funcionamento das indústrias. A saúde, basicamente, tinha uma concepção liberal: a de repor o indivíduo ao trabalho¹⁸⁹.

Entretanto, logo após a Segunda Guerra Mundial, em razão das consequências dela advindas, a saúde passou a ser entendida como um *“bem-estar físico, mental ou social”*, conceito desenvolvido pela Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS, em 26 de julho de 1946, constituindo-se em um marco teórico-referencial no tocante ao direito à saúde, conforme preceitua Germano Schwartz:

O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), órgão da ONU, refere que a *saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças*. Tal conceito é o primeiro princípio básico para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos. A OMS, portanto, em seu conceito, alargou o conceito de saúde, que anteriormente estava resignado aos aspectos “curativos” e “preventivos”. Adentra na chamada “promoção” da saúde ao propor que a saúde não é apenas a ausência de doenças, mas também um completo bem-estar físico, mental ou social¹⁹⁰.

O direito à saúde foi reconhecido internacionalmente em 1948, como direito social, quando da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU), conforme prevê expressamente o seu artigo XXII:

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos

¹⁸⁹ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.33.

¹⁹⁰ Ibid., p.35.

econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade¹⁹¹.

Como assevera Rene Ariel Dotti, a seguridade social, prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos, “*compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social*”¹⁹².

No âmbito das Organizações dos Estados Americanos o direito à saúde restou consagrado no “*Protocolo de San Salvador*” – Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – nos seguintes termos:

Artigo 10

Direito à saúde:

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:
 - a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
 - b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
 - c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;
 - d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
 - e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e
 - f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis¹⁹³.

¹⁹¹ DOTTI, René Ariel. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Curitiba: Lex editora: 2006, p. 56.

¹⁹² *Ibid.*, p. 56.

¹⁹³ BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Disponível em Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

No Brasil, o direito à saúde inicialmente foi incorporado apenas como “direito” à assistência em saúde dos trabalhadores, com vínculo formal no mercado de trabalho. Nesse contexto, a saúde não era considerada um direito subjetivo de todos, mas tão-somente um benefício da previdência social¹⁹⁴.

A consagração do direito à saúde se deu de forma expressa na Constituição Federal de 1988, ou seja, 40 anos após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, juntamente com um amplo rol de direitos sociais, consagrados no seu artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Destarte, a “saúde” passou então a ser considerada como um dos “direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica”, tal direito classifica-se como direito fundamental social e o seu conteúdo e forma de prestação estão previstos nos artigos 196 a 220 do mesmo texto constitucional.

Nessa ordem jurídico-constitucional, Ingo Sarlet define que o direito fundamental social à saúde possui uma dupla dimensão: negativa e positiva. Em sua dimensão negativa, a saúde revela-se como um direito de defesa, passível de ser oposto ao Estado ou aos particulares. Eis que se trata de bem jurídico fundamental, e, guardando esta característica, encontra-se protegida contra agressões que possam ser provocadas pelo Estado ou por terceiros. A estes, impõe-se o dever de não afetar a saúde das pessoas, sob pena de se configurar como inconstitucional¹⁹⁵.

Como destaca Daniel Sarmento, a dimensão defensiva do direito à saúde liga-se à obrigação de não adoção de qualquer comportamento que possa lesar ou

¹⁹⁴ Os primeiros movimentos pela Reforma Sanitária surgiram no início da década de sessenta. A luta pela Reforma Sanitária teve como um de seus pontos altos a realização, em 1986, da 8.ª Conferência Nacional de Saúde, evento que, pela primeira vez na história do país, permitiu a participação da sociedade civil organizada no processo de construção de um novo ideário para a saúde. A conferência foi norteada pelo princípio da “saúde como direito de todos e dever do Estado”. Suas principais resoluções foram confirmadas pela Constituição Federal, promulgada em 1988. Essa vitória foi fruto de intensa mobilização popular, que resultou na Emenda Popular da Saúde, subscrita por mais de 500 mil cidadãos brasileiros. (MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Caminhos do Direito à Saúde no Brasil**. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br>> Acesso em 10.02.2012).

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de Setembro de 2011, p.10.

ameaçar a saúde do seu titular¹⁹⁶. Nessa dimensão, Ingo Sarlet defende o princípio da proibição de retrocesso: não pode ser revogada legislação infraconstitucional que concretiza o direito à saúde¹⁹⁷.

Já a dimensão positiva ou prestacional do direito à saúde corresponde a deveres comissivos atribuídos ao polo passivo da relação fundamental. O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos para o miserável, por exemplo, é uma manifestação da dimensão prestacional do direito à saúde¹⁹⁸.

Com efeito, há consenso na doutrina e jurisprudência brasileiras com relação à aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais sociais negativos. Entretanto, ainda não há consonância sobre a vinculação dos direitos fundamentais sociais com dimensão prestacional, como o direito à saúde, em sua dimensão positiva. Ressalta-se que ainda se discute se existe eficácia direta desses direitos sociais prestacionais com relação ao Estado.

No passado, conforme destaca Daniel Sarmento, o bem-estar social decorria de ações filantrópicas de instituições de caridade, o Estado não possuía esse dever. Mais tarde, com o advento do Estado democrático de direito, com a promulgação da Carta Magna de 1988, baseado na ideia de solidariedade, passou-se a entender que a garantia de condições mínimas de vida a todos é dever do Estado, sustentada pela arrecadação de tributos da população:

A ideia, em linhas gerais, é de que a contribuição devida por cada um para o bem estar-social dos excluídos é assegurada mediante o pagamento de tributos ao Estado, os quais devem ser graduados de acordo com a capacidade contributiva dos pagantes: os que têm mais devem dar uma contribuição maior para o bolo. O Estado, de posse destes recursos arrecadados, se desincumbirá dos seus deveres, dentre os quais o de arcar com os gastos ligados à efetivação dos direitos sociais. Ao pagar seus tributos, o cidadão ou a empresa ficarão completamente desonerados de sua responsabilidade em relação aos direitos sociais e econômicos das demais pessoas¹⁹⁹.

¹⁹⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 292.

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de Setembro de 2011, p.11.

¹⁹⁸ SARMENTO, op. cit., p. 292.

¹⁹⁹ Ibid., p. 294.

Desta forma, o princípio da solidariedade proposta pelo constituinte pressupõe “o abandono do egocentrismo, do individualismo possessivo, e a assunção de cada um, de responsabilidades sociais em relação à comunidade, e em especial em relação àqueles que se encontrarem numa situação de maior vulnerabilidade”, ensejando a aplicabilidade desses direitos sociais positivos em face do Estado²⁰⁰.

Conforme destaca Ingo Sarlet, no cenário público existem dois argumentos que são contrários à eficácia direta dos direitos sociais prestacionais: reserva do possível e separação de poderes²⁰¹. Entretanto, segundo referido autor, tais argumentos não se sustentam, porquanto, a reserva do possível é uma importação do direito alemão, contudo nosso contexto social é diverso, lá poderia se cogitar este argumento, mas não aqui no Brasil, onde a realização dos direitos sociais é uma necessidade para a concretização das liberdades e igualdade material. Ademais, também não se sustenta o argumento de que o Judiciário não pode concretizar estes direitos, sob pena de quebra do princípio da separação dos poderes, pois o Poder Legislativo não é absoluto e deve respeitar as condições mínimas de vida digna, que só é possível com a concretização os direitos sociais²⁰².

Do ponto de vista de Ingo Sarlet, a tese que fundamenta a eficácia dos direitos sociais no plano público seria a do mínimo existencial, em que pressupõe que não é possível a existência de um indivíduo sem a concretização dos direitos mínimos previstos no artigo 6º da Constituição Federal²⁰³.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em um caso de fornecimento de medicamentos de alto custo a um cidadão pelo Poder Público, fundamentando sua decisão que quando se trata de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE.

²⁰⁰ SARMENTO, op. cit. p. 297.

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares.** In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 562.

²⁰² Ibid., p. 562.

²⁰³ Ibid., p. 562.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPOSSIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF. 5. Agravo Regimental não provido²⁰⁴.

Destarte, o contrato de plano de saúde por ter como objeto a prestação à saúde do usuário, o que pressupõe a proteção do direito fundamental à saúde na sua dimensão positiva ou prestacional, gera as maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a respeito da forma de eficácia de dito direito fundamental na relação privada de plano de saúde, como será fundamentado especificamente no próximo capítulo.

²⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1107511 / RS. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. Dje 06/12/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de agosto de 2013.

CAPÍTULO 3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTRATO DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

3.1 O DEBATE DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Conforme relatado no primeiro capítulo, o Direito Privado moderno, no entendimento liberal tradicional, caracterizava-se por uma negação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, pois tais direitos apenas exerciam a função de proteger o indivíduo contra a eventual ingerência do Estado. Como descreve Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, a negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares se fundamentou, na doutrina liberal, na afirmação de que a liberdade e a igualdade perante a lei seria suficiente para resolver a questão²⁰⁵.

Explicita Thiago Luís Santos Sombra que o excessivo apego à vertente clássica dos direitos fundamentais, voltados exclusivamente ao Estado, e a irrestrita proteção à autonomia privada constituem, ainda hoje, os dois maiores argumentos contrários à eficácia dos direitos fundamentais entre particulares²⁰⁶.

No direito norte-americano ainda prevalece a tese de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas ao Estado, negando a incidência desses direitos nas relações entre particulares. É a doutrina do “*state action*”, que se fundamenta na preservação da liberdade individual e pelo fato de que nos Estados Unidos compete aos estados, e não à União, legislar sobre Direito Privado.

²⁰⁵ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 14.

²⁰⁶ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 157.

Porém, na tentativa de relativizar a doutrina do *state action*, aponta Daniel Sarmiento que: “a partir da década de 40 do século passado, a Suprema Corte Americana passou a adotar a chamada *public function theory*”²⁰⁷, segundo a qual quando particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão também sujeitos às limitações constitucionais²⁰⁸. Todavia, esta teoria *public function theory*, somente, alarga os limites do *state action*, quando o particular exerce a função pública, sem fundamentar a possibilidade de vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas, não proporcionando um tratamento adequado aos direitos fundamentais, como conclui Daniel Sarmiento:

Enfim, parece-nos que a doutrina da *state action*, apesar dos erráticos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provêm apenas do estado, mas também de grupos, pessoas e organização privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir *standards* minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica em geral dos Estados Unidos. Nesta questão, diversamente do que ocorreu em tantas outras, o direito constitucional norte-americano não se beneficiou dos sopros renovadores da jurisprudência e da doutrina, tão necessários para adaptar o bicentenário texto magno daquele país às necessidades de um mundo que é inteiramente diverso daquele em que viveram os *Founding Fathers*²⁰⁹.

A grande crítica a *state action* se direciona na dualidade entre público e privado e a na concepção dos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, exercidos exclusivamente contra o Estado²¹⁰. Thiago Luís Santos Sombra critica tal teoria com a alegação de que “ao invés de reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, os norte-americanos preferem adotar o

²⁰⁷ “O caso mais emblemático de aplicação desta teoria foi o *Marsh v. Alabama*, julgado em 1946. Discutia-se se uma empresa privada, que possuía terras no interior das quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais etc., podia ou não proibir Testemunhas de Jeová de pregarem no interior de sua propriedade. A Suprema Corte declarou inválida tal proibição, pois ao manter uma “cidade privada” (*private owned town*), a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª Emenda da Constituição norte-americana, que assegura a liberdade de culto”. (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 191).

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 190.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 194.

²¹⁰ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 197.

*caminho mais complexo, ampliando a conotação pública de determinadas atividades designadamente privadas*²¹¹.

Em contrapartida, na Europa, com o franco desenvolvimento das relações sociais, especialmente as relações em massa, o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas alcançou significativa expressão, sobretudo na Alemanha, através da construção doutrinária e jurisprudencial, com o nome “*Drittwirkung*”²¹².

Com a passagem do Estado de Direito Liberal para o Estado Social de Direito, ocorre uma aproximação do Estado com a sociedade e por isso a separação entre público e privado deixa de existir. No dizer de Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, ao lado da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais tende agora a ser reconhecida uma dimensão objetiva, “*em que esses direitos passam a ter uma eficácia irradiante, além da esfera do Poder Público, impondo uma releitura dos institutos de Direito Privado*”²¹³.

Na sociedade de massa atual, cada vez mais as entidades privadas estão exercendo atividades de interesses coletivos, ensejando a cada dia uma maior vinculação das relações entre particulares aos direitos fundamentais.

No entanto, como aponta Robert Alexy, a grande questão se traduz no problema em definir a extensão desta eficácia nas relações privadas²¹⁴. Em razão disso, a doutrina desenvolveu diferentes teorias para justificar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, conforme será visto a seguir.

²¹¹ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 197.

²¹² *Ibid.*, p. p. 124.

²¹³ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 16.

²¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 402.

3.2 AS TEORIAS ACERCA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

3.2.1 Teoria da eficácia imediata

A primeira teoria que admite a eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas é a Monista, a qual surgiu no direito alemão no início da década de 50, que admite pela eficácia imediata dos direitos fundamentais na esfera privada (*Unmittelbare, Direkte Drittwirkung*). Liderada originalmente por Hans Carl Nipperdey, o qual entende que a opção constitucional pelo Estado Social de Direito importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares²¹⁵.

Esta teoria se fundamenta na oponibilidade *erga omnes* dos direitos fundamentais, em que não é necessária nenhuma atuação concretizadora do legislador e do juiz, conforme destaca Gomes Canotilho:

De acordo com a primeira teoria, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e diretamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou coletivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias²¹⁶.

As normas fundamentais não necessitam de qualquer atividade legislativa para gozar de eficácia direta nas relações entre particulares. Segundo Thiago Luís Santos Sombra, “*a fundamentalidade e a aplicabilidade direta lhes assegurariam todo aparato necessário para a realização de suas funções de proteção constitucional*”²¹⁷.

Assim, uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo, como enfatiza Ingo Sarlet, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica e da força normativa

²¹⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 203.

²¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 448.

²¹⁷ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 184.

da Constituição, “*não se pode aceitar que o Direito Privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional*”²¹⁸.

Por derradeiro, Robert Alexy destaca que na teoria monista não se sustenta que os princípios objetivos produzam efeitos na relação privada por meio de uma influência na interpretação das normas de Direito Privado, mas porque deles fluem também diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos²¹⁹. Na argumentação de Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, a eficácia imediata se justifica na medida em que os direitos fundamentais simbolizam valores fundamentais, os quais são irradiações do valor central da dignidade da pessoa humana²²⁰.

Deste modo, a teoria da eficácia direta decorre da leitura do Direito Privado conforme a Constituição, em que considera rompida completamente a distinção entre Público e Privado. Os direitos fundamentais atuam como direitos subjetivos e esta atuação se dá tanto no direito público como no Direito Privado. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco destacam que “*na medida em que o direito fundamental possui maior peso, deve ter pronta incidência, independentemente de ter sido mediado por normas e conceitos de Direito Privado*”²²¹.

Daniel Sarmento aponta que, embora a teoria da eficácia imediata não tenha prevalecido na Alemanha, onde foi concebida, prevalece dominante na Espanha, Portugal, Itália e Argentina²²². No Brasil, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas é defendida por autores como Daniel Sarmento, Ingo Sarlet e Luís Roberto Barroso.

De acordo com Thiago Luís Santos Sombra os críticos a esta teoria justificam seu posicionamento no sentido de que a eficácia direta de um direito fundamental em detrimento da autonomia da vontade “*acabaria por desfigurar o Direito Privado como um todo*”²²³, bem como argumentam a infringência ao princípio

²¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.75.

²¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 402.

²²⁰ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 22.

²²¹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 204.

²²² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 216.

²²³ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris, 2004, p. 186.

da Separação dos Poderes, haja vista uma atribuição excessiva ao juiz de decidir o caso concreto com base em princípios constitucionais vagos e abstratos²²⁴.

3.2.2 Teoria da eficácia mediata

A teoria dualista ou da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada (*Mittelbare Drittwirkung*) foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Gunter Durig²²⁵.

Para os adeptos desta teoria, os direitos fundamentais não ingressam como direitos subjetivos de oponibilidade *erga omnes*, mas como princípios objetivos, constituindo-se apenas como uma ordem objetiva de valores, como aponta Gomes Canotilho:

Para a teoria de eficácia *indirecta* os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia *indirecta* nas relações privadas, pois a sua vinculação exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direitos, liberdades e garantias²²⁶.

Assim, os direitos fundamentais somente poderiam ser aplicados no âmbito das relações privadas, como destaca Ingo Sarlet, “*após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do Direito Privado à luz dos direitos fundamentais*”, falando-se, nesse sentido, de uma recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado²²⁷, através da atividade precípua do Poder Legislativo e secundária do Poder Judiciário.

Conforme conclui Robert Alexy, apesar da influência dos direitos fundamentais, as normas do Direito Privado devem permanecer como normas de Direito Privado, e os direitos e deveres por elas estabelecidos permanecem direitos

²²⁴ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 70.

²²⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 187/204.

²²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 448.

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.75.

e deveres no âmbito do direito privado²²⁸. Esta teoria prevalece na doutrina majoritária Alemã.

Como destacam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco a incidência dos direitos fundamentais haveria de aflorar por meio de “*pontos de irrupção no ordenamento civil, propiciados pelas cláusulas gerais (ordem pública, bens costumes, boa-fé) insertas nas normas de Direito Privado*”²²⁹.

A teoria da eficácia mediata afirma que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas acabaria por aniquilar a autonomia privada. Destarte os adeptos da teoria da eficácia indireta fundamentam que:

Cabe antes de tudo ao legislador privado a tarefa de mediar à aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais. Competiria ao legislador proteger os direitos fundamentais na esfera privada, mas sem descurar-se da tutela da autonomia da vontade. [...] Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria à lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes. [...] Ao Judiciário sobraria o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos [...] ²³⁰.

Conforme expõe Thiago Luís Santos Sombra, para a teoria mediata, o âmbito de autonomia do Direito Privado deveria ser preservado sem que, contudo, fosse necessário expor ao sacrifício o núcleo essencial de algum direito fundamental²³¹. Na opinião de Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, trata-se uma “*construção artificial que visa contornar o explícito reconhecimento da relevância imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*”²³².

Na crítica de Thiago Luís Santos Sombra a tese da teoria da eficácia mediata de necessidade da intervenção do legislador ou dos juízes, para permitir a

²²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 529.

²²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 205.

²³⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 200.

²³¹ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 160.

²³² MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 22.

transposição das normas jusfundamentais para o Direito Privado, acaba por negar o atributo de fundamentalidade e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais²³³.

3.2.3 Teoria dos deveres de proteção

Como terceira hipótese destaca-se a teoria dos deveres de proteção (*Schutzpflicht*) desenvolvida por um segmento da doutrina alemã, especialmente por Claus-Wilhelm Canaris, Joseph Isensee, Stefan Obter e Klaus Stern, a qual atua como meio termo entre as teorias monista e dualista.

De acordo com esta teoria, destaca Robert Alexy, que os efeitos na relação interprivada são consequência da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos²³⁴, da qual surge o dever estatal de preservar bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais, contra violações e ameaças produzidas por sujeitos privados²³⁵.

Destarte, a teoria dos deveres de proteção entende que os direitos fundamentais vinculam somente o Estado e não os particulares, pois somente o direito público é o destinatário dos direitos fundamentais e possui o direito de proteção, como conceitua Marcelo Schenk Duque:

Atualmente, a teoria dos deveres de proteção do Estado parte da compreensão dos direitos fundamentais como princípios objetivos, que obrigam o Estado a agir, na medida do possível, para a realização dos direitos fundamentais, sendo que, para alguns, encontra fundamento, inclusive, na cláusula do Estado Social²³⁶.

No dizer de Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, “esse dever geral de proteção do Estado advém do princípio do Estado de Direito, que possui monopólio estatal do uso da autoridade e da força legítima”²³⁷. Nestes termos, o Estado tem o

²³³ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 161.

²³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 530.

²³⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 321.

²³⁶ *Ibid.*, p. 316.

²³⁷ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 29.

dever de proteger o particular que está sendo violado por outro particular. O particular não invoca os direitos fundamentais diretamente da Constituição, é necessária a intervenção do Estado no caso concreto, através da tutela judicial.

Sobre a teoria dos deveres de proteção destaca Daniel Sarmento que:

Portanto, de acordo com Canaris, tanto a função legislativa como a jurisdicional estão vinculadas negativa e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas. Porém, a vinculação negativa, ligada à dimensão de proibição de intervenção sobre os direitos fundamentais dos particulares, seria mais forte do que a vinculação positiva, correlacionada ao imperativo de proteção. Isto porque, no caso de vinculação negativa, haveria apenas um comportamento exigível dos Poderes Públicos, que é a abstenção de intervenção no âmbito do direito fundamental em causa. Já no que tange à vinculação positiva, existiria, em regra, uma maior liberdade de conformação por parte do legislador ou do juiz, já que normalmente há múltiplas formas para assegurar a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente admissíveis²³⁸.

Como acentua Marcelo Schenk Duque, a teoria dos deveres de proteção é focada no sentido de instrumento destinado a garantir a liberdade dos particulares no curso das relações privadas, com vistas à proteção efetiva do bem jurídico em jogo²³⁹. Referido autor pontua cinco critérios para que o legislador possa prever medidas preventivas ou repressivas para adequação da teoria dos deveres de proteção, são eles:

O primeiro critério é o da relevância do bem jurídico protegido que resta ameaçado. Quanto maior a sua relevância, maior deve ser a atenção do Estado destinada a sua proteção. O segundo critério é o da intensidade do perigo a que esse bem está sujeito, de modo que quanto maior for esse perigo, maior é a necessidade de o Estado intervir de forma protetiva. O terceiro critério diz respeito aos meios possíveis de defesa, aspecto que toca à atuação subsidiária do Estado. Quanto mais o particular esteja em condições de se autodefender, vale dizer, fazer frente a esses riscos, menor deverá ser a atuação protetiva do Estado. O quarto critério diz respeito aos prejuízos jurídicos que a intervenção estatal provoca na esfera tanto de quem viola quanto daquele que sofre a violação de direitos, onde uma atitude de ponderação de bens, ficada na constituição, não pode ser desconsiderada. O quinto critério, por fim, toca ao número de potenciais vítimas dos danos provocados pela conduta que encerra potencial lesão aos direitos fundamentais²⁴⁰.

²³⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 220.

²³⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 320.

²⁴⁰ Ibid., p. 320.

Disso resulta que, a teoria dos deveres de proteção possui especial relevo nas relações de consumo, as quais merecem especial atenção do Estado, face à posição de vulnerabilidade do consumidor.

A teoria dos deveres de proteção predomina atualmente no cenário jurídico alemão, como preceitua Rosalice Fidalgo Pinheiro:

Em 1990, o Tribunal Constitucional Federal pronunciou-se acerca dos destinatários dos deveres de proteção: uma empresa vinícola rescindiria contrato celebrado com seu representante comercial, em face de uma falta grave por ele cometida. Nesse caso, o Código Comercial impunha a obrigação de não concorrência a esse representante, pelo prazo de dois anos. Contra essa cláusula pactuada no contrato, insurge-se o representante, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de profissão. O Tribunal decidiu que, não obstante a validade de semelhante cláusula de renúncia ao exercício de um direito fundamental exige-se com base no princípio da autonomia privada, a liberdade de consentimento da parte prejudicada. Entendendo-se que o legislador comercialista não tomara em consideração esse elemento, a norma violava seu dever de proteção à liberdade de profissão, afastando-se o pacto de não concorrência²⁴¹.

Na crítica de Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, a teoria dos deveres de proteção implica “*em uma limitação da liberdade de atuação dos indivíduos, na medida em que a vinculação dos sujeitos de direito privado aos direitos fundamentais está sujeita ao arbítrio do juiz*”²⁴². Para esta autora, vincular o juiz aos direitos fundamentais, na prática, implica em admitir que os particulares estejam vinculados, por isso seria mais coerente admitir-se a eficácia direta²⁴³.

3.2.4 Teoria integradora de Alexy

Alternativamente as teorias acima relatadas, Robert Alexy formula a teoria integradora, a qual integra as três teorias anteriores e destaca a importância do Judiciário:

É facilmente perceptível que as três construções têm extensões diversas. Enquanto a construção baseada em efeitos indiretos tem como destinatário o juiz, a construção dos efeitos perante terceiros mediada por direitos em

²⁴¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 34.

²⁴² MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 67.

²⁴³ *Ibid.*, p. 67.

face do Estado abarca tanto o legislador quanto o juiz. Também a construção baseada em efeitos diretos vale primariamente para o Judiciário. Na análise que se segue, o aspecto ligado ao Judiciário estará em primeiro plano²⁴⁴.

Tal teoria sustenta que eleger qualquer uma dessas três hipóteses é uma suposição e defende um modelo teórico que integre as três teorias em três níveis: a) do dever do Estado; b) dos direitos em face do Estado; e; c) das relações jurídicas entre os sujeitos privados.

O primeiro nível do dever do Estado acolhe a teoria da eficácia mediata, em que os direitos fundamentais valem como normas objetivas e devem ser respeitadas tanto pelo legislador quanto pelo juiz:

A teoria dos efeitos indiretos situa-se no nível do dever estatal. O fato de as normas de direito fundamentais valerem como princípios objetivos (ordem objetiva de valores) para todos os ramos do direito implica que o Estado tem o dever de leva-las em consideração tanto na legislação civil quanto na jurisprudência civil. No que diz respeito à jurisprudência, pode-se ler na decisão do caso Luth: “Em virtude de mandamento constitucional, o juiz deve controlar se as prescrições materiais de direito civil a serem por ele aplicadas são influenciadas pelos direitos fundamentais na forma descrita; se assim o for, ele, na interpretação e na aplicação dessas prescrições, tem que levar em consideração as modificações do direito privado que daí decorrem”²⁴⁵.

Por sua vez, o segundo nível dos direitos em face do Estado acolhe a teoria deveres de proteção, exaltando que o juiz deve levar em consideração a ordem objetiva de valores dos direitos fundamentais no momento de interpretação e aplicação das regras de direito civil:

O segundo nível é o dos direitos em face do Estado que sejam relevantes do ponto de vista dos efeitos perante terceiros. O dever que o juiz tem de levar em consideração a ordem de valores dos direitos fundamentais, quando da interpretação e aplicação das normas de direitos civil, não implica, por si só, que ele, se agir contra esse dever, viole os direitos fundamentais, na forma de direitos subjetivos. Mas, para que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o efeito dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no direito privado seja consistente, é necessário que uma tal conexão exista²⁴⁶.

²⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 531.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 533.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 534.

Por fim, o terceiro nível da relação entre os sujeitos privados acolhe a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas:

Em face do que disse anteriormente acerca da teoria dos efeitos diretos, duas possibilidades devem ser excluídas. Em primeiro lugar, efeito direto perante terceiros não pode significar que os direitos do cidadão em face do Estado sejam, ao mesmo tempo, direitos do cidadão contra outro cidadão. Isso é, por razões conceituais, impossível e não é defendido por qualquer dos representantes da teoria dos efeitos diretos. [...] Em segundo lugar, não se pode querer obter um efeito direito por meio da simples troca de destinatário dos direitos do cidadão contra o Estado. Mas existe uma terceira possibilidade para compreender o que significam efeitos diretos perante terceiros. Segundo ela, por razões ligadas aos direitos fundamentais, há determinados direitos e não-competências na relação cidadão/cidadão, os quais não existiriam sem essas razões²⁴⁷.

Portanto, os princípios de direitos fundamentais conduzem a direitos e obrigações nas relações entre particulares que são necessários em razão da existência desses princípios, mas que não o seriam na sua ausência²⁴⁸.

Destarte, na teoria integradora de Robert Alexy, todos três níveis convergem para uma única direção que é eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares.

Apona Daniel Sarmento que, em que pese o Supremo Tribunal Federal não tenha se manifestado expressamente sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando esses direitos consagrados na Constituição Federal²⁴⁹. Conforme aponta o julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8-RJ:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a

²⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 538.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 539.

²⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 297.

possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA É AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO²⁵⁰.

Neste caso paradigmático, o STF não se filiou a uma corrente específica, mas foi emblemático ao enfatizar a existência de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, eis que a autonomia da vontade dos particulares não pode transgredir ou ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal . RE 201819 / RJ. Relator Min. GILMAR MENDES, DJe 27/10/2006. Disponível em Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

3.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

3.3.1 A eficácia do direito fundamental à defesa do consumidor e o contrato de plano de saúde

Constituindo-se a proteção do consumidor como um direito fundamental, resta indagar como se dá a eficácia de tal direito nas relações de plano de saúde, atentando-se para as teorias da eficácia imediata, eficácia mediata, deveres de proteção e a integrado de Alexy.

O autor Ricardo Henrique Weber em sua dissertação “*O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas*” afirma que o direito fundamental à defesa do consumidor tem aplicabilidade imediata, por se tratar de um direito subjetivo que é fortalecido pela dimensão objetiva:

A defesa do consumidor constitucional descrita no rol de catálogos de direitos fundamentais tem aplicabilidade imediata por ser uma norma definidora de direitos e garantias, de acordo com o 1º do artigo 5º da Constituição Federal. Trata-se de um direito subjetivo que é fortalecido pela dimensão objetiva, que traz consigo um conjunto de valores e princípios constitucionais que se agregam ao direito fundamental e se expandem por todo o ordenamento²⁵¹.

Trata-se da adoção da teoria monista *Unmittelbare, Direkte Drittwirkung*, em que os direitos fundamentais atuam como direitos subjetivos e esta atuação se dá tanto no âmbito público como no privado.

Entende Ingo Sarlet que, através de uma interpretação teleológica e sistemática da Constituição, a norma do artigo 5º, § 1º, “*para além de aplicável a todos os direitos fundamentais, apresenta caráter de norma-princípio, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível*”²⁵².

²⁵¹ WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2009, p. 60.

²⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de Setembro de 2011, p. 9.

No magistério de Roberto Barroso a essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa, concluindo que:

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia *positivista*: direito constitucional é norma; e de um critério *formal* para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido²⁵³.

Em consonância com este entendimento, Ricardo Weber destaca que, a Lei Consumerista é uma norma infraconstitucional que tem como objetivo concretizar o direito fundamental à defesa consumidor, por isso se justifica, também, a sua aplicabilidade imediata²⁵⁴.

O Código de Defesa do Consumidor é qualificado por Claudia Lima Marques como norma de ordem pública econômica, com uma finalidade social²⁵⁵, o que fundamenta a sua aplicabilidade imediata às relações de consumo independente da vontade dos agentes nela envolvidos, como destaca referida autora:

A justiça de sua aplicação tem seu fundamento na ideia de que, no Estado de Direito com finalidade social, deve ser permitido ao legislador intervir nas relações privadas para impor uma nova ordem pública econômica, mais benéfica à sociedade e, em última análise, aos contratantes. O Estado impõe uma nova ordem pública, limitando assim a autonomia privada, tendo em vista a realização de finalidades que ultrapassam a órbita individualista dos contratantes²⁵⁶.

Destarte, a incidência direta do direito fundamental à defesa do consumidor nas relações privadas, e conseqüentemente nos contratos de planos de saúde, é um

²⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial, 2007. Disponível na Internet: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 13 de Outubro de 2011, p. 5 e 6.

²⁵⁴ WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2009, p. 60.

²⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 658.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 658.

dever obrigatório em nosso ordenamento²⁵⁷. Tal eficácia é imprescindível como medida corretiva de desigualdades e desequilíbrios, para que possa alcançar o ponto de equilíbrio entre as partes, conforme acentua Claudia Lima Marques:

A relação entre consumidores e fornecedores não deve ser uma luta, mas em um momento de cooperação para alcançar o útil e o necessário em uma sociedade em constante e rápida evolução. Boa-fé é sempre um pensar no outro, um pensar reflexivo. Liberdade é sempre a liberdade do outro, do mais fraco, do não igual, liberdade é o caminho da verdadeira igualdade, igualdade dos desiguais. Equilíbrio é o ponto de meio, ponto de encontro, aquele que permite a realização das expectativas legítimas de ambos os parceiros²⁵⁸.

Em contraponto, Rosalice Fidalgo Pinheiro e Rúbia Carla Goedert afirmam que o direito fundamental à defesa do consumidor, por possuir uma função protetiva do consumidor vulnerável, tem eficácia através da teoria dos deveres de proteção:

O destinatário deste dever não é o particular, mas o Estado, na medida em que assume a tarefa de proteger o consumidor na relação de consumo, restando à outra parte, reivindicar igual proteção do ente estatal. Tal proteção inclina-se, em um primeiro momento, ao legislador, pois lhe cabe o dever de elaborar normas que protejam o consumidor, enquanto os tribunais tem o dever de aplicar e interpretar essas normas, enunciando uma atividade voltada à proteção do consumidor. Deste modo, surge uma espécie de triângulo determinado juridicamente, no qual o Estado figura no topo e os sujeitos privados em bases opostas²⁵⁹.

Tais autoras, concluem que ao estabelecer, que a defesa do consumidor ocorrerá na forma da lei, a Constituição estabelece um comando, que se concretiza no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil e em leis especiais, ensejando a eficácia de tal direito pela via dos deveres de proteção²⁶⁰.

²⁵⁷ WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2009, p. 71.

²⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários ao consumidor idoso**. in SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.185.

²⁵⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. e GOEDERT, Rúbia Carla. **O contrato de consumo e a defesa do consumidor: um "ponto de encontro de direitos fundamentais"**. Disponível em <www.conpedi.org.br> Acesso em 23 de julho de 2013, p. 6.

²⁶⁰ Ibid., p. 6.

Não obstante a discussão a respeito da forma de eficácia do direito fundamental à proteção do consumidor, não se discute hoje que a proteção do consumidor incide nas relações privadas, inclusive nos contratos de plano de saúde. Porquanto, trata-se de uma necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material para um sujeito vulnerável²⁶¹, ou seja, do usuário de plano de saúde.

3.3.2 A eficácia dos direitos sociais e o contrato de plano de saúde

No direito brasileiro o artigo 5º, § 1º, da Lei Fundamental define que: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. No entanto, indaga-se se esta norma é aplicável a todos os direitos fundamentais.

Inicialmente, é preciso destacar que a Carta Magna não traz em seu texto expressamente a vinculação das relações privadas aos direitos fundamentais, por isso, foram desenvolvidas várias teorias a respeito, como amplamente discutido anteriormente. Entretanto, conforme explanado, independentemente da teoria adotada, o entendimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é majoritário no Brasil. Contudo, ainda há certa resistência em atribuir a mesma eficácia aos direitos sociais, conforme destaca Rosalice Fidalgo Pinheiro:

Pertence ao constitucionalismo de cariz liberal considerar as normas dos direitos sociais como tão somente programáticas, sintetizadas em meras declarações políticas, destituídas de força vinculante. Perante essa concepção, os direitos de liberdade teriam plena eficácia, enquanto os direitos sociais dependeriam de concretização legislativa. Enquanto os direitos de defesa seriam absolutos, os direitos sociais seriam relativos, por se realizarem na medida da lei²⁶².

²⁶¹ MARQUES, Claudia Lima. **Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários ao consumidor idoso**. in SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.178.

²⁶² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 102.

Os direitos sociais possuem uma dimensão negativa e outra positiva, como acentua Ingo Sarlet, os direitos de defesa, em razão da sua natureza negativa, têm por objeto a abstenção do Estado, para o fim de proteger o indivíduo contra eventuais ingerências do próprio Estado ou de outros particulares. Já os direitos prestacionais, com dimensão positiva, têm por objeto uma atuação positiva do Estado ou dos particulares destinatários da norma²⁶³.

Com efeito, como preleciona Ingo Sarlet, há consenso na doutrina e jurisprudência brasileiras com relação à aplicabilidade dos direitos fundamentais que se dirigem diretamente aos particulares. Tal ocorre, ademais, com diversos direitos sociais com dimensão negativa (defensiva), como por exemplo, os direitos dos trabalhadores²⁶⁴. Nada obstante, ainda há divergência sobre a vinculação dos direitos fundamentais sociais com dimensão positiva (prestacional), eis que demandam, tanto do Estado como dos particulares, uma atuação econômica e social positiva para sua concretização, como destaca referido autor:

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.), prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes²⁶⁵.

Como acentua Gabriel Schulman, uma das objeções recorrentes à eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas tem sido a tentativa de se sustentar que essa incidência poderia configurar uma transferência de responsabilidade estatal para o particular²⁶⁶. Destarte, o enfoque da discussão acerca da eficácia dos direitos sociais prestacionais nas relações privadas se dá em

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 283.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 283.

²⁶⁵ *Id.*, 2002, p.13.

²⁶⁶ SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contratos na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.310.

virtude da existência de colisão dos direitos sociais prestacionais com a autonomia privada.

Para Wilson Steinmetz, a imposição aos particulares de deveres correlatos aos direitos sociais colidiria com o princípio da livre iniciativa, com os direitos fundamentais de liberdade e propriedade e com o princípio da autonomia da vontade. Em sua opinião, a relevância dos direitos sociais como pressupostos para o exercício da própria liberdade é argumento suficiente para impô-los como deveres ao Estado, mas não em face dos particulares²⁶⁷.

Para Gomes Canotilho, há eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, entretanto, com relação aos direitos sociais essa eficácia seria somente indireta, impondo ao legislador o dever de “*attractação das normas sociais*”, segundo direitos fundamentais sociais e a obrigação do Judiciário de interpretar a lei conforme os direitos fundamentais sociais²⁶⁸.

Por outro lado, Daniel Sarmiento se utiliza do dever de solidariedade previsto na Constituição, a justiça social, para justificar a eficácia dos direitos sociais de forma direta. Porquanto, o Estado possui o dever de concretização dos direitos sociais, uma vez não concretizados é dever da sociedade, ainda que subsidiariamente em relação ao Estado, concretizar diretamente os direitos sociais²⁶⁹.

Contudo, referido autor alerta que devem existir limites para que ocorra essa eficácia nas relações privadas, pois deve ser considerado o impacto econômico para o particular, ponderando com um critério da desigualdade fática. Afirma, ainda, somente ser exigível a incidência de um direito social numa relação privada quando houver a existência de obrigação de prestação de um direito fundamental social. Nestes termos, só existiria a obrigação do particular se o Estado também fosse obrigado. Segundo ele os direitos sociais que necessitam de uma norma para ser concretizados são vedados aos particulares²⁷⁰.

²⁶⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. In SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 291.

²⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 481.

²⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 66.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 71.

Por seu turno, adotando uma postura ponderadora baseada na teoria integradora de Alexy, Ingo Sarlet preleciona que não há como sustentar uma exclusão de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. Os direitos sociais encontram-se sujeitos à lógica do art. 5, § 1º, da CF, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais deve-se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, o que não significa que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais²⁷¹, conforme destaca:

Ponto de partida da nossa análise será, aqui, também a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de posituação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade²⁷².

Destaca Robert Alexy que, a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas é amplamente aceita, entretanto, afirma que a forma de produção de seus efeitos é um problema de construção e a sua extensão é um problema de colisão:

Atualmente a ideia de que normas fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um problema de construção. A questão sobre em que extensão elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um problema de colisão. Tanto o problema de construção quanto o de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais²⁷³.

Nesta linha, não se pode perder de vista que nas relações entre particulares sempre se farão presentes conflitos ou colisão de determinados direitos

²⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares.** In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 562.

²⁷² Id., 2012, p.280.

²⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 528.

fundamentais. Esta tensão decorre da própria Carta Magna, como aponta Teresa Negreiros, que procede a escolhas de índole liberal, consagrando a liberdade individual como valor fundamental, ao mesmo tempo em que, antepõe ao indivíduo valores coletivos, como a justiça social e a solidariedade²⁷⁴.

Nestes termos, conforme preleciona Robert Alexy, tal conflito deverá ser resolvido pelo princípio da ponderação dos bens envolvidos:

Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência²⁷⁵.

No magistério de Suzana de Toledo Barros quando se tem um ou mais direitos fundamentais em jogo na solução de um caso concreto, devem eles sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar²⁷⁶.

Segundo Ingo Sarlet o problema da ponderação não se pode resolver pela lógica do *“tudo ou nada”*, mas sempre à luz dos critérios da proporcionalidade, na sua *“dupla acepção como vedação de excesso e de insuficiência”*²⁷⁷.

A corroborar com tal entendimento Luís Roberto Barroso:

Como todas essas normas em rota de colisão têm a mesma hierarquia, não podem elas ser aplicadas na modalidade tudo ou nada, mas sim de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Cabe à autoridade competente – que poderá ser o legislador ou o intérprete judicial – proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível²⁷⁸.

²⁷⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2ª. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37.

²⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93.

²⁷⁶ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 159.

²⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares**. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 586.

²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 13 de Outubro de 2011, p.9.

Por isso, Robert Alexy conclui que na sua teoria integradora existem os três níveis e cada um deles abarca um aspecto da mesma questão. Decidir qual deles será escolhido na fundamentação jurídica é uma questão de conveniência. Mas nenhum deles pode pretender uma primazia sobre os outros²⁷⁹.

No magistério de Daniel Sarmento na ponderação de bens, a decisão judicial é tomada através de um processo em que são examinadas todas as normas e valores envolvidos na questão, de modo a que cada um deles só seja restringido no estrito limite necessário à garantia dos demais²⁸⁰.

Com efeito, como aponta Luís Roberto Barroso, cabe ao intérprete proceder à interpretação entre o fato e norma e realizar escolhas fundamentadas dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto²⁸¹. Conforme enfatiza Teresa Negreiros, o critério da utilidade do bem, avaliada esta em relação à pessoa, constitui um caminho nesta busca por soluções concretas que, no âmbito do direito contratual, “*alcancem um meio termo justo em face da dialética tensão entre autonomia e autoridade*”²⁸². Nesta perspectiva, o mínimo existencial seria uma tese para fundamentar a intensidade da eficácia dos direitos sociais no plano privado, como será visto no capítulo a seguir.

²⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 540.

²⁸⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 66.

²⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 386.

²⁸² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2ª. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37.

CAPÍTULO 4 A ESSENCIALIDADE DO BEM NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

4.1 O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Em que pesem todas as inovações trazidas pelo Estado Social de Direito do pós-Segunda Guerra Mundial, tendo como principal referência a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, merece destaque que o constituinte alemão optou por não consagrar expressamente em seu texto os direitos subjetivos a prestação pelo Estado. Em virtude disso, passaram a se desenvolver as discussões dogmáticas sobre a necessidade de concretização de condições materiais para a existência de uma vida digna.

Com vistas a suprir tais anseios, o mínimo existencial foi desenvolvido pelo autor alemão Otto Bachof, que passou a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna²⁸³. Referido autor, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada²⁸⁴.

Em caminho inverso do constituinte alemão, a Constituição Federal brasileira optou por consolidar em seu texto um amplo rol de direitos sociais, os quais visam assegurar a todos indistintamente condições existenciais mínimas para uma vida saudável, lastreados no princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, mesmo tendo os direitos sociais devidamente consignados expressamente na Constituição Federal, a conceituação do que seria o mínimo existencial para sobrevivência do indivíduo ainda remete a debates doutrinários.

Com relação à proteção do mínimo existencial, Ricardo Lobo Torres afirma que se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício

²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares.** In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 564.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 564.

da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana²⁸⁵. Ricardo Lobo Torres resume o conteúdo positivo do mínimo existencial aos direitos à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), à educação, à moradia e à assistência jurídica²⁸⁶.

Em consonância a este entendimento, o preâmbulo da Carta Magna anuncia que o Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Por sua vez, para Ingo Sarlet, o mínimo existencial compreende todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, portanto saudável:

[...] firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Neste sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável²⁸⁷.

O Supremo Tribunal Federal ao se manifestar sobre o tema definiu o mínimo existencial como sendo:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)²⁸⁸.

²⁸⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 244.

²⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares**. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 560.

²⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR / SP. DJe 15/09/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 22 de julho de 2013.

Consoante ressalta Rosalice Fidalgo Pinheiro, em que pese nosso ordenamento não tenha previsão expressa do mínimo existencial, o reconhecimento de sua tutela se expressa no princípio da dignidade da pessoa humana e no núcleo essencial de direitos fundamentais²⁸⁹.

A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a existência de uma parcela mínima do conteúdo de um direito, sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.

Ingo Sarlet, a respeito da importância da definição do núcleo essencial, expõe:

A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. Com efeito, a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas – inclusive diretamente – a particulares, embora quanto a este último aspecto exista divergência doutrinária relevante²⁹⁰.

Com efeito, a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas – inclusive diretamente – a particulares, embora quanto a este último aspecto exista divergência doutrinária.

De modo que falar em mínimo essencial, implica determinar até onde uma restrição a direito fundamental pode avançar sem que esta implique na inviabilidade do exercício deste direito, impedindo via eficácia mínima. Apesar da fundamental importância de delimitar um núcleo essencial mínimo para os direitos fundamentais, ainda há discussões a respeito de como definir qual o núcleo essencial de cada direito, e quais as restrições a estes direitos implicam em inviabilidade do seu exercício.

²⁸⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 110.

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 402.

Como assevera Ingo Sarlet os limites aos limites dos direitos fundamentais funcionam, portanto, como verdadeiras barreiras à limitação (restrições) destes direitos, sendo, nesta perspectiva, garantes da sua eficácia nas suas múltiplas dimensões e funções²⁹¹. A dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais.

Destarte, conforme aponta Ingo Sarlet o núcleo essencial dos direitos fundamentais não se confunde com o maior ou menor conteúdo da dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais²⁹². Todavia, tal autor enfatiza que mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial, legislativamente concretizado de determinado direito social, estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa²⁹³.

Nestes termos, pode-se dizer que tais direitos sociais possuem uma interligação tão íntima com a dignidade da pessoa humana, de modo que sua concretização inevitavelmente passa pela justificação da realização da dignidade. Com efeito, resta estabelecida a estrita relação entre o direito ao mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, porquanto o núcleo em dignidade humana constitui o conteúdo indisponível dos direitos fundamentais.

Aponta Maria Celina Bodin de Moraes que: *“a raiz etimológica da palavra “dignidade” provém do latim dignus– aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”*²⁹⁴. Referida autora, ainda, destaca que sua utilização correspondeu sempre as pessoas, mas foi referida, ao longo da Antiguidade, apenas à espécie humana como um todo, sem que tenha havido qualquer personificação²⁹⁵.

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.395.

²⁹² Ibid., p.404.

²⁹³ Ibid., p.404.

²⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77.

²⁹⁵ Ibid., p. 77.

A ideia de dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo, surge com o cristianismo, que através de São Tomás, introduz a ideia de que a virtude se concebe com a relação com Deus e não mais com a comunidade organizada ou com outros homens e que a conduta moral passa a ser guiada pela obediência a lei divina, conforme destaca Maria Celina Bodin de Moraes:

Através do cristianismo, foram introduzidas duas novas concepções éticas: a ideia de que se concebe pela relação com Deus, e não com a polis ou com outros homens; e a afirmação de que, embora os seres humanos sejam dotados de vontade livre, seu primeiro impulso, proveniente da natureza humana fraca e pecadora, dirige-se para a transgressão. Como a própria vontade humana se encontra, na origem, pervertida pelo pecado (o pecado original), o Cristianismo pressupõe o ser humano, em si e por si, como incapazes de realizar o bem, necessitando do auxílio de Deus para tornar-se virtuoso. Isto será feito mediante a obediência estrita à lei divina, revelada e inscrita no coração de cada um dos homens, através de atos de dever²⁹⁶.

Kant reassentou a questão da moralidade em novas bases, através da Crítica da Razão Prática em 1788, com o “*imperativo categórico*”, o qual pressupõe que toda legislação elaborada pelo homem deve levar em conta a realização do valor intrínseco da dignidade humana, como destaca Maria Celina Bodin de Moraes:

O imperativo categórico está contido na seguinte sentença: “age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para legislação geral. Esta formulação foi desdobrada por Kant em três máximas morais. São elas: a) age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza; b) age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio, que representa o cerne do imperativo, pois afirma a dignidade dos seres como pessoas; c) age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais, que exprime a separação entre o reino natural as causas e o reino humano dos fins, atribuindo à vontade humana uma vontade legisladora geral²⁹⁷.”

O princípio da dignidade da pessoa humana adquiriu contornos universalistas, desde a Declaração Universal de Direitos do Homem em 1948, no período após a Segunda Guerra Mundial. No direito brasileiro a dignidade da pessoa humana restou expressamente consagrada no artigo 1º da Constituição Federal de

²⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 79.

²⁹⁷ Ibid., p. 79.

1988, como um dos fundamentos do Estado brasileiro, o qual representa significativo vetor interpretativo, que conforma e inspira o ordenamento jurídico.

Esclarece Ingo Sarlet que, a dignidade da pessoa apenas estará assegurada quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade²⁹⁸. Assim, como destaca Rosalice Fidalgo Pinheiro, a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana envolve a proteção de um mínimo de subsistência²⁹⁹.

Ingo Sarlet propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos³⁰⁰.

Como substrato material da dignidade, Maria Celina Bodin de Moraes, fundamenta que pode ser desdobrado em quatro postulados: *“a) sujeito moral reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais; b) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; c) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; d) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”*³⁰¹.

Ademais, destaca referida autora que são corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade³⁰². Acentua Rosalice Fidalgo Pinheiro que o direito à igualdade compõe o substrato da dignidade da pessoa humana em sua dimensão

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 311.

²⁹⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 110.

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

³⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

³⁰² *Ibid.*, p. 83.

substancial, impondo o direito de não receber tratamento discriminatório, sob pena de quebra da igualdade³⁰³.

[...] hoje, a questão mais debatida coloca-se em outros termos, isto é, na reivindicação de um 'direito à diferença'. Esta ideia parte do princípio de que, em lugar de se reivindicar uma 'identidade humana comum', é preciso que sejam contempladas, desde sempre, as diferenças existentes entre as pessoas, evidencia empírica que pode ser facilmente comprovada: os homens não são iguais entre si, e para confirmar esta assertiva basta pensar em dicotomias facilmente visualizáveis, como ricos e pobres, sadios e deficientes, homens e mulheres. A humanidade é diversificada, multicultural, e parece mais útil procurar compreender e regular os conflitos inerentes a essa diversidade de culturas e formas de pensar do que buscar uma falsa, porque inexistente, identidade³⁰⁴.

Já a tutela da integridade psicofísica refere-se a um amplo "direito à saúde", caracterizado pelo bem estar psicofísico e social³⁰⁵.

[...] a integridade psicofísica vem servindo a garantir numerosos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), instituindo, hoje, o que se poderia entender como um amplíssimo 'direito à saúde', compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social. No princípio está contido ainda, e principalmente, o direito à existência digna, tendo sido previsto pelo texto constitucional, para tanto, o salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família (artigo 7º, IV, da Constituição Federal)³⁰⁶.

Por sua vez, com relação ao princípio da liberdade individual, da vontade livre, Maria Celina Bodin de Moraes define que se consubstancia em uma perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Para ela, liberdade significa, hoje, "*poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor lhe convier*"³⁰⁷.

Entretanto, referida autora, afirma que tal liberdade deve ser contraposta ao dever de solidariedade social, eis que os direitos sociais só existem para que sejam exercidos em contextos sociais, nos quais ocorrem relações entre as pessoas, seres humanos fundamentalmente organizados para viverem uns em meio aos outros³⁰⁸.

³⁰³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 113.

³⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 88.

³⁰⁵ PINHEIRO, op. cit., p. 114.

³⁰⁶ MORAES, op. cit. p. 94.

³⁰⁷ Ibid., p. 107.

³⁰⁸ Ibid., p. 94.

Como destaca Rosalice Fidalgo Pinheiro a dignidade da pessoa humana funciona como um critério de ponderação que delimita a intensidade dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas³⁰⁹. Sendo assim, a proposta de estabelecer o mínimo existencial tem por objetivo evitar a total ineficácia jurídica de vários dispositivos sobre direitos sociais.

4.2 A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

O direito à saúde reveste-se da qualificação de direito fundamental social. Trata-se, segundo Ingo Sarlet, de uma dupla fundamentalidade: formal e material³¹⁰.

O sentido formal está evidenciado na inclusão do direito à saúde no rol dos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal. O problema que aqui assume papel de destaque diz essencialmente com a fundamentalidade material, já que a doutrina, em termos gerais e aqui evidentemente simplificados, se divide entre os que reconhecem a todas as normas de direitos fundamentais a proteção formalmente assegurada pela Constituição e os que sustentam que apenas parte dos direitos sociais possuem esta proteção.

Faz parte de uma concepção redutora conter o direito à saúde nos quadros de norma programática, conferindo aos dispositivos constitucionais que o acolhem, uma eficácia limitada. Isso, em virtude da forma como esses direitos foram positivados na Constituição, porquanto, segundo entendimento de parte da doutrina, esses direitos dependem de concretização legislativa para sua aplicação, como cita Ingo Sarlet:

Neste sentido, enquanto a maior parte dos direitos de defesa (direitos negativos) não costuma ter sua plena eficácia e aplicabilidade questionadas, já que sua efetivação depende de operação de cunho eminentemente jurídico, os direitos sociais prestacionais, por sua vez, habitualmente necessitam – assim sustenta boa parte da doutrina – de uma concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza social e econômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando para o legislador indispensável liberdade de conformação na sua atividade concretizadora. É por esta razão que os

³⁰⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 114.

³¹⁰ Ibid., p. 122.

direitos sociais a prestações costumam ser considerados como sendo de cunho eminentemente programático³¹¹.

Sob estes moldes, o direito à saúde não teria aplicabilidade imediata, seja perante o Estado, seja perante os particulares, dependendo da atividade integradora do legislador, que o regulamentaria por meio de lei complementar.

Contudo, outra parte da doutrina, como Ingo Sarlet, entende que as notas de fundamentalidade, impressas à saúde, submetem-na à aplicabilidade direta. Isto significa que as normas constitucionais que a amparam não dependem de concretização por parte do legislador infraconstitucional; têm imediata aplicabilidade como as demais normas definidoras de direitos fundamentais sociais³¹². Nesse sentido, os direitos sociais prestacionais encontram-se intimamente atrelados às tarefas do Estado, como Estado Social, o qual deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes³¹³.

Invocando a essencialidade da saúde como um bem, Ingo Sarlet justifica o reconhecimento de um direito à prestação do particular face ao Estado:

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais [...] sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo³¹⁴.

Considerando-se que a saúde é um direito social que guarda contornos de fundamentalidade, resta indagar acerca de sua eficácia nas relações privadas, escolhendo-se, para tanto, os contratos de assistência à saúde privada.

³¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 de Maio de 2012, p. 24.

³¹² Id., 2002, p.9.

³¹³ Id., 2001, p. 19.

³¹⁴ Id., 2002, p.13.

Claudia Lima Marques destaca que: “*viver dignamente é viver com saúde e qualidade, daí a importância e relevância das pessoas poderem acessar um plano de saúde privada, que respeite os ditames constitucionais*”³¹⁵.

Como bem acentua Teresa Negreiros, o fato é que, como consequência da falência do Estado na prestação de serviços úteis ou essenciais à coletividade, aumenta a responsabilidade dos agentes privados a quem a exploração de tais serviços acaba sendo transferida³¹⁶.

Todavia, não se pode deixar de ressaltar que o direito social à saúde prestacional, na órbita das relações privadas, assentam-se em uma racionalidade contratual, e, por isso, sua incidência deve ser diferenciada da eficácia deste direito social nas relações entre cidadão e Estado, ensejando a necessária ponderação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais envolvidos, como desenvolvido por Robert Alexy³¹⁷.

Ressalta-se que a responsabilidade dos particulares para com o bem-estar social deve ser sopesada, de uma maneira diferenciada da responsabilidade do Estado, para que não importe no total aniquilamento da autonomia privada, a qual é, também, um importante componente para a concretização da dignidade da pessoa humana³¹⁸.

Ingo Sarlet, alerta para a necessidade de ponderação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, enfatizando que o princípio da dignidade da pessoa humana possui importante função demarcatória, devendo servir de

³¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários ao consumidor idoso.** in SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.183.

³¹⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 467.

³¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 402.

³¹⁸ A contrário senso, Paulo Lobo preceitua que havendo colisão de um direito fundamental com a autonomia privada é descabida a ponderação de valores, eis que esta tem natureza meramente infraconstitucional, como destaca: “Para nós, a autonomia privada negocial não tem natureza de direito fundamental, posto que não constitucionalizada, e, em nenhuma hipótese, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social podem ser sacrificados, porque são princípios que estruturam toda a ordem jurídica brasileira. Havendo colisão, é descabida a ponderação de valores, para se concluir pelo favorecimento do princípio da autonomia privada negocial, que tem natureza meramente infraconstitucional”. (LOBO, Paulo. **Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52).

parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo dos direitos sociais a ser reconhecido³¹⁹, como destaca Daniel Sarmento:

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.³²⁰.

Nestes termos, como descrito por Gabriel Schulman e Renata Carlos Steiner, a contratação de plano de saúde, por envolver de modo imediato o direito fundamental à saúde, não pode receber tratamento igual à contratação de outro tipo de serviços não essenciais³²¹. Porquanto, como aponta Teresa Negreiros, os contratos de plano de saúde têm por função satisfazer uma necessidade existencial do contratante e devem se sujeitar a um regime de caráter tutelar diferenciado³²².

Para Pietro Perlingieri não se pode em termos de interesse protegido ou de bem, uma autonomia conceitual da saúde, como é possível em sede de interesses patrimoniais. A saúde apresenta-se mais como aspecto inseparável da pessoa, vista como valor unitário³²³, conforme enfatiza:

O mesmo interesse à saúde, indissolúvel daquele do livre desenvolvimento da pessoa, pode apresentar-se de formas diversas, assumindo relevância e configurações diversas, segundo seja visto como direito ao serviço sanitário, à salubridade do ambiente, à integridade física ou àquela mental; dependendo do fato que seja realizado mediante o esquema do interesse diretamente protegido ou daquele poder jurídico (postestá) e, portanto, do interesse legítimo. O que releva é o valor da pessoa unitariamente entendida³²⁴.

³¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 de Maio de 2012, p. 37.

³²⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 71.

³²¹ SCHULMAN, Gabriel e STEINER, Renata Carlos. **O “tratamento” dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde**. in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. Diálogos sobre Direito Civil. Vol. II. Rio de Janeiro: renovar, 2008, p. 360.

³²² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

³²³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 33.

³²⁴ Ibid., p. 33.

Desta feita, os bens existenciais tutelados nos contratos de plano de saúde ligam-se intimamente à preservação da vida dos seus usuários, em virtude disso ao se conceder uma prestação à saúde, também, estará se concretizando o direito à dignidade da pessoa humana. Conforme destaca Germano Schwartz:

Adotando o critério da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo estabelecidos por Alexy, o papel da eficácia e aplicabilidade do direito à saúde é essencial, de vez que é variante elementar do princípio fundamental da pessoa e do respeito à dignidade humana, que é princípio que norteia e permeia a totalidade da nossa Lei Fundamental, e 'sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo sua razão de ser'³²⁵.

Nesse particular, nos contratos de plano de saúde, definir no caso concreto qual atitude afronta o direito à saúde e de tal forma impede a existência de uma vida digna é relevante para definir os novos contornos desse contrato, em face das necessidades existenciais do bem contratado, para o fim de garantir o mínimo existencial ao usuário de plano de saúde.

Nesta linha de raciocínio, o mínimo existencial, amparado na cláusula geral da dignidade humana, constitui um parâmetro para realização da ponderação entre a liberdade contratual das operadoras de plano de saúde e as necessidades existenciais dos seus usuários. Pois, a essencialidade do bem “saúde” no contrato plano de saúde enseja um tratamento jurídico diferenciado dos contratos com objeto meramente patrimonial, e a conseqüente eficácia do direito fundamental à saúde, como descrito por Daniel Sarmento:

De outro giro, um fator adicional que deve ser considerado na ponderação é o que concerne à relevância da prestação social em discussão, para a proteção da dignidade da pessoa humana de quem reclama. Parece claro que, quando a prestação correlacionar-se ao mínimo existencial, haverá um forte argumento para o reconhecimento da eficácia horizontal direta, que estará ausente sempre que se tratar de controvérsia envolvendo aspectos menos relevantes do direito social em causa, que não atenda a uma necessidade humana tão essencial. Tal ideia, aliás, pode ser inferida da vinculação direta e imediata dos particulares ao princípio da dignidade da pessoa humana – que é reconhecida até mesmo por alguns adeptos da teoria indireta³²⁶.

³²⁵ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.67.

³²⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 304.

Sendo assim, a aplicabilidade direta do direito à saúde nas relações privadas de plano de saúde, em detrimento da livre iniciativa e da autonomia privada, se justifica em virtude da essencialidade do bem contratado para proteção ao mínimo existencial dos usuários consumidores dos serviços de saúde.

Destarte, constata-se que não pode o contrato de plano de saúde equiparar-se a negócios jurídicos de efeitos estritamente patrimoniais, pois naquele está em jogo o bem maior – vida. Nessa perspectiva, é possível notar que, em face da essencialidade do bem, o direito fundamental social à saúde encontra eficácia direta nas relações privadas. Voltando-se para o STF e para o STJ, em matéria de contratos de plano de saúde, indaga-se se a essencialidade do bem é invocada para distingui-los daqueles que surtem efeitos tão somente patrimoniais, como será desenvolvido no item a seguir.

4.3 NOTAS DA ESSENCIALIDADE DO BEM NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Este item tem por objetivo analisar os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça com relação à análise dos conflitos entre usuários de planos de saúde e suas respectivas operadoras, sob o enfoque da essencialidade do bem contratado. O STF e STJ foram escolhidos na presente pesquisa, porquanto são os que, em última instância, se manifestam sobre ditos conflitos, no âmbito do Poder Judiciário.

A pesquisa foi realizada nas páginas oficiais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, catalogando-se as decisões disponíveis referentes a contratos de planos de saúde ocorridos entre 03/09/1998, data da entrada em vigor da Lei 9656/98, e 30/11/2013, data do término da pesquisa. No percurso da pesquisa foram estudados os julgados no STF, em sede Recurso Extraordinário, e no STJ, em sede de Recurso Especial.

Como metodologia, primeiramente foram utilizadas as expressões-chaves: “plano de saúde”, “seguro saúde” e “direito fundamental”, com vistas a constatar a utilização dos direitos fundamentais como fundamentação jurídica de suas decisões. Ademais, foram empregadas as palavras-chaves: “plano de saúde”, “seguro saúde”

e “direito à saúde”. Por fim, empregou-se na busca as seguintes palavras-chaves: “plano de saúde”, “seguro saúde” e “recusa cobertura”, para restringir a pesquisa.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal não foram identificados Recursos Extraordinários, com análise de mérito, referente a demandas entre usuários e operadoras de planos de saúde, conforme se destaca:

DIREITO DO CONSUMIDOR. EMPRESA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA PARA TRATAMENTO DE BENEFICIÁRIO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. MATÉRIA DE QUE NÃO ENSEJA A ABERTURA DA VIA EXTRAORDINÁRIA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tema alusivo à responsabilidade por danos morais e materiais decorrentes de negativa de cobertura para tratamento de beneficiário, por parte de operadora de plano de saúde, não enseja a abertura da via extraordinária, dado que não prescinde do reexame da legislação infraconstitucional, de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório dos autos (Súmulas 636, 454 e 279 do STF). Não havendo, em rigor, questão constitucional a ser apreciada por esta Suprema Corte, falta ao caso “elemento de configuração da própria repercussão geral”, conforme salientou a ministra Ellen Gracie, no julgamento da Repercussão Geral no RE 584.608³²⁷.

A ausência de tal apresentação ocorre em virtude dos mecanismos de filtragem constitucional do STF, que afastam a discussão acerca da incidência dos direitos fundamentais, especialmente, do direito fundamental à saúde no Direito Privado. Os recursos não são conhecidos, sob o fundamento de ausência de repercussão geral³²⁸, relatando apenas uma ofensa reflexa à Constituição Federal, tendo como base as Súmulas 279 e 454:

Súmula 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

³²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 697312 RG/BA. Relator AYRES BRITTO. DJe 22/11/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

³²⁸ “Segundo dados obtidos junto ao STF, observa-se uma redução considerável de recursos extraordinários em processamento no tribunal, após o advento da repercussão geral: caiu de 21.531, em 2008, para 8.348, em 2009, e de 6.735, em 2010, para 2.035, até março de 2011. Estes números correspondem a uma queda de recursos extraordinários de 32,2%, em 2008, para 18,9%, em 2011, em relação a todos os processos distribuídos no STF. No que se refere à repercussão geral, o instituto encontra-se em “franca utilização”, de tal modo, que nos últimos cinco anos de vigência, 260 matérias tiveram repercussão geral reconhecida contra 104, nas quais foi recusada no STF. Cabe, contudo, investigar a posição ocupada pela matéria civilística no STF. Os dados fornecidos pelo tribunal revelam que dos 16.146 processos autuados no ano de 2011, somente 867 versavam sobre matéria cível, o que corresponde a 5,37% do percentual total de processos da Corte maior do país. O maior número de processos refere-se ao direito administrativo, totalizando 26,61% do total de processos [...]”. (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e LAMEIRA, Daniella Maria Pinheiro. **Os limites da repercussão geral no STF: em direção à releitura do direito privado à luz da legalidade constitucional?** Revista Trimestral de Direito Civil, v. 52, p. 30/32).

Súmula 454. Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

A análise de decisões que contrariam dispositivos constitucionais cabe, em última instância, ao STF, por isso o silêncio desta Corte Superior sobre as demandas relativas a contratos de plano de saúde, em nada contribui para afirmação do direito fundamental à saúde nesta relação privada, havendo conseqüentemente uma negativa de sua eficácia.

Como destacam Rosalice Fidalgo Pinheiro e Daniella Maria Pinheiro Lameira o STF implicitamente nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, esvaziando a releitura do direito civil à luz da Constituição Federal, como asseveram:

Trata-se de dizer: não obstante a função de garantir a autoridade e unidade da Constituição, por meio do recurso extraordinário, o STF, de modo implícito, nega semelhante autoridade e unidade nas relações privadas, afastando-se por completo, nesse caso, a releitura do direito civil à luz da legalidade constitucional. Resta saber se tal posicionamento é dissipado, ou antes, reforçado pela repercussão geral, introduzido como mecanismo de filtragem do recurso extraordinário no STF, isto é, vem a favorecer ou afastar o reconhecimento de uma perspectiva civil constitucional das relações privadas³²⁹.

Nesse diapasão, a pesquisa se restringe a consulta perante o Superior Tribunal de Justiça. No referido Tribunal, mesmo nas decisões não conhecidas, foi proferida manifestação meritória sobre o conflito, por isso foram incluídas as decisões conhecidas e não conhecidas.

Para melhor compreensão da pesquisa e para restringir o enfoque da mesma, foi aplicado um questionário, conforme anexo, para coletar as seguintes informações: número do recurso, data da publicação do julgado, resultado do julgamento, qual o pedido inicial, a argumentação legal utilizada na decisão, se favorável ao usuário.

Nesta linha, busca-se verificar se o Superior Tribunal de Justiça afirma em suas decisões os direitos fundamentais e a essencialidade do bem nas demandas

³²⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e LAMEIRA, Daniella Maria Pinheiro. **Os limites da repercussão geral no STF: em direção à releitura do direito privado à luz da legalidade constitucional?** Revista Trimestral de Direito Civil, v.52, p.33.

afetas a contrato de plano de saúde e qual a espécie de fundamentação das decisões judiciais e a legislação aplicável ao caso concreto.

Conforme explicitado no segundo capítulo, o contrato de assistência à saúde privada, na classificação clássica, configura-se como contrato cativo e de longa duração, cuja prestação fica a depender da ocorrência de evento futuro e incerto, que é doença do usuário. Apresentando como principais características a bilateralidade, reciprocidade e aleatoriedade. Tal categorização prioriza o caráter patrimonial da prestação, tendo em conta a transferência onerosa de riscos referentes à futura prestação de assistência médico ou hospitalar. Essa classificação não leva em conta a essencialidade do bem no momento da resolução dos conflitos.

Com efeito, o paradigma da essencialidade aponta para uma ruptura com esta classificação clássica, ensejando uma diferenciação dos contratos de acordo com a essencialidade do bem contratado (essencial, útil, ou, supérfluo). Os contratos que tutelam bens essenciais devem ter um tratamento diferenciado daqueles cujo objetivo é meramente patrimonial, supérfluo.

Nos ensinamentos de Teresa Negreiros, o paradigma da essencialidade constitui-se em um critério, no âmbito do direito contratual, para o aplicador do Direito legitimar suas decisões, com vistas à concretização dos princípios constitucionais que consagram como dever do Estado e da sociedade a tutela da pessoa humana³³⁰.

O parâmetro para o intérprete fixar a essencialidade do bem, ou seja, diferenciar as situações jurídicas patrimoniais das situações jurídicas existenciais se apresenta na tutela do mínimo existencial, para se garantir uma vida digna. E como visto, os direitos sociais implicam diretamente na preservação do bem maior vida e devem servir de critério para definição do mínimo existencial.

Nesta perspectiva, a fixação da “saúde” como direito fundamental social e essencial no contrato de plano de saúde, como meio de satisfação das necessidades existenciais do usuário, constitui-se em fundamento para diferenciar o contrato de plano de saúde de outros que implicam na aquisição de bens meramente patrimoniais, ou seja, não essenciais à manutenção da dignidade humana. É possível designá-lo de contrato existencial, com base em Antônio Junqueira de Azevedo.

³³⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 486.

Não obstante, Rose Melo Vencelau Meireles dispõe que o dinamismo e a complexidade das relações jurídicas muitas vezes colocam situações existenciais e patrimoniais como elementos integrantes da mesma relação jurídica³³¹. O contrato de plano de saúde traz claramente este confronto, de um lado, o interesse patrimonial da operadora de plano de saúde, e, de outro, o interesse existencial do usuário na preservação da sua saúde e de uma vida digna.

Nesta linha de raciocínio, as necessidades existenciais do usuário devem prevalecer sobre os interesses patrimoniais, impondo a aplicação de um regime tutelar diferenciado, como assevera Teresa Negreiros:

A função do paradigma da essencialidade é a de introduzir como fundamento decisório, num caso de conflito entre princípios de índole liberal, de um lado, e princípios de índole tutelar, de outro, o dado especificamente objetivo do contrato. Assim, a classificação do bem como essencial, porque denota a finalidade existencial da relação jurídica em causa, é fundamento para que lhe aplique um regime de tutela, instituído em favor do contratante que carece do bem essencial³³².

Nesta perspectiva, Rosalice Fidalgo Pinheiro relata que sempre que houver um conflito entre uma situação subjetiva existencial e outra, patrimonial, aquela deve prevalecer em face da dignidade da pessoa humana³³³. Como bem explicado por Rose Melo Vencelau Meireles:

Desse modo, na hierarquia dos valores constitucionais, a pessoa humana alcança ápice do sistema jurídico brasileiro. Disto resulta que as situações jurídicas subjetivas existenciais prevalecem sobre as patrimoniais em hipótese de conflito, pois naquelas, em primeiro plano, se exprime o ser e o agir da pessoa humana³³⁴.

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo de forma atenuada e implícita, se utiliza da essencialidade do bem no contrato de plano de saúde, em um juízo de ponderação entre a autonomia privada da operadora de plano de saúde e a tutela à saúde do usuário, invalidou cláusula contratual de exclusão de transplante de órgãos. A ministra Nancy Andrighi desataca que se assegura o lucro à operadora, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde do usuário:

³³¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 52.

³³² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 488.

³³³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 116.

³³⁴ MEIRELES, op. cit., p. 9.

Chega-se, por fim, à conclusão de que ao assumir considerável fatia de mercado, sob a premissa da existência de uma “lacuna do Estado”, tem-se um paradoxo que deve ser considerado: a obtenção do lucro da seguradora corre diretamente na mesma linha da prestação satisfatória das garantias constitucionalmente previstas atinentes à saúde; se estas são realizadas de forma ótima, aquele é perfeitamente alcançável. Devem, pois, correr ombro a ombro; jamais ser erroneamente concebidos ou compartimentalizados. Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado. Fatiar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro. Dessa forma, em respeito ou fim primordial do contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar, e com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico-assistencial necessário –, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante de órgãos do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido o segurado submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida³³⁵.

Em outro caso, novamente, o STJ afirma, mesmo que implicitamente, a essencialidade da prestação à saúde no contrato, para assegurar um tratamento jurídico diferenciado, com a intervenção na liberdade contratual, com base na aplicação expressa do direito fundamental social à saúde no conflito entre operadora de plano de saúde e usuário, o qual entendeu que: “A saúde é direito constitucionalmente assegurado, de relevância social e individual”. E em razão disso, o Ministro Luís Felipe Salomão invalidou cláusula que prevê a exclusão de cobertura de despesas realizadas para tratamento de “displasia mamária” e doenças “fibrocísticas da mama”, por entender que quando tal exclusão de cobertura é essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. À FALTA DE PREQUESTIONAMENTO, INVIÁVEL O EXAME DO ALEGADO JULGAMENTO EXTRA PETITA - ART. 460 DO CPC. NECESSIDADE DE OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE DE CLÁUSULA INSERTA EM CONTRATO DE REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS E/OU HOSPITALARES, QUE EXCLUI DA COBERTURA DESPESAS REALIZADAS NO TRATAMENTO DA "DISPLASIA MAMÁRIA" E DOENÇAS "FIBROCÍSTICAS DA MAMA". 1. As duas Turmas que compõem a Segunda Seção tem traçado orientação no sentido de considerar abusiva cláusulas que limitam os direitos dos consumidores de plano ou seguro-saúde. (Resp n. 434699/RS). 2. Tal entendimento cristalizou-se com a edição da Súmula 302/STJ, assim redigida: “É abusiva

³³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.053.810 - SP. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 15/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. 3. A exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato. 4. A saúde é direito constitucionalmente assegurado, de relevância social e individual. Recurso conhecido, em parte, e provido³³⁶.

Em outro caso, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho destaca o princípio da dignidade da pessoa humana como fator preponderante para dar um tratamento diferenciado a uma consumidora idosa, com câncer, com vistas a assegurar o seu mínimo existencial. Pode-se cogitar, nesse caso, a tutela de um amplo direito à saúde, que não abrange somente o bem-estar físico, mas o psicofísico e social, em face de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, que pode ser extraída da Constituição da República:

MANDADO DE SEGURANÇA. PLANO DE SAÚDE. TRANSFERÊNCIA DA IMPETRANTE PARA OUTRO SEGURO MÉDICO. AUSÊNCIA DE CREDENCIAMENTO DA EQUIPE MÉDICA NA QUAL DEPOSITA SUA CONFIANÇA HÁ MAIS DE 15 ANOS. IMPETRANTE IDOSA PORTADORA DE CÂNCER. REINTEGRAÇÃO AO PLANO ANTERIOR. A NOVEL LEGISLAÇÃO NÃO TEM EFICÁCIA DESCONSTITUTIVA DA SITUAÇÃO JURÍDICA QUE SE CONSOLIDOU EM TEMPO ANTERIOR À SUA VIGÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.[...] 3. Tratando-se de uma pessoa idosa (78 anos) e portadora de câncer, a impetrante já estava afeiçoada ao tratamento dispensado pelos médicos credenciados no Plano Aetna, e a mudança da empresa prestadora do seguro pode vir a acarretar sérios problemas à sua saúde, em flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana que, considerada a centralidade desse princípio fundamental, deve sempre preponderar no caso concreto³³⁷.

Em outra decisão, o STJ destaca a impossibilidade de cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internamento, em face de impossibilidade de se restringir direitos fundamentais, ensejando uma eficácia direta desses direitos nas relações entre particulares. O ministro Napoleão Nunes Maia Filho fundamenta para tanto a tarefa do juiz ao aplicar o Direito em atender os fins sociais. Sendo assim, afirma a prevalência do direito fundamental social à saúde sobre a livre iniciativa, com vistas a assegurar a justiça social:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE

³³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 183719 - SP. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 13/10/2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

³³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS 12870 - DF. Relator MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. DJe 19/09/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-IV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado. II - Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobre direito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum. III - Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial³³⁸.

Ratificando referido entendimento o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 302: *“É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”*.

Ademais, em outro voto, pode-se concluir que o STJ priorizou a essencialidade do bem, com o objetivo de preservar direito à vida em face de cláusula limitativa de carência, eis que não é possível à Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário. Neste caso, o ministro Luís Felipe Salomão utilizou como parâmetro para enfatizar a essencialidade a satisfação das necessidades básicas da usuária do plano de saúde:

SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE COMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNCIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12,V, ALÍNEA "C", DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA. 1. "Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócua o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida". (REsp 466.667/SP, Rel. Ministro ALDIR

³³⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 251024. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. DJe 04/02/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174) 2. Diante do disposto no artigo 12 da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea "c", do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência. 3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual. 4. Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa que o Consumidor tem de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado, no que tange à procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida. 5. Portanto, não é possível a Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro. 6. Como se trata de situação-limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, "se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar".(RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821) 7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença³³⁹.

Em outro caso relevante, a jurisprudência desta Corte Superior deixou de aplicar efeito *ex tunc* decorrente de revogação de liminar, em casos de tutela relativas a direitos fundamentais, como a vida e a saúde, demonstrando a essencialidade do bem objeto do contrato para justificar um tratamento diferenciado. Neste caso, a tutela antecipada para tratamento de saúde foi concedida e o tratamento foi realizado no curso processual, entretanto, ao final, a demanda foi julgada extinta. O STJ modulou os efeitos *ex tunc* da tutela antecipada, face a proteção de direitos fundamentais no presente caso, como a vida e a saúde, ressaltando a necessidade de propositura de uma ação própria para reembolso das despesas com o tratamento. Sendo assim, há demonstração clara de que o interesse existencial do usuário prevaleceu sobre o interesse patrimonial:

PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR REALIZADO E CONCLUÍDO DURANTE A VIGÊNCIA DA LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSTERIOR REVOGAÇÃO. EFEITO EX TUNC. POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO, EM CASOS ESPECIAIS RELATIVOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS (PRECEDENTES).

³³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 962980 / SP. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 15/05/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

POSTERIOR SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO (CPC, ART. 267, V). COISA JULGADA. AUTORIDADE (CPC, ART. 472). TERCEIRO PREJUDICADO. HOSPITAL QUE SUPORTOU AS DESPESAS. VIA RECURSAL (CPC, ART. 499) OU AÇÃO PRÓPRIA. FACULDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO. [...]5. A jurisprudência desta Corte Superior, em casos especiais, deixa de aplicar efeito ex tunc decorrente de revogação de liminar, mesmo entre as partes litigantes, como em casos de tutela relativas a direitos fundamentais, como a vida e a saúde, diante da comprovação da urgência alegada. Aspecto que poderá ser debatido oportunamente, fora do âmbito deste recurso³⁴⁰.

De acordo com as 57 decisões analisadas, em sede de Recurso Especial, 55 foram favoráveis de alguma forma ao usuário consumidor, representando 96,49%. É possível se extrair uma gama de posicionamentos com relação à interpretação dos dispositivos contratuais do plano de saúde, através das mais variadas legislações infraconstitucionais, mas que não deixam de levar em conta a nova dogmática constitucional. Todavia, a fundamentação jurídica mais utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça para defesa dos direitos dos usuários de plano de saúde foi o Código de Defesa do Consumidor, representando 52,63%, como se segue:

RECURSO ESPECIAL. PLANOS DE SAÚDE. CIRURGIA BARIÁTRICA. TRATAMENTO DE OBESIDADE MÓRBIDA. FINALIDADE TERAPÊUTICA. NECESSIDADE PARA A PRESERVAÇÃO DA VIDA DA PACIENTE. ABUSIVIDADE DA NEGATIVA DA COBERTURA SECURITÁRIA. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO. 1. A gastroplastia, indicada para o tratamento da obesidade mórbida, bem como de outras doenças dela derivadas, constitui cirurgia essencial à preservação da vida e da saúde do paciente segurado, não se confundindo com simples tratamento para emagrecimento. 2. Abusividade da negativa do plano de saúde em cobrir as despesas da intervenção cirúrgica necessária à garantia da própria sobrevivência do segurado. 3. Interpretação das cláusulas dos contratos de adesão da forma mais favorável ao consumidor. 4. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC. 5. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO³⁴¹.

Em outro caso relevante, a ministra Nancy Andrighi entendeu que a recusa à cobertura, para realizar exames em clínica conveniada, ofende o direito da personalidade, enfatizando mais uma vez que o objeto do contrato de plano de saúde à saúde tutelam bens existenciais do usuário. Neste caso, para fundamentar

³⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 274602 / SP. Relator Ministro RAUL ARAÚJO. DJe 29/10/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

³⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1249701 / SC. Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. DJe 10/12/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

à ofensa ao direito à personalidade de uma criança de tenra idade a citada ministra se utilizou do diálogo de fontes, afirmando que sempre que uma Lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE. - A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02. - Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. - Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia. - Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido³⁴².

Como afirma Teresa Negreiros, o Código de Defesa do Consumidor, mediante a consagração da nova ordem constitucional, tornou-se um marco significativo para a formulação de critérios de diferenciação dos contratos, de acordo com a intensidade de realização existencial e da vulnerabilidade do contratante³⁴³. Pois, como foi amplamente dissertado o direito à defesa do consumidor é um direito fundamental e como tal possui eficácia nas relações privadas.

O contrato de plano de saúde, por se enquadrar na categoria de típico contrato de adesão, com a aplicabilidade das regras consumerista, ratifica a tese do

³⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1037759 / RJ. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 05/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

³⁴³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 308.

paradigma da essencialidade, pois como enfatiza Teresa Negreiros, a classificação, como contrato de adesão, reconhece não apenas a desigualdade entre os contratantes, mas também opera como instrumento de proteção à parte mais fraca³⁴⁴, conforme assevera referida autora:

De acordo com a concepção clássica, as categorias contratuais, como observado acima, são indiferentes ao problema da disparidade do poder negocial entre os contratantes. A identificação de uma dada relação contratual como um contrato de adesão, no entanto, além de destacar um certo modo de formação desta espécie de contrato, implica reconhecer a disparidade de poder negocial entre o predisponente e o aderente, e, nesta medida, implica dar a este último um tratamento diferenciado. Por esta razão, o contrato de adesão, ou melhor, a sua sistematização teórica no elenco das classes contratuais, através de seu enquadramento em esquemas de classificação, denuncia a insuficiência dos critérios tradicionais de descrição e interpretação dos contratos e suas espécies. Conclui-se que, como consequência das mutações da teoria contratual, o contrato de adesão constitui uma classe de contratos associada a um certo regime de tutela do aderente, tido como contratante vulnerável³⁴⁵.

Nesta linha, a ministra Nancy Andrighi se utilizou do CDC como fundamento para justificar o tratamento diferenciado, para tutelar uma consumidora mais vulnerável do que outros consumidores, como é o caso da criança de tenra idade. Trata-se de um suporte legal importante para a materialização do contrato de plano de saúde, com vistas a suprir as desigualdades, entre os contratantes, impostas pela força do mercado. Como destaca Marcelo Schenk Duque ao se falar de consumidores está a se falar de garantia de um mínimo existencial para subsistência do consumidor:

E ao se falar de consumidores, está-se a falar de pessoas; ao se falar-se de consumo, está a falar de subsistência. A garantia de um mínimo existencial passa, portanto, por relações de consumo, de modo que sem consumo mínimo, não há falar em dignidade. Essa é a razão pela qual a proteção do consumidor revela-se como um verdadeiro direito fundamental, deixando-se reconduzir, em diferentes graus, às garantias de livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana e em outros direitos pontuais³⁴⁶.

³⁴⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 382.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 383.

³⁴⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 351.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor aponta para a defesa do usuário contratante vulnerável diante dos abusos da liberdade contratual praticadas pelas operadoras contratadas. A legislação de proteção do consumidor conduz ao reconhecimento de que a análise de um contrato será profundamente diversa, conforme seja o comprador consumidor ou não consumidor³⁴⁷, bem como se o objeto contratado leva a concretização de suas necessidades existenciais. Como destaca Teresa Negreiros o CDC constitui uma inspiração para o estabelecimento e aprofundamento do paradigma da essencialidade³⁴⁸, conforme conclui citada autora:

O paradigma da essencialidade é relevante, portanto, também no âmbito das relações de consumo, fundamentando um critério de diferenciação constitucionalmente adequado, na medida em que se inspira na prevalência dos interesses existenciais sobre os interesses meramente patrimoniais³⁴⁹.

Nestes termos, a essencialidade do bem “saúde” nas relações de plano de saúde delinea o sentido que deve ser impresso ao contrato, bem como serve de instrumento para qualificar a incidência dos direitos fundamentais, pelo operador do direito, através o juízo de ponderação no caso concreto.

Sendo assim, pode-se dizer que existe no sistema jurídico brasileiro, ainda que de forma mitigada e implícita, a eficácia direta do direito fundamental social à saúde nos contratos de plano de saúde, pois o objeto deste contrato possui uma essencialidade, que é a preservação da saúde dos usuários, com vistas a assegurar um tratamento jurídico diferenciado das situações exclusivamente patrimoniais, ou seja, conteúdo supérfluo, que não tem por objetivo resguardar um padrão mínimo para uma vida digna.

Ademais, não se pode deixar de acrescentar que a jurisprudência brasileira, também, se ampara em outros direitos fundamentais, além do direito fundamental à saúde, como o direito à vida e à defesa do consumidor, para tutelar os usuários de planos de saúde. Porquanto, em torno do direito à saúde, há outros direitos fundamentais que também são assegurados no contrato de plano de saúde.

³⁴⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 319.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 489.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 489.

Destarte, verifica-se que nas decisões do STJ o tratamento jurídico diferenciado para invalidar cláusulas de exclusão de cobertura nos contratos de plano de saúde tem por fim assegurar o mínimo existencial do usuário. Assegurando o mínimo existencial, o STJ acabou protegendo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, em seu conteúdo indisponível, que é a preservação da dignidade da pessoa humana, o que, conseqüentemente, fundamenta, mesmo que de maneira mitigada e implícita, a eficácia direta do direito fundamental à saúde nesta relação privada através da tese do paradigma da essencialidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada pôde-se constatar que a transposição da dignidade da pessoa humana para o centro do ordenamento jurídico, trazido pelo Estado Social de Direito, rompeu com o dogma da autonomia da vontade e da ampla liberdade contratual do Direito Moderno, trazendo consigo a necessidade de releitura dos institutos tradicionalmente postos de acordo com os preceitos constitucionais.

Nesta perspectiva, acentuou-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais redesenhou as relações entre Estado e sociedade, passando-se a fundamentar a eficácia de tais direitos fundamentais nas relações privadas, na busca pela realização dos objetivos de justiça social. Assim, o Estado passou a influenciar decisivamente as relações entre particulares na busca pela igualdade material. A concepção clássica de contrato foi superada pelo novo contrato atento a função de concretização dos direitos fundamentais.

A nova dogmática do Direito Civil, com a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas e a centralidade na dignidade humana, originou o desenvolvimento do paradigma da essencialidade na teoria contratual contemporânea. Tal pensamento propõe uma nova classificação dos bens contratados em: essenciais, úteis e supérfluos. Revelou-se que a essencialidade do bem se constitui em um instrumento para se distinguir os contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação à sua utilidade para as necessidades existenciais da pessoa do contratante.

Observou-se que é possível reconhecer que em determinados contratos, dependendo da essencialidade do bem, há necessidade de um tratamento jurídico diferenciado dos demais contratos com objeto meramente patrimonial, através da eficácia dos direitos fundamentais, com vistas à proteção de um padrão mínimo de vida digna. Nesse contexto, acentuou-se que os direitos sociais configuram o conteúdo do mínimo existencial, o qual fundamenta a eficácia direta dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas.

Neste viés, apresentando o direito à saúde como um direito fundamental social, com dimensão positiva e negativa, procurou-se demonstrar que o bem contratado “saúde”, nos contratos de plano de saúde, constitui-se em um bem essencial, porquanto visa à satisfação de interesses existenciais do usuário. E em

razão disso, necessita de um tratamento jurídico diferenciado, com a aplicabilidade direta do direito fundamental à saúde, inclusive na sua dimensão prestacional, nesta relação privada.

Diante dessas observações, defendeu-se que nas relações de plano de saúde, o direito fundamental à saúde deve ser considerado um bem essencial, e, portanto, deve este bem ser satisfeito, ainda que com sacrifício da liberdade contratual, a fim de assegurar a proteção de uma vida digna dos usuários da saúde privada.

Além disso, restou corroborado que o contrato de plano de saúde é um típico contrato de adesão, e por isso, além da aplicabilidade da Lei 8656/98, pressupõe a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, em consonância com os ditames constitucionais, ensejando um diálogo de fontes. Outrossim, acentuou-se que o CDC é um importante instituto para realçar o paradigma da essencialidade, quando impõe um tratamento jurídico diferenciado ao consumidor vulnerável.

A posição defendida neste trabalho – de eficácia direta do direito fundamental à saúde nas relações de plano de saúde, face à essencialidade do bem – foi constatada na pesquisa realizada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o qual vem enfatizando em suas decisões, mesmo que de maneira mitigada, a essencialidade do direito fundamental à saúde para evitar o perecimento do objeto do contrato, que é, justamente, resguardar a saúde e a vida do usuário.

Tal Tribunal, no juízo de ponderação, tem contribuído para a consolidação da nova dogmática do paradigma da essencialidade, porquanto vem decidindo reiteradamente pela prevalência dos direitos fundamentais sobre a autonomia privada, principalmente quando esta colide com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O mínimo existencial, ainda que não venha sendo utilizado como argumento cardeal, permeia as discussões e as decisões que buscam realizar o direito fundamental à saúde, como um ideal a ser sempre preservado e sopesado na busca de decisões para os conflitos relativos a contratos de plano de saúde que chegam ao Judiciário.

Concluiu-se, desta feita, mas longe de pretender delinear alguma solução definitiva para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, que o paradigma da essencialidade é relevante, especialmente nas relações de plano de saúde, eis que inspira ao intérprete do direito a prevalência dos interesses

existenciais sobre os interesses apenas patrimoniais, tendo em vista a releitura dos institutos de direito privado, à luz da cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Caderno de Informações, perfil do setor 2011/2012**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 14 de Fevereiro de 2012.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **O Direito do Consumidor e os Novos Direitos**. in MATOS, Ana Carla (org.). *A Construção dos Novos Direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial, 2007**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 13 de Outubro de 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOTTESINI, Maury Angelo. **A saúde como direito constitucional no Brasil**. In *O papel dos planos de saúde*. Rio de Janeiro: Cedes – Centro de estudos e debates Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 319. Relator Min. MOREIRA ALVES. DJe 30/04/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201819/RJ. Relator Min. GILMAR MENDES, DJe 27/10/2006. Disponível em Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 697312 RG/BA. Relator AYRES BRITTO. DJe 22/11/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR/SP. DJe 15/09/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 22 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça . REsp 1106887/CE. Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe 27/08/2013. Disponível em Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1037759 / RJ. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 05/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 251024. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. DJe 04/02/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 274602/SP. Relator Ministro RAUL ARAÚJO. DJe 29/10/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1107511 / RS. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. DJe 06/12/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de agosto de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS 12870/DF. Relator MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. DJe 19/09/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 183719 - SP. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 13/10/2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1249701/SC. Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. DJe 10/12/2012. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 962980/SP,. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 15/05/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 962980/SP. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 15/05/2012. Disponível em < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1053810/SP. Relator Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 15/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1195642 / RJ. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 21/11/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 27 de julho de 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Medina, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. in SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DOTTI, René Ariel. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Curitiba: Lex editora: 2006.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito Privado e Constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DUQUE, Bruna Lyra e PEDRA, Adriano S'Antana. **Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas**. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. V. 14, n. 14: 2013. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/345/335>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2014.

FACHIN, Luis Edson. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Renovar, 2000.

FENASAÚDE. Disponível em: <<http://www.fenaseg.org.br>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2012.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão. Condições Gerais dos Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GRASSI NETO, Roberto. **O consumidor nas relações jurídicas com operadoras de planos privados de assistência à saúde**. In Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumidor. V II, nº 4. Curitiba: 2012.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Direitos Fundamentais e Processo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MARQUES, Claudia Lima et al (coord). **Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. Biblioteca de Direito do Consumidor – v.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários ao consumidor idoso**. in SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. e SCHMITT, Cristiano Heineck. **Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor**. Disponível em <www.mpes.gov.br> Acesso em 23º de julho de 2013.

MARTINS-COSTA, Judith et al (coord). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil**. in SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Caminhos do Direito à Saúde no Brasil**. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br>> Acesso em 10.02.2012.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. V.II. Curitiba: Juruá, 2006.

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

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PASQUALOTTO, Adalberto. **A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva**. In Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. V. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. V III. Contratos**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade Constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carência**. in MARQUES, Claudia Lima (org). Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. Biblioteca de Direito do Consumidor – v.13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. e GOEDERT, Rúbia Carla. **O contrato de consumo e a defesa do consumidor: um "ponto de encontro de direitos fundamentais"**. Disponível em <www.conpedi.org.br> Acesso em 23 de julho de 2013.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e LAMEIRA, Daniella Maria Pinheiro. **Os limites da repercussão geral no STF: em direção à releitura do direito privado à luz da legalidade constitucional?** Revista Trimestral de Direito Civil.v.52.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação. Uma análise do novo Código Civil**. Belo Horizonte, 2003.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

RODRIGUES, Paulo Henrique de Almeida e SANTOS, Isabela Soares. **Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS**. São Paulo: Atheneu, 2009.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s). Repensando a dimensão do contrato, da propriedade e da família.** Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 de Setembro de 2011.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares.** in SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (org.). Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 de Maio de 2012.

SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens.** in MELLO, Celso de Albuquerque et al. Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde: Saúde e Contratos na Contemporaneidade.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHULMAN, Gabriel e STEINER, Renata Carlos. **O “tratamento” dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde.** in TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. Diálogos sobre Direito Civil. Vol. II. Rio de Janeiro: renovar, 2008.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da responsabilidade civil brasileira.** Revista Trimestral de Direito Civil-RTDC. Rio de Janeiro: Padma, vol. 22, abril/junho 2005.

SOUZA, Jesse. **A ralé brasileira. Quem é e como vive.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e Autonomia Privada.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2009.

ANEXO A**Questionário aplicado para análise das decisões no STF e no STJ**

- 1) Recurso nº:
- 2) Data Publicação:
- 3) Resultado julgamento STJ: () provido; () não provido; () não conhecido
- 4) Pedido inicial:
 - () recusa cobertura exames e procedimentos
 - () recusa cobertura doenças preexistente
 - () recusa atendimento hospitalar
- 5) Argumentação legal da decisão do STJ:
 - () Constituição Federal – direitos fundamentais
 - () Código Defesa do Consumidor
 - () Lei 9656/98
 - () Código Civil
 - () precedentes
 - () nenhuma
- 6) Favorável ao usuário: () sim; () não
- 7) danos morais: () sim; () não; () não pedido
- 8) palavras chaves de busca: “plano de saúde” e “seguro saúde” e “recusa cobertura”.
- 9) Ementa: