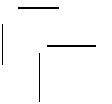
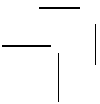
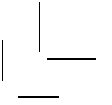
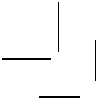
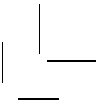
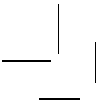


ISSN 1415-0778

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO
MILTON CAMPOS
2010





ISSN 1415-0778

Lucia Massara
Diretora

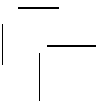
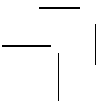
Carlos Alberto Rohrmann
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
Editores

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO
MILTON CAMPOS
2010

VOLUME 20

REV. FAC. DIR. MILTON CAMPOS	V. 20	P. 1-338	2010
------------------------------	-------	----------	------

Belo Horizonte – 2010



ISSN 1415-0778

**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
FUNDADA EM JUNHO DE 1993**

Rua Milton Campos, 202 – CEP 34000-000

Nova Lima
Minas Gerais
Brasil

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
ADMINISTRAÇÃO**

Entidade Mantenedora

Centro Educacional de Formação Superior – CEFOS

Prof. José Barcelos de Souza – Presidente

Prof. Osmar Brina Corrêa Lima – Diretor Financeiro

Prof. Haroldo da Costa Andrade – Secretário geral

Faculdade de Direito Milton Campos

Prof.^a Lucia Massara – Diretora

Prof. Marcos Afonso de Souza – Vice-Diretor e Coordenador

Didático-Pedagógico

Mestrado em Direito Empresarial

Prof. Carlos Alberto Rohrmann – Coordenador Geral da Pós-graduação

R454 Revista da Faculdade de Direito Milton Campos – Coordenação de Lucia Massara e
Carlos Alberto Rohrmann.- v. 20(2010) – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Semestral

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos

Descrição baseada em: ano 1, n. 1, 1994

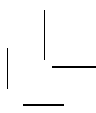
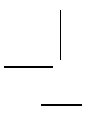
ISSN 1415-0778 CCN n. 092098-3

1. Direito – periódicos. I. Faculdade de Direito Milton Campos. II. Massara,
Lucia. III. Rohrmann, Carlos Alberto. IV. Título.

CDU: 34 (05)

34:378 (815.1)

Ficha elaborada por Bibliotecários da Faculdade de Direito Milton Campos



DIREÇÃO DA REVISTA

Professora Lucia Massara

SECRETÁRIO

Professor Marcos Afonso de Souza

EDITORES

Carlos Alberto Rohrmann

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

CONSELHO EDITORIAL

Carlos Alberto Rohrmann (Brasil – FDMC)

Ji Lian Yap (China – University of HK)

Jorge Miranda (Portugal)

Laurent Mayali (EUA UC Berkeley)

Lucia Massara (Brasil – FDMC)

Marcelo Campos Galuppo (Brasil – PUC/MG)

Mario Losano (Itália)

Misabel de Abreu Machado Derzi (Brasil – UFMG)

Osmar Brina Corrêa-Lima (Brasil – UFMG)

Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza (Brasil/Portugal)

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior (Brasil – FDMC)

Sacha Calmon Navarro Coelho (Brasil – UFRJ)

Sylvia Mercado Kierkegaard (Dinamarca – IAITL – University of communications – Pequim – China)

CONSELHO CIENTÍFICO-ACADÊMICO DE CONSULTORES

Humberto Theodoro Júnior (Brasil – UFMG)

Joaquim Carlos Salgado (Brasil – UFMG)

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Brasil – PUC/MG)

Miriam de Abreu Machado e Campos (Brasil – FDMC)

Silma Mendes Berti (Brasil – UFMG)

Sonia Diniz Viana (Brasil – FDMC)

BIBLIOTECÁRIA

Emilce Maria Diniz

ORGANIZAÇÃO DE MATERIAL PARA SELEÇÃO

Rosely Braga de Oliveira

Sonia Regina Nogueira

DISTRIBUIÇÃO DAS PUBLICAÇÕES

Felipe Julio Chamon

Tissiane Torres Vieira

REVISÃO ORTOGRÁFICA EM LÍNGUA INGLESA

Carlos Alberto Rohrmann

Maria Rita Barcelos de Souza Brandão

A indicação do Editor, Comissão Editorial e Conselho Científico-Acadêmico é feita pelo período de (três) anos, encerrando-se no 2º semestre de 2009 (Mantidos).

Código no CCN (Catálogo Coletivo Nacional – 092098-3)

Toda correspondência deverá ser endereçada à: REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS – Rua Milton
Campos, 202 – Bairro Vila da Serra. Nova Lima ou pelo endereço
eletrônico: revista@mcampos.br
WWW.REVISTA.MCAMPOS.BR

copyright © 2010 by REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
MILTON CAMPOS

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, sejam quais
forem os meios empregados, sem que se cite a fonte.

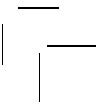
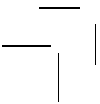
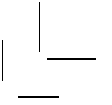
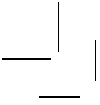
Impresso Brasil
Printed in Brazil

Tiragem: 600

Classificado no Qualis da CAPES, em 2009
“B4” em Direito

Base de Dados e Indexadores:

Bases de dados nacionais	RVBI - (Periódicos) - Senado Federal (www.senado.gov.br/sicon)
Bases de dados internacionais	Ulrich' Periodicals Directory, Instituto Max Planck de Hamburgo, University of California, Berkeley, Un. de Porto Rico, Library of Congress, EUA, Melvyl – UC – UC, UCLA Scopus e ScienceDirect



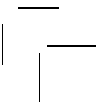
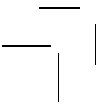
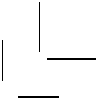
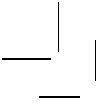
APRESENTAÇÃO

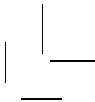
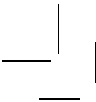
Primando sempre pela apreciação jurídica de forma a conciliar a teoria com a prática do Direito e visando à discussão sobre métodos eficientes de solução de problemas de caráter público e privado é que a presente edição da Revista Jurídica foi cuidadosamente elaborada. Analisando os títulos dos artigos, bem como seus respectivos autores, é que se torna possível a devida percepção da excelência qualitativa dos temas abordados, cujo interesse acadêmico, jurídico e social é inquestionável.

A temática acerca da aplicação principiológica na prática judiciária brasileira, em questões relativas aos mais diversos ramos do direito, vem ganhando destaque no cenário contemporâneo de forma que esta foi privilegiada no corpo da corrente revista em artigos, cujos temas, por exemplo perpassam a ordem público e privada, contratual e legal. Nesse campo, emerge ainda reflexões sobre a ampliação do conceito do fazer Direito propriamente dito, em outras palavras, sobre a necessidade de delimitar fronteiras, respeitando a mutualidade, entre a zetética e a dogmática jurídicas.

Por fim, entendemos estar compartilhando com nossos leitores ao promover, por meio dos 12 artigos publicados na presente edição, escritos por autores de renome nacional e internacional, toda uma discussão jurídico-humana de forma a contribuir com toda a comunidade acadêmica e jurídica no desenvolvimento de idéias que sirvam de meio prestativo à justiça.

Profa. Lucia Massara
Diretora da Revista da Faculdade
de Direito Milton Campos





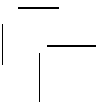
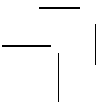
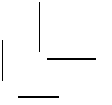
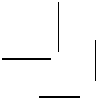
PRESENTATION

Always excelling for the juridical appreciation, trying to conciliate the law theory with its practice and aiming the discussion about efficient methods which can solve public and private problems that the current edition of this Juridical Journal has been carefully elaborated. The quality excellence of the selected themes can be noticed with an analysis based on the articles' titles and its respective authors, which are doubtless relevant for the academic, juridical and social world.

The theme about the principles application in the Brazilian law practice, which deal with all Law branches, has been achieving highlights in the contemporary scenery. This Journal has established dialogues with this kind of thematic, dealing, for instance, with the public and private sectors, contracts and legal actions. Taking everything into consideration, in this present edition the reader will find reflections about the concept of the Law praxis itself, in other words, reflections about the necessity to create borders between the dogmatic and reflective law, always, however, respecting their mutuality.

Finally, we believe on our contribution with our readers providing all those 12 articles written by nationally and internationally recognized names which brings juridical, economical and human discussions that could develop the ideal of fairness.

Prof. Lucia Massara
Law Review Director

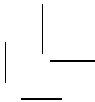
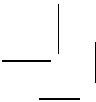


MISSÃO

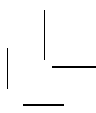
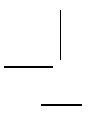
A Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, criada em 1994 por iniciativa do saudoso Professor Doutor Wille Duarte Costa, tornou-se, desde o primeiro semestre de 2009, vinculada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado em Direito Empresarial oferecido pela Faculdade de Direito Milton Campos. Por conseguinte, algumas alterações substanciais foram implementadas sem, no entanto, desconsiderar-se a experiência adquirida em 14 anos de existência 17 anos e 19 volumes publicados e gratuitamente distribuídos por inúmeras bibliotecas universitárias no Brasil, nos Estados Unidos, na Europa e na Ásia.

Dentre essas alterações pode-se destacar, primeiramente, a indicação de dois professores do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado em Direito Empresarial para ocuparem a função de editores da Revista, além da revisão da linha editorial, agora baseada nas linhas de pesquisa do Programa. Também se estabeleceu que os demais professores vinculados ao Programa serão membros natos do Comitê de Avaliadores, competindo-lhes zelar pela pertinência temática dos artigos submetidos à Revista às linhas de pesquisa desenvolvidas no Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado em Direito Empresarial. Ademais, a disponibilização do periódico na internet, com acesso pelo site da Faculdade de Direito Milton Campos e pelo site do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado em Direito Empresarial, universaliza o acesso aos artigos selecionados e publicados, e a implementação da avaliação por pares pelo sistema *double blind peer review* contribui decisivamente para a melhoria na qualidade dos artigos selecionados.

Dessa forma, a Revista da Faculdade de Direito Milton Campos pode atingir plenamente a sua missão de se manter como um periód-



dico científico que contribui para o desenvolvimento da pesquisa em Direito Empresarial, em suas mais variadas inter-relações, mediante a seleção baseada exclusivamente no mérito dos textos submetidos, e pela divulgação gratuita, em versão impressa e em ambiente virtual, dos volumes editados.

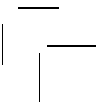
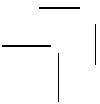
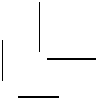
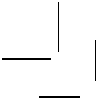


MISSION

The Journal of Milton Campos School of Law, created in 1994 by the initiative of late professor Wille Duarte Costa, has become, from the first semester of 2009 on, linked to the Post-graduate studies in Law, Masters in Commercial Law, offered by Milton Campos School of Law. Therefore, some substantial changes were implemented. Besides, we keep our 14 year experience and all the 17 year e 19 numbers published and freely distributed in many libraries in Brazil, USA, Europe and Asia.

We present some changes such as the indication of two professors from our Post-graduate studies in Law, Masters in Commercial Law, to fill the role of editors of the Journal. Besides, our editorial line is now based on our research lines to the Post-graduate studies in Law. It was also decided that the other professors of the Post-graduate studies in Law will become members of the Committee of Examiners, in order to verify if the issues are according to the lines of research of the Masters Program. Moreover, the Journal is also available online, with full access to the issues through the website of Milton Campos School of Law and also through the site of the Post-graduate studies in Law. So, we universalize the access to the Journal of Milton Campos School of Law and we also make it sure that the issues selected are double blind peer reviewed, what has enhanced the quality of our selected issues for publication.

Thus, the Journal of Milton Campos School of Law is ready to fulfill its mission to keep itself as a scientific journal that contributes to the development of Commercial Law research, in its multiple inter-relations, through a selection of issues based only on merits and through the free divulgation, both print and online.



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

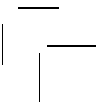
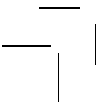
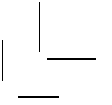
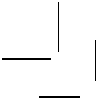
FUNDADA EM JUNHO DE 1993

Rua Milton Campos, 202 – CEP 34000-000

Nova Lima

NORMAS EDITORIAIS

1. A Revista da Faculdade de Direito Milton Campos divulga trabalhos na área do Direito Empresarial. Também são divulgados trabalhos que versem sobre a interrelação entre o Direito Empresarial e os demais ramos do Direito e das áreas afins.
2. Serão publicadas colaborações inéditas, dentro da linha editorial da revista.
3. Os originais recebidos não serão devolvidos.
4. O recebimento do artigo enviado à Revista não implica a obrigatoriedade de sua publicação.
5. O Editor da Revista poderá reapresentar os originais ao autor para que os adapte às normas editoriais ou esclareça dúvidas porventura existentes.
6. O original deverá ser digitado no programa editor Microsoft Word, com espaço 1,5, Fonte Time News Roman, tamanho 12, parágrafo 1,25 e seqüenciais e enviado por e-mail como anexo, endereçado para revista@mcamp.br
7. Os artigos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores e podem não representar as idéias desta Instituição.
8. Os artigos da revista podem ser reproduzidos, desde que citada a fonte.
9. O artigo deverá conter título; autor; resumo e abstract, com no máximo 250 palavras, palavras chaves e keywords; sumário; texto dividido em seções; conclusão; notas de referência; notas explicativas e referências.
10. Citações de referência no corpo do texto e citações explicativas nas notas de rodapé.
11. A bibliografia citada deverá obedecer às normas da ABNT, observando-se, para as entradas, o critério (autor, ano, p.).
12. As informações sobre titulação, email, cidade e estado do autor devem ser completas.
13. Os artigos são selecionados por pareceristas anônimos, pelo sistema double-blind peer review.
14. Ao submeter o artigo, o autor cede à Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, a título gratuito, os direitos autorais a ele referentes.



SUMÁRIO

ARTIGOS

EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE
NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE OPERADORAS
DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E SEUS
BENEFICIÁRIOS

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Thiago Penido Martins..... 23

PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NO BRASIL
– O DIREITO DO TUTOR: ATESTADO VETERINÁRIO
VERSUS ATESTADO MÉDICO

Maria Rita Barcelos De Souza Brandão 65

REFORMA TRIBUTÁRIA CONSTITUCIONAL: IMPOS-
TOS SOBRE O CONSUMO

Flávio Couto Bernardes

Maria Juliana de Almeida Fonseca 83

TERRAS PÚBLICAS FEDERAIS NA AMAZÔNIA
LEGAL

Marcus Vinicius Pereira de Castro..... 99

TECHNICAL, AUTOMATIC AND PASSIVE: LIABILITY
OF SEARCH ENGINES FOR HOSTING INFRINGING
CONTENT IN THE LIGHT OF THE GOOGLE RULING

Paul Przemysław Polanski 113

QUESTÕES ACERCA DA VEDAÇÃO PROBATÓRIA E
UTILIZAÇÃO DA PROVA VEDADA E A COMPROVA-
ÇÃO DO NOVO TIPO DO ART. 306 DO CTB

Marcellus Polastri Lima..... 131

BENS IMATERIAIS, TEORIA DOS CLUBES
E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Ana Carolina Corrêa da Costa Leister 163

O MOVIMENTO DE DIREITO E ECONOMIA NO BRASIL

Eugênio Battesini

Giácomo Balbinotto Neto

Luciano Benetti Timm 213

A REFLEXÃO CRÍTICA DO DIREITO COMO MEIO NECESSÁRIO PARA A SUPERAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA

Geovane Machado Alves 231

INTELLECTUAL PROPERTY SYSTEM WITH A HEART? PUBLIC HEALTH SAFEGUARDS IN NATIONAL PATENT LEGISLATION LAW IN A PLURALIST ASIA: CHALLENGES AND PROSPECTS

Ida Madieha

Abdul Ghani Azmi 247

BRAZILIAN LAND TENURE AND CONFLICTS: THE LANDLESS PEASANTS MOVEMENT

Ari Francisco de Araújo Júnior 283

LIÇÕES DE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA A TEORIA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL

Antonio José Maristrello Porto

Lucas Thevenard Gomes..... 309

SUMMARY

ARTICLES

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH IN THE JURIDICAL RELATIONS BETWEEN HEALTH PLAN INSURANCE AND ITS RECIPIENTS

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Thiago Penido Martins..... 23

JURIDICAL ANIMAL PROTECTION IN BRAZIL – THE TUTOR’S RIGHT: MEDICAL CERTIFICATE VERSUS VETERINARY CERTIFICATE

Maria Rita Barcelos De Souza Brandão 65

CONSTITUTIONAL TAX REFORM: CONSUMPTION TAX

Flávio Couto Bernardes

Maria Juliana de Almeida Fonseca 83

FEDERAL PUBLIC ACRES IN THE LEGAL AMAZON

Marcus Vinicius Pereira de Castro..... 99

TÉCNICOS, AUTOMÁTICOS E PASSIVOS: A RESPONSABILIDADE DOS MECANISMOS DE BUSCA PARA HOSPEDAR CONTEÚDOS ILÍCITOS À LUZ DA DECISÃO DO CASO GOOGLE

Paul Przemysław Polanski 113

QUESTIONS ABOUT SEALING EVIDENTIAL AND USE OF EVIDENCE AND PROOF OF SEALED NEW KIND OF ART. 306 THE CTB

Marcellus Polastri Lima..... 131

INTANGIBLE ASSETS, THEORY OF CLUBS AND ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Ana Carolina Corrêa da Costa Leister 163

THE MOVEMENT OF LAW AND ECONOMY IN BRAZIL Eugênio Battesini Giácomo Balbinotto Neto Luciano Benetti Timm	213
THE CRITICAL LAW REFLECTION AS A NECESSARY WAY TO OVERCOME THE JURIDICAL DOGMATIC Geovane Machado Alves	231
PROPRIEDADE INTELECTUAL COM UM CORAÇÃO? SALVAGUARDAS DA SAÚDE PÚBLICA NA LEGISLA- ÇÃO DE PATENTES NACIONAIS. DIREITO EM UMA ÁSIA PLURALISTA: DESAFIOS E PERSPECTIVAS Ida Madieha Abdul Ghani Azmi	247
O MOVIMENTO DOS SEM TERRA: CONFLITOS DE TERRA NO BRASIL Ari Francisco de Araújo Júnior	283
LECTIONS OF ECONOMICAL ANALISYS OF LAW FOR THE EXTRA CONTRACTUAL CIVIL RESPONSIBILITY JURIDICAL THEORY Antonio José Maristrello Porto Lucas Thevenard Gomes.....	309

EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE
NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE OPERADORAS
DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E SEUS
BENEFICIÁRIOS

Recebido em: 30/03/2010

Avaliado em: 30/07/2010

THIAGO PENIDO MARTINS*

Belo Horizonte/MG

thiagopenido@yahoo.com.br

RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JUNIOR**

Belo Horizonte/MG

rodolphobsj@mcamp.br

————— **Sumário** —————

1. Introdução. 1.1 Direito à saúde. 1. Introdução.
1.1 Noções teórico-jurídicas sobre positivismo e
jusnaturalismo. **1.2** Filosofia da ciência e teoria do
direito. **1.3** Diversidade e progresso científico. **1.4**

Saviny e a escola histórica do direito. **1.5** Teoria dos paradigmas. **1.6** Dogmática jurídica. **2.** Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo, por questões metodológicas, limitar-se-á a analisar situações específicas em que a temática adquire importantes contornos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Procurará encontrar soluções capazes de conciliar e proteger o direito fundamental com a proteção da autonomia privada, liberdade contratual e segurança jurídica no âmbito das relações jurídicas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito à saúde. Planos de saúde. Autonomia privada.

1 INTRODUÇÃO

Em razão da abrangência e dos inúmeros temas passíveis de serem desenvolvidos no que tange ao tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários, o presente artigo, por questões metodológicas, limitar-se-á a analisar situações específicas em que a temática adquire importantes contornos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

A grande questão a ser respondida está em se definir em que medida as operadoras de planos privados de assistência à saúde estão vinculadas ao direito fundamental à saúde. Estariam as operadoras de planos privados de assistência à saúde obrigadas a prestar serviços médico-hospitalares de cobertura não obrigatória ou que não foram objeto contrato avençado com o beneficiário em nome da eficácia direta do direito fundamental à saúde?

A resolução desta importante questão perpassa, necessariamente, pela delimitação da extensão da eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas privadas entre as operadoras de plano de assistência à saúde e seus beneficiários, de modo a encontrar solução capaz de conciliar a e proteção deste direito fundamental com a proteção à autonomia privada, liberdade contratual e segurança jurídica no âmbito das relações jurídicas entre particulares.

1.1 Direito à saúde

O direito à saúde encontra-se inserido dentre os direitos fundamentais de natureza social assegurados pelo texto constitucional aos indivíduos. O texto constitucional inseriu o direito fundamental à saúde no rol de direitos sociais do artigo 6º, o qual, além de assegurá-lo, garante os direitos fundamentais à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, observados os demais preceitos constitucionais.

Ao disciplinar a ordem social, a Constituição da República, em seu artigo 196, é expressa e inequívoca ao preceituar ser a saúde direito fundamental de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, assegurando, todavia, a possibilidade de que a iniciativa privada também preste serviços de assistência à saúde, nos termos da legislação regulamentar.

No ordenamento jurídico pátrio, o direito a saúde foi regulamentado pela lei 8.080 de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Segundo preceitos legais contidos no artigo 2º do referido diploma normativo, *“a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”*, mediante *“a formulação e execução de políticas econômicas e sociais.”*

Nos termos do parágrafo segundo, do artigo 2º, do referido diploma legal, o *“dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”* consagrando, portanto, o princípio da solidariedade social, que, inclusive, constituiu um dos objetivos da República Federativa do Brasil. A atuação da iniciativa privada na exploração da atividade de promoção da saúde, por sua vez, encontra-se disciplinada pela Lei 9.656 de 1998, que regulamenta as atividades das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde.

1.2 Natureza jurídica do direito à saúde

O direito à saúde classifica-se como direito social. Os direitos sociais e econômicos, insculpidos no ordenamento jurídico brasileiro-

ro, especialmente, nos artigos 6º à 11º do texto constitucional, são direitos que “*asseguram e protegem um espaço de liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade*” (SARLET, 1999, p. 129), direitos que se encontram “*vinculados a garantia do bem estar social das pessoas*” (MATEUS, 2008, p. 50), “*um conjunto complexo e multidimensional de posições jurídicas destinadas a assegurar uma vida com dignidade visando à busca do pleno bem-estar físico e mental do indivíduo*” (MATEUS, 2008, p. 71).

Dentre os direitos sociais e econômicos insculpidos nos artigos 6º à 11º do texto constitucional alguns deles inegavelmente se destinam tanto ao poder público quando aos particulares. Basta uma análise dos direitos trabalhistas previstos no artigo 7º para se perceber que parte deles possuem eficácia direta no âmbito das relações jurídicas entre particulares de natureza trabalhista. Assim, por exemplo, o direito à férias, décimo-terceito salário, licença-maternidade, dentre outros importantes direitos sociais trabalhistas ali previstos.

O direito à saúde, como os demais direitos fundamentais, possui dupla dimensão eficaz, uma de natureza defensiva e outra de natureza prestacional. Em sua dimensão defensiva, o direito fundamental à saúde implica na exigência de que os indivíduos e o poder público se abstenham de adotar quaisquer condutas que possam lesionar ou ameaçar bens juridicamente protegidos a ele relacionados, impõe ao poder público e aos particulares obrigações de natureza negativa destinadas a impedir que haja a sua vulneração.

Em sua dimensão positiva ou prestacional, o direito fundamental à saúde implica a atribuição de deveres comissivos ou obrigações positivas destinadas a garantir e promover a saúde, as quais poderão consistir na construção de hospitais e clínicas, na prestação de serviços médicos, no fornecimento de medicamentos àqueles que necessitarem, garantindo-lhes existência digna. A dimensão prestacional do direito à saúde, portanto, exige atuação positiva no sentido promover as condições materiais indispensáveis ao seu pleno exercício.

A classificação do direito à saúde em suas dimensões defensiva e prestacional é de extrema relevância para a definição da eficácia do direito à saúde nas relações jurídicas entre particulares. Isto porque, se em sua dimensão defensiva ou negativa, a eficácia do direito à

saúde, no âmbito das relações jurídicas privadas, configura questão menos controversa, o mesmo não se pode dizer quanto à sua dimensão prestacional, na qual a definição da extensão da eficácia do direito à saúde ainda é tormenosa (SARMENTO, 2008, p. 292).

A maior dificuldade reside em se definir a extensão da eficácia da dimensão prestacional do direito à saúde nas relações jurídicas privadas, haja vista as implicações e efeitos que esta extensão terá sobre a autonomia privada, liberdade contratual, segurança jurídica, bem como em razão dos reflexos econômicos que o entendimento adotado terá sobre os particulares, eis que a imposição de condutas positivas aos particulares, destinadas a promover as condições materiais indispensáveis ao pleno exercício do direito fundamental à saúde, implicam em elevados custos.¹

Verifica-se, portanto, a partir do estudo do direito à saúde e de sua classificação que, a definição da extensão da eficácia dos direitos sociais nas relações jurídicas entre particulares não pode ser a mesma em suas dimensões defensiva e prestacional. A adoção de uma tese generalizada e uniforme, como a sugerida por Sarlet, segundo a qual todos os direitos fundamentais sociais, seja em sua dimensão defensiva ou prestacional, possuem eficácia direta nas relações jurídicas entre particulares, não se afigura como correta,² e pode levar a resultados indesejados se adotada de forma acrítica e irrefletida.

1.3 Eficácia do direito à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de plano de assistência à saúde e seus beneficiários.

Atualmente, as principais controvérsias jurídicas envolvendo as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários versam sobre a cobertura de procedimentos médico-hospitalares. As demandas judiciais, em sua maioria, dizem respeito a ações propostas pelos beneficiários mediante as quais pretendem que as ope-

¹ Segundo Sarmento: “Na verdade, os maiores problemas concernentes ao reconhecimento de uma eficácia direta e imediata para os direitos sociais dizem respeito à sua dimensão prestacional. Em que situações pode alguém, por exemplo, exigir que um particular lhe custeie um tratamento de saúde, ou lhe proporcione o acesso à educação?” (SARMENTO, 2008, p. 294).

² Neste sentido é o entendimento de Steinmetz, 2004, p. 278.

radoras de planos privados de assistência à saúde sejam obrigadas a cobrir e custear procedimentos médico-hospitalares ou eventos de saúde cuja cobertura não se encontra previamente contratada.

Já se registram casos de uma imposição – inclusive na esfera jurisdicional – de prestações materiais a entidades privadas, em favor de outros particulares. Isto se verifica com certa freqüência (e, é claro, em determinadas circunstâncias e sob determinados pressupostos) em hipóteses envolvendo empresas mantenedoras de planos de saúde que, mesmo alegando não haver cobertura contratual, são obrigadas, com base nos direitos fundamentais à proteção do consumidor e à saúde constitucionalmente assegurados, a arcar com as despesas médico-hospitalares relativas a seus segurados. (SARLET, 2006, p. 593)

Diante destas situações, ao intérprete aplicador competirá proceder à análise das restrições contratualmente estabelecidas, especialmente em face do direito fundamental à saúde, bem como considerar todo arcabouço normativo infraconstitucional destinado a regulamentar as relações contratuais entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários, para encontrar uma solução constitucionalmente adequada para o problema, a qual perpassa pela definição da extensão da eficácia do direito fundamental à saúde no âmbito desta relação jurídica entre particulares.

Um detido e pormenorizado estudo dos casos envolvendo questionamentos judiciais atinentes à cobertura de procedimentos médico-hospitalares pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, permite inferir que raros foram os casos em que a solução atribuída adentrou na discussão deste relevante tema da eficácia do direito fundamental à saúde no âmbito das relações jurídicas entre particulares, quedando a análise restrita, na maioria das vezes, a análise da abusividade das cláusulas contratuais limitadoras da cobertura.

Na jurisprudência brasileira ocorre um fenômeno de certa forma curioso. Não são tão escassas as decisões judiciais utilizando diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado. Porém, com raras exceções, esses julgamentos não são precedidos de fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares.

Na verdade, somente agora vem encontrando eco nos nossos pretórios a fértil discussão sobre condicionamentos e limites para aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada. (SARMENTO, 2008, p. 250)

Uma adequada solução à questão da cobertura de procedimentos médicos, portanto, demanda a análise dos seguintes questionamentos: as operadoras de planos privados de assistência à saúde estão obrigadas, com base no direito fundamental à saúde, a cobrirem serviços médicos-hospitalares que não sejam objeto do contrato? Em que medida as operadoras de planos privados de assistência à saúde estão vinculadas ao direito fundamental à saúde? Essas são, portanto, as questões que se pretende analisar a partir da adequada compreensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

1.3.1 Dimensão prestacional do direito à saúde como dever do poder público

O direito fundamental à saúde deve ser concebido, no que diz respeito à extensão de sua eficácia no âmbito das relações jurídicas privadas, de diferentes formas a depender se estivermos analisando sua dimensão defensiva ou prestacional. Se no que concerne à sua dimensão defensiva a questão da eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas privadas não desperta maiores questionamentos, o mesmo não se pode sustentar quando analisada a temática sob a perspectiva da dimensão prestacional, hipótese em que questão se torna controvertida.³

Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa), basicamente isto quer significar que a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de

³ Segundo Mateus: “Conforme já visto, pelo menos em regra, questão é menos polêmica quando estamos tratando de um não-fazer e, em contrapartida, muito polêmica (e talvez por isso muito pouco frequentada pela doutrina, salvo raras exceções), o que gera até mesmo a negativa, a de compelir o particular a uma obrigação positiva mesmo quando esta extrapola os limites estabelecidos nos contratos ou mais, mesmo quando não existe contrato.” (2008, p. 138).

terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares) tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde. (SARLET, 2001, p. 100)

A questão da extensão da eficácia do direito à saúde, em sua dimensão defensiva ou negativa, no âmbito das relações jurídicas entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários é menos controvertida. Duas podem ser as razões. Em se tratando da dimensão defensiva do direito à saúde, não se exige do particular a adoção de condutas positivas que, em razão de sua natureza prestacional, demandam recursos para sua concretização. Além do mais, o dever atribuído aos particulares de se absterem de vulnerar do direito a saúde, já se encontra materializado em diversas normas infraconstitucionais que, considerando a gravidade da conduta praticada, imputarão aos particulares responsabilidade penal, civil e ou administrativa pela lesão provocada ao direito à saúde.⁴ Assim, em sua dimensão prestacional, a questão merece maiores reflexões.

A despeito de ter o texto constitucional estabelecido o princípio da solidariedade entre o poder público e a sociedade civil em relação ao direito a saúde, esta solidariedade não pode ser, em toda e qualquer situação, interpretada de forma a se estender ao particular a obrigação de cobrir e custear procedimentos médicos, de fornecer medicamentos ou a concretizar outras prestações materiais, sob o fundamento de que o direito à saúde possui eficácia direta e imediata nas relações jurídicas privadas. Isto porque, este dever é atribuído, nos termos do

⁴ Neste sentido Sarlet, “*Evidentemente – ainda que a Constituição não tenha referido expressamente – também os particulares não poderão ofender a saúde alheia, alegando não serem destinatários do direito à saúde. Basta atentar para o fato de que ofender a integridade física e moral de seus semelhantes constitui, em muitos casos, conduta punível na esfera criminal ou, pelo menos, cível.*” (2001, p. 95) Em igual sentido Dimoulis: “*Em resumo, no ordenamento jurídico brasileiro, vale como regra geral que o destinatário dos deveres correspondentes aos direitos fundamentais é o Estado, tanto no sentido do dever de abstenção como no sentido do dever de ação mediante prestações. Os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais (o direito fundamental à vida corresponde à punição do homicídio etc). No mais, os direitos fundamentais desenvolvem como aludido um efeito de irradiação na interpretação da legislação comum, principalmente de cláusulas gerais.*” (2008, p.113).

artigo 196 do texto constitucional, precipuamente, ao poder público, que terá que desenvolver políticas públicas de pleno acesso e promoção da saúde.⁵ Os particulares, neste sentido, estão vinculados apenas indiretamente ao direito fundamental à saúde e, apenas em situações excepcionais, de forma direta, conforme se demonstrará. Segundo Nogueira Alcalá:

A regra geral é que o obrigado a respeitar os direitos sociais fundamentais é a sociedade representada pelo Estado. Os indivíduos somente podem se considerar obrigados pela eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais, o que remete a vinculação das autoridades públicas aos direitos fundamentais e o efeito de irradiação destes sobre o direito infraconstitucional. (NOGUEIRA ALCALÁ, 2009, p. 164) (tradução nossa).

O fato de se sustentar que o direito a saúde é dever do poder público não significa que se trata de um dever que lhe é exclusivo, bem como não induz a necessária conclusão de que os particulares não estão vinculados ao direito à saúde. O que se sustenta é que competirá, ao poder público, em um primeiro momento, mediante o exercício de sua função legislativa, concretizar o direito à saúde no plano das relações jurídicas entre particulares, estabelecendo a medida que as operadoras de planos privados de assistência à saúde estarão vinculadas ao direito à saúde. Desta forma, enquanto o poder público se encontra diretamente vinculado ao direito fundamental à saúde, devendo elaborar políticas públicas voltadas para a promoção do direito à saúde, os particulares estarão, apenas indiretamente, nos termos e nos limites das responsabilidades que lhes forem atribuídas pelo legislador, obrigados a garantir a cobertura de procedimentos ou eventos de saúde a seus beneficiários.

Com efeito, tratando-se de direitos em que o Estado se reconhece como único devedor, não se vê como seria possível o respectivo titular exigir de um particular o seu respeito. Quer se trate do direito ao trabalho, do direito à saúde e a segurança social ou, ainda, do direito a um nível de vida decente, não se pode conceber que

⁵ Segundo Barroso, “O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais”. (2009, p. 30)

a sua consagração permita a um indivíduo exigir de outro que o satisfaça. (ABRANTES, 1990, p. 30).

Interessante colacionar o entendimento de Steinmetz (2004, p. 283), segundo o qual mesmo que se proceda a uma interpretação sistemática do texto constitucional, alicerçada sobre os princípios da solidariedade e dignidade da pessoa humana, destinada a fundamentar a eficácia direta dos direitos sociais não trabalhistas nas relações jurídicas entre particulares, ainda assim, a natureza prestacional de tais direitos traria consigo objeções que a tornariam incompatíveis. Aduz ser, *“possível e legítimo um particular argüir que está faticamente impossibilitado de garantir um mínimo de educação e lazer para seus filhos menores”*, fato que representa *“uma séria objeção empírica à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais do artigo 6º, mesmo em relações específicas como as de família.”* E conclui, *“a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais do artigo 6º de particulares criaria, na República Federativa do Brasil, situações absurdas.”*

Somente em situações excepcionais é que será possível admitir uma vinculatividade direta dos particulares ao direito fundamental à saúde em sua dimensão prestacional, quando constatada a omissão do legislador em regulamentar a aplicação do direito à saúde no âmbito das relações jurídicas entre particulares, ou quando, as normas infraconstitucionais existentes não disciplinarem de forma adequada o direito à saúde nas relações jurídicas privadas, deixando de conferir suficiente proteção à vida ou dignidade da pessoa humana.⁶ Canotilho sustenta que os direitos fundamentais de natureza social, econômica ou cultural se aplicarão às relações jurídicas privadas de forma indireta, seja ao imporem *“ao legislador a ‘atracção das normas sociais’ segundo os direitos constitucionais sociais”*, seja ao obrigar *“o intérprete a uma interpretação conforme as normas constitucionais sociais”* (CANOTILHO, 2003a, p.453). Nesse caso, intérpretes, juízes

⁶ Marinoni sustenta a excepcionalidade da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas ao aduzir que, *“a eficácia direta ou imediata não exclui a eficácia horizontal mediata ou indireta. Na verdade, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser mediada pela lei e, assim, deve ser indireta ou mediata. Apenas quando o legislador se omite, negando vida ao direito fundamental – e então há que se pensar na supressão da omissão –, é que se tem de admitir a sua eficácia direta sobre os particulares”* (2008, p. 84).

e tribunais devem observar o marco axiológico desenhado pelo constituinte e agir com cautela e sensatez, para que a imposição aos particulares da obrigação de garantir o direito à saúde a outro particular não implique em indevida e desmensurada intervenção e ingerência na esfera de autonomia privada e liberdade contratual.

Nos conflitos horizontais, o juiz deve respeitar, com extremo cuidado, a liberdade individual, evitando uma invasão desmensurada do princípio da autonomia privada, liberdade contratual e, em definitivo, do direito privado, daí que a doutrina da *Drittiwirkung* deva se reservar, rigorosamente, a supostos de grave infração de direitos fundamentais que, agredindo, razoavelmente, valores essenciais e mínimos da convivência social, suponham um atentado a ordem pública. (VIVAS TESSON, 2009, p. 6) (tradução nossa).

O direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais “*não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas dado que isso significaria um confisco substancial da autonomia pessoal*” (CANOTILHO, 2003a, p. 1158), pois como destaca Silva, “*em uma ordem jurídica constitucionalizada, a autonomia privada tende, também, a definir-se não houver alguma força contrária aos direitos fundamentais*” (SILVA, 2008, p. 153) uma vez que os direitos fundamentais “*levados isoladamente em consideração, tenderão a anular toda e qualquer competência (ou seja, a capacidade de um particular alterar uma posição jurídica de outro particular) que a autonomia privada poderia garantir*” (SILVA, 2008, p. 153). Conforme destaca Martins:

É preciso assegurar aos indivíduos uma esfera imune à ação do Estado. Os valores assentados na Constituição não podem servir de fundamento à intervenção estatal em todos os setores da vida das pessoas, sendo necessário assegurar um âmbito de autonomia individual inviolável. Nessa seara particular, às pessoas deve ser garantido o poder de agir de acordo com sua vontade, mesmo que essa vontade não seja razoável. Trata-se de proteger, como afirmou Louis Henkin ‘the individual freedom to be irracional’ (MARTINS, 2007, p. 291).

Compreenda-se, não se sustenta o entendimento de que as operadoras de planos privados de assistência à saúde, alicerçadas nos di-

reitos fundamentais à livre iniciativa e a autonomia privada, possam impor limitações ou restringir de forma desmedida o direito à saúde de seus beneficiários, suprimindo-lhe a essência, até mesmo porque, conforme se exporá, o legislador, ao regulamentar o direito à saúde no âmbito das relações jurídicas privadas, protegendo os beneficiários contra possíveis vulnerações a serem praticadas pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, estabeleceu um conjunto de restrições ao exercício da autonomia privada e à liberdade de contratar, por exemplo, ao disciplinar a vedação de negativa de contratação em razão da idade e condição física⁷, os períodos de carência, o rol de procedimentos e eventos de saúde de cobertura obrigatória, o reajuste dos planos privados de assistência à saúde, a vedação de prazo para internações, dentre outros.

O que se aduz é que não é possível admitir uma solução homogênea no sentido de que os particulares, aqui incluídas as operadoras de planos privados de assistência à saúde, sempre estarão vinculadas diretamente ao direito fundamental à saúde e, portanto, incondicionadamente obrigadas a custear todo e qualquer procedimento médico-hospitalar aos seus beneficiários, principalmente procedimentos e eventos em saúde que não sejam considerados, nos termos da legislação, como de cobertura obrigatória, ou que não tenham sido objeto do contrato celebrado. A decisão por uma vinculação direta ou indireta dependerá, necessariamente, da análise das peculiaridades e especificidades do caso concreto, na qual deverá se levar em consideração, além de outros fatores, a existência de legislação disciplinando a questão controvertida. Conforme Sarlet, (2006, p. 587) *“é inviável advogar a existência de soluções uniformes também no que diz com a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”*, uma vez que, *“a intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais deve ser pautada de acordo com as circunstâncias do caso concreto”*.

A análise da eventual legislação existente se mostra imprescindível em garantia ao princípio da separação de poderes e em respeito à

⁷ “Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.” (BRASIL, 1998).

legitimidade das ponderações efetuadas pelo legislador no que concerne à aplicação do direito fundamental à saúde no âmbito das relações entre particulares e as conseqüentes limitações que serão estipuladas à autonomia privada e liberdade contratual. As ponderações realizadas pelo legislador, no exercício de sua liberdade de conformação política dos direitos fundamentais sociais, segundo Frascati (2008, p. 409), encontra uma importante justificativa, qual seja, “*numa democracia pluralista, a escolha dos modos e graus de concretização desses direitos deve levar em consideração a vontade dos eleitores, periodicamente renovada em cada eleição*”.

1.4.2 Concretização e densificação do direito à saúde pelo legislador

O direito fundamental à saúde, em razão da importância e estreita relação com os direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana, mereceram especial atenção de nosso legislador infraconstitucional, que editou dois importantes diplomas normativos destinados a disciplinar a tarefa de consecussão deste relevante direito fundamental de natureza social. O primeiro, representado pela lei 8.080 de 1990, destina-se a disciplinar a promoção do direito a saúde pelo poder público e pela iniciativa privada e, o segundo, representado pela Lei 9.656 de 1998, destina-se, especificamente, a disciplinar os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Conforme preceitos normativos contidos na lei 8.080 de 1990, em consonância com aqueles contidos no artigo 196 do texto constitucional, a saúde constitui direito fundamental de todos os indivíduos, sendo dever do poder estatal prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, dever que, todavia, não exclui os deveres atribuídos aos particulares e à sociedade como um todo.⁸ Ainda em conformidade com o referido diploma legal e com os preceitos constitucionais contidos no artigo 199 do texto constitucional, os serviços privados de assistência à saúde são permitidos à atuação direta da iniciativa privada, que poderá desenvolver atividades de

⁸ Conforme preceitos legais contidos no parágrafo segundo, do artigo 2º, da Lei 8.080, “*O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.*” (BRASIL, 1990).

promoção, proteção e recuperação da saúde, observados os limites estabelecidos em lei.

Em razão da essencialidade e relevância do direito à saúde, e partindo da premissa da hipossuficiência dos indivíduos, o legislador ainda editou a Lei 9.656 de 1998, diploma normativo específico destinado a regulamentar a atuação da iniciativa privada no fornecimento de serviços de planos privados de assistência à saúde. Além do mais, o poder público, com o objetivo de fiscalizar a qualidade dos serviços prestados em saúde, criou, através da edição da lei 9.961 de 2000, agência reguladora específica para disciplinar a atividade de prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada, denominada Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia federal, incumbida de fiscalizar e monitorar o mercado de saúde suplementar, regulamentando as relações jurídicas contratuais entre as seguradoras e operadoras de planos privados de saúde e seus beneficiários.

Além deste extenso arcabouço normativo, destinado a regulamentar e concretizar o direito à saúde assegurado pelo texto constitucional, as atividades desempenhadas pelas seguradoras e operadoras de plano de assistência à saúde, por configurarem relações jurídicas de natureza eminentemente consumerista, ainda estão submetidas aos preceitos normativos contidos na lei 8.078 de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, o qual tem por desiderato precípuo proteger os direitos do consumidor, conferindo-lhes maior lastro protetivo, ao, por exemplo, prever a nulidade das cláusulas abusivas, ao atribuir às operadoras de planos privados de assistência à saúde os deveres contratuais de transparência, de informação, dentre outras normas protetivas aos direitos do beneficiário consumidor.

O advento da Lei 9.656 de 1998, representou importante marco normativo na disciplina das atividades de prestação de serviços pelas operadoras de plano privado de assistência a saúde, por conter extenso número de preceitos normativos destinados a regulamentar, de forma pormenorizada, os mais relevantes aspectos jurídicos envolvendo essas atividades, aspectos que perpassam pela disciplina da constituição e registro das operadoras, as modalidades de plano de saúde, procedimentos e tratamentos médicos de cobertura obrigatória, períodos de carência, reajustes de mensalidades, dentre outros. Este diploma legal

constitui, portanto, verdadeiro estatuto jurídico de proteção aos beneficiários consumidores, inclusive protegido pelo princípio da proibição do retrocesso.⁹ Com o intuito de conferir máxima efetividade e proteção ao direito à saúde, limitou consideravelmente a autonomia privada e liberdade contratuais das operadoras de planos privados de assistência à saúde, ao estabelecer a obrigatoriedade de que, todo plano privado de assistência à saúde, promova, necessariamente, a cobertura de rol obrigatório de procedimentos médico-hospitalares.¹⁰

A Lei 9.656 de 1998, em seu artigo 10, objetivando proteger os beneficiários, instituiu rol de procedimentos e eventos em saúde que são de cobertura obrigatória pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, dando origem ao denominado plano referência de assistência à saúde, que possui conteúdo predeterminado, proporcionando ao beneficiário cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, que compreende partos e tratamentos, realizados exclusivamente em território nacional, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde.

A Lei 9.656 de 1998, além de disciplinar o plano referência, regulamenta a existência de outras cinco modalidades segmentadas de planos privados de assistência à saúde, explicitando, em cada uma delas, de forma detalhada, as exigências mínimas de cobertura contratual de procedimentos médicos e eventos em saúde. Tratam-se do plano ambulatorial, disciplinado pelo inciso I, do artigo 12, o plano hospitalar, disciplinado pelo inciso II, do artigo 12, o plano obstétrico, disciplinado pelo inciso III, do artigo 12, o plano odontológico, dis-

⁹ Sarlet, sustenta que o princípio da proibição do retrocesso impede “*que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender destas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade, em outras palavras, para serem aplicadas e cumpridas pelos órgãos estatais e pelos particulares.*” (2001, p. 100).

¹⁰ Atualmente encontra-se em vigor a Resolução Normativa 211, de 11 de janeiro de 2010, que atualizou o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999.

ciplinado pelo inciso IV, do artigo 12, além do plano completo. Além do mais, o artigo 10, ainda estabelece rol de procedimentos e eventos em saúde que expressamente não são de cobertura obrigatória, em razão de sua não essencialidade.

Em todas as modalidades de planos privados de assistência à saúde as operadoras estão obrigadas a prestar aos seus beneficiários consumidores ao menos os procedimentos médicos considerados obrigatórios e indispensáveis para a proteção da saúde humana, conforme determinação estabelecida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, em consonância com as diretrizes elaboradas pela Organização Mundial de Saúde. Nóbrega (2005, p. 150), analisando a obrigatoriedade de cobertura de procedimentos médicos pelas operadoras de planos privados de saúde, tece as seguintes considerações:

Verdadeiramente, os procedimentos médicos que servirão de referência, sendo obrigatoriamente oferecidos por estas coberturas segmentadas, foram arrolados pela legislação. O plano de referência consiste no conjunto de coberturas oferecido por estes planos segmentados. Em síntese, as coberturas de doenças e dos procedimentos médicos, que cada modelo contratual deverá apresentar, foram predeterminados pela regra jurídica, de sorte a proteger o consumidor. (NÓBREGA, 2005, p. 150).

O legislador ao dar origem ao plano referência, bem como ao disciplinar as demais modalidades de planos privados de assistência à saúde, acabou por materializar e concretizar o direito fundamental à saúde no âmbito das relações jurídicas privadas entre operadoras de planos privados de assistência à saúde e beneficiários, estabelecendo uma relação mínima de procedimentos médicos e eventos de saúde de cobertura obrigatória, independentemente da modalidade contratual de plano privado de assistência à saúde celebrada entre os particulares. Ao disciplinar a obrigatoriedade de uma cobertura mínima, o legislador, no exercício de sua atividade política de ponderação de interesses, restringiu a autonomia e liberdade contratuais das operadoras de planos privados de assistência à saúde como forma de garantir a necessária proteção ao direito à saúde, contribuindo para a estabilização destas relações jurídicas.

Conforme destaca Nóbrega (2005, p. 150), a proteção contratual atribuída pelo legislador aos beneficiários consumidores com estabele-

cimento de plano referência teve por objetivo, “*impedir que o fornecedor se aproveite da vulnerabilidade do consumidor para procurar ganho fácil.*” Ao dar origem ao arcabouço normativo contido na Lei 9.656 de 1998, o legislador exerceu a importante função de concretização e regulamentação do direito fundamental à saúde no âmbito das relações jurídicas entre particulares, restringindo parcela da autonomia privada, livre iniciativa e liberdade contratuais das empresas operadoras de planos privados de assistência à saúde. Nóbrega (2005, p. 150), ao analisar os preceitos normativos contidos na Lei 9.656 de 1988, salienta:

A técnica legislativa utilizada pelo legislador da lei dos planos de saúde foi a da casuística, procurando definir de forma exaustiva e completa todas as hipóteses de aplicação da norma, formando um sistema rígido e com pouca flexibilidade, limitando a atuação do julgador para encontrar a solução mais justa para o caso, diferentemente da técnica legislativa que utiliza as cláusulas gerais. (NÓBREGA, 2005, p. 150).

Verifica-se, portanto, que a questão da cobertura de procedimentos médicos foi objeto de disciplina específica pelo legislador, que possui a tarefa precípua, na condição de instância demoncraticamente legitimada, de proceder às ponderações entre a proteção do direito à saúde e o grau necessário de restrição a autonomia privada e liberdade contratuais das operadoras de planos privados de assistência à saúde. Nesse sentido, na apreciação do caso concreto, as ponderações e decisões materializadas pelo Poder Legislativo com a edição de normas específicas não poderão ser desconsideradas pelo intérprete aplicador, tendo em vista que, a princípio, “*a harmonização entre os deveres de solidariedade e o espaço de liberdade dos particulares é tarefa para o legislador, como instância democraticamente legitimada para proceder a complexas ponderações de interesse, envolvendo valores tão abstratos e incorpóreos*” (SARMENTO, 2008, p. 297). Segundo Ruy Rosado de Aguiar, a aplicação direta dos direitos fundamentais terá lugar quando o caso concreto exigir:

[...] a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação ao direito fundamental. (BRASIL, STJ, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, HC 12.547/DF, DJ 12/02/2001).

Sarmiento (2008, p. 297) sustenta, na esteira dos principais defensores da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, que as opções legislativas adotadas pelo legislador deverão ser respeitadas pelo intérprete e por aqueles que exercem a função jurisdicional. A existência de prévias ponderações realizadas entre direitos fundamentais e valores consagrados constitucionalmente, como as realizadas pelo legislador ao editar o arcaboço normativo da Lei 9.656 de 1998, mediante o qual houve a ponderação dos direitos fundamentais à saúde e autonomia privada, deve ser respeitada pelo intérprete:

Com efeito, consoante já demonstrado, em boa parte dos casos a existência de uma prévia opção legislativa no que diz com a composição de conflitos entre particulares (e seus respectivos direitos fundamentais como direitos subjetivos) é a solução constitucionalmente adequada, de tal sorte que não haverá o Judiciário de interferir, pena de – neste caso – extrapolar as suas competências jurisdicionais. (SARLET, 2006, p. 583).

As operadoras de plano de assistência à saúde, fora os procedimentos e eventos em saúde considerados de cobertura obrigatória, não se encontram diretamente vinculadas ao direito à saúde ao ponto de serem obrigadas a cobrir procedimentos médicos que não foram objetos do contrato. Não se pode olvidar que, em princípio, o direito à saúde é dever do poder público, sendo juridicamente inadequado sustentar que os particulares estejam, em todas as situações, diretamente vinculados ao direito fundamental à saúde ao ponto de se lhe imporem obrigações de prestar serviços, realizar procedimentos ou fornecer medicamentos fora àqueles considerados obrigatórios e que tenham sido objeto de contratação pelo beneficiário.

Propositor de uma solução diferenciada, mas simpático à teoria eficácia indireta dos direitos fundamentais de natureza social, Steinmetz (2004, p.279) sustenta de forma veemente que os particulares “*não estão obrigados, ante o direito fundamental social à saúde, a criar hospitais, postos ou ambulatórios de saúde nem a pagar tratamentos médicos para outros particulares*”, por não constituir “*dever jurídico-constitucional dos particulares, por força dos direitos fundamentais a prestações, propor, planejar e executar políticas sociais e*

econômicas – embora delas possam participar como colaboradores ou em parcerias.” Pondera que a concretização do direito à saúde, enquanto direito fundamental social, além de constituir dever do poder público, nos termos do texto constitucional:

são financeiramente onerosos e exigem opções e ações positivas, a imposição aos particulares de deveres de prestações colide com o princípio da liberdade de iniciativa (CR, art. 1º, IV, e art. 170, caput) – e, portanto, com a economia de mercado –, com os direitos fundamentais de liberdade e propriedade (CR, art. 5º, caput e XXII) e com o princípio da autonomia privada. (STEINMETZ, 2004, p.279).

Se quando da celebração do contrato de plano privado de assistência à saúde o beneficiário, devidamente informado acerca da extensão da cobertura proporcionada por cada uma das modalidades de planos de assistência a saúde, ciente da existência de outras modalidades de planos com cobertura mais abrangente¹¹, opta, por questões econômicas ou por livre manifestação da vontade, por contratar o plano referência ou com cobertura menos abrangente, não poderá pleitear judicialmente, face à operadora de planos privados de assistência à saúde, que sejam cobertos procedimentos médicos não considerados obrigatórios ou que não foram objetos de contratação, com fundamento direto e exclusivo no direito fundamental à saúde. Mesmo Sarlet (2006, p. 593), um dos principais defensores da eficácia direta dos direitos fundamentais sociais nas relações jurídicas entre particulares, posiciona-se no sentido de que é necessário cautela, sendo necessário ponderar as peculiaridades do caso concreto:

Que o reconhecimento – especialmente quando efetuado diretamente e, portanto, sem mediação legislativa – de direitos subje-

¹¹ Nóbrega, ao tratar dos deveres de informação e transparência no âmbito dos contratos de planos privados de assistência à saúde tece as seguintes considerações: “*Se embargo, o princípio da transparência obriga o fornecedor a prestar informação ao consumidor no momento da formação ou execução do contrato. Ste princípio ganha importância nos contratos de plano de saúde que têm natureza de contrato relacional de consumo, sendo fundamental que o consumidor compreenda efetivamente o significado dos termos ou expressões referentes aos exames, procedimentos médicos, tratamentos, eventuais doenças, cobertura do plano, motivos do aumento dos preços das mensalidades e outros aspectos ao longo da duração deste contrato contínuo que serão prestados os serviços médico-hospitalares.*” (2005, p. 130).

tivos a prestações sociais contra entidades privadas deve ser encarado com cautela e passar por um rigoroso controle no que diz com os critérios que presidem a solução de conflitos de direitos, já foi frisado, mas há de ser repisado. Que justamente em virtude desta necessidade, importa construir critérios materiais robustos para uma adequada ponderação à luz do caso concreto, igualmente haverá de ser reconhecido como essencial, na linha, aliás, do que – cuidando justamente desta problemática – anunciou o já citado Daniel Sarmiento. (SARLET, 2006, p. 593).

Nesse sentido é que se discorda veementemente do entendimento perfilhado por Mateus (2008, p. 146), quando sustenta que a exclusão de procedimentos e eventos em saúde nos contratos de planos privados de assistência à saúde, mesmo aqueles não considerados de cobertura obrigatória pela legislação infraconstitucional, com base em estudos técnicos e científicos desenvolvidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar e pela Organização Mundial de Saúde, representaria uma afronta ao direito à saúde e ao mínimo existencial. Segundo a autora, nestes casos os órgãos jurisdicionais, em nome da eficácia direta do direito fundamental à saúde, devem determinar à operadora de planos privados de assistência à saúde que custeie e cubra o procedimento ou evento demandado pelo beneficiário, para que, desta forma, lhe seja garantido a proteção do direito à saúde e do mínimo existencial.

Porquanto a limitação, exclusão de determinados procedimentos, apesar de autorizados pela legislação infraconstitucional, mostrou-se afrontosa ao mínimo existencial da parte postulante, devendo o Poder Judiciário, não em função da eficácia dos direitos sobre o mesmo, mas sim pela eficácia direta destes nas relações entre particulares, acrescida pelo poderio dos planos de saúde e das cláusulas de abertura existentes no CDC, proferir decisão no sentido de garantia do procedimento actualmente excluído. (MATEUS, 2008, p. 146).

Ressalte-se, se a cláusula contratual que estabelece a exclusão for elaborada em estrita observância ao conjunto de normas protetivas estabelecidas pela Lei 9.656 de 1998, e, portanto, não preveja a exclusão de procedimento ou evento em saúde considerado, para aquela

modalidade de plano de saúde contratada, de cobertura obrigatória, não há sequer como cogitar a sua abusividade, com fundamento nos preceitos legais contidos no artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque o reconhecimento da abusividade de cláusula de exclusão, neste caso, implicaria no reconhecimento indireto da inadequação das normas contidas na Lei 9.656 de 1998, bem como das diretrizes estabelecidas pela Organização Mundial da Saúde e Agência Nacional de Saúde Suplementar, face ao direito fundamental à saúde, o que não pode prosperar.

1.4.3 Proteção à autonomia privada, liberdade de iniciativa, liberdade contratual e segurança jurídica.

Há que se levar em consideração que o ordenamento jurídico também assegura aos particulares os direitos fundamentais à liberdade e à livre iniciativa, bem como à autonomia privada. Não é o fato de ser o particular detentor de poder financeiro que o tornará devedor necessariamente de prestações materiais não contratadas ou não consideradas obrigatórias em nome do direito fundamental à saúde. A admissão de uma eficácia irrestrita e incondicionada do direito à saúde no âmbito das relações jurídicas entre as operadoras de planos privados de saúde e seus beneficiários e, até mesmo em relação aos terceiros não beneficiários¹², ao ponto de torná-la obrigada a cobrir procedimentos ou tratamentos médicos não obrigatórios ou que não foram contratados viola o direito fundamental à livre iniciativa, autonomia privada e liberdade contratual, arrostando a própria eficácia do princípio da preservação da empresa. Que as empresas operadoras de planos privados de assistência à saúde possuem responsabilidade

¹² Há que se afastar, de imediato, a possibilidade do indivíduo que não possua qualquer relação ou vínculo jurídico com a operadora de plano privado de assistência à saúde pleitar que aquela lhe assegure o direito fundamental à saúde. Conforme aduz Sarmiento, “*Uma pessoa miserável, por mais grave e urgente que seja o seu problema de saúde, não pode exigir que um milionário, escolhido a esmo, custeie o seu tratamento hospitalar. Assim, o primeiro requisito para o reconhecimento de uma vinculação do particular a determinada obrigação positiva, decorrente de um direito social, diz respeito à existência de alguma conexão entre a relação jurídica mantida pelas partes e a natureza da obrigação jusfundamental em discussão. Não se trata aqui da aplicação de algum critério de lógica formal, mas de uma questão de pura razoabilidade.*” (2008, p. 301).

social é inegável. Contudo, a responsabilidade social não pode ser extrema ao ponto de se transferir aos particulares um direito social de cunho prestacional que é dever do poder público, dando origem a um verdadeiro solidarismo jurídico.¹³

Diante da ineficiência do Estado de fornecer à população as garantias mínimas que dele se poderia esperar, transfere-se ao particular a obrigação de se desincumbir de tais encargos. Assim, caberia ao proprietário de imóvel residencial urbano, ao hospital privado, à concessionária de energia elétrica e de telefonia, à escola privada e ao transportador suportar a ausência de políticas públicas que assegurem à maioria da população o acesso à moradia, à saúde, aos serviços de energia e telefonia, à educação e ao transporte. Essa prática é justificada com amparo em um suposto dever de solidariedade que deveria pautar a conduta privada, o qual, por sua vez, assenta-se sobre o raciocínio de que parte da população teria uma dívida social com a maioria restante, que deveria ser paga por meio da assunção de obrigações que o Estado não tem condições de cumprir. (SAMPAIO JÚNIOR. 2009, p. 7280).

A adesão incondicionada e irrefletida a uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, especialmente dos direitos da natureza social, como é o caso do direito à saúde, redundaria em problema de difícil e complexa solução, “*saber até que ponto a constituição pode determinar o modo pelo qual os indivíduos devem conduzir suas vidas*” (PEREIRA, 2006, p. 192). A aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares não pode desconsiderar que nossa ordem constitucional assegura aos indivíduos um espaço de autoregulação civil, que deve ser protegido.¹⁴ Neste sentido é que Bilbao

¹³ Segundo pensamento de Duguit, o solidarismo jurídico: “*o homem desfruta o direito de desenvolver sua atividade com liberdade, mas, ao mesmo tempo, só possui esse direito enquanto consagra seu exercício à realização da solidariedade social. A liberdade concebida dessa forma assume um caráter inabalável, pois nesse sentido consiste unicamente na liberdade de se cumprir o dever social.*” (1996, p.28).

¹⁴ Nesse sentido, relevantes são as considerações tecidas por Novais, segundo o qual: “*Nas relações entre particulares, tudo o que não é proibido é permitido. Obviamente, se a tese da eficácia directa levasse verdadeiramente a sério as suas premissas, há muito que teria remetido esta máxima para o museu de antiguidades: só seria permitido tudo o que não fosse proibido, mas que simultaneamente não contrariasse, entre outros, o princípio da*

Ubillos adverte para o fato de que é necessário ter cautela para não se converter todas as questões jurídicas da vida civil em conflitos entre direitos fundamentais, ao questionar se “*¿no estaremos pedindo en demasia a Constitución?*”¹⁵ Para Canotilho (2001, p. 228), a despeito da ordem privada não estar divorciada da ordem constitucional, sofrendo seus influxos, é preciso se atentar para os riscos e indesejáveis conseqüências da banalização da adoção da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vêem o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a conseqüência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve reconhecer os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não-liberdade’ do direito privado. A nosso ver, o problema não está apenas nos perigos que espreitam as duas ordens – constitucional e civil – quando se insiste na conformação estrita e igualitarizante das relações jurídicas privadas pelas normas constitucionais. Em causa está também o problema de saber se o apego a *Drittiwirkung* não transporta um pathos ético e jurídico profundamente desconhecedor das rupturas pós-modernas. (CANOTILHO, 2001, p. 228).

A atividade de concretização do direito à saúde em relações jurídicas entre particulares não pode assumir as vestes de um discurso comunitarista, marcado pelo assistencialismo ou paternalismo jurídico, bem como pelo desmensurado ativismo judicial, ao ponto de inviabilizar a própria existência das operadoras de planos privados de

igualdade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da segurança jurídica, o princípio da socialidade e, mas que isso, qualquer uma das infundáveis refracções em que se desenvolve o alargado elenco dos direitos fundamentais de qualquer Constituição ou Estado de Direito.” (2007, p. 376).

¹⁵ Segundo o autor: “*No estaremos pidiendo demasiado a la Constitución*”. (2006, p. 301).

assistência à saúde. Conforme Canotilho (2003a, p. 946), “os juízes não pode se transformar em conformadores sociais”. Barroso (2009, p. 13), ao dissertar sobre a atuação dos órgãos jurisdicionais na concretização do direito à saúde tece relevantes considerações sobre os limites iminentes a esta função estatal, ao sustentar que “o Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação” entretanto, “não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos” (BARROSO, 2009, p. 13). E citando Amado, conclui “querer ser mais do que se é, é ser menos”.¹⁶

Nesse diapasão, diante de situação em que se verifique que um beneficiário necessita de procedimento ou evento não coberto pelo plano privado de assistência à saúde, não sendo aquele procedimento previsto como de cobertura obrigatória pela legislação de regência, não se está a sustentar que ao indivíduo deve ser negada a tutela judicial do direito fundamental à saúde, mas tão-somente que, esta tutela seja deferida para obrigar o poder público, e não o particular, operadora de planos privados de assistência à saúde, a custear o procedimento ou evento necessário, uma vez que é dever precípua do poder público, em nosso ordenamento jurídico, promover a saúde através de políticas sociais e econômicas.¹⁷ A transferência ao particular da obrigação de concretizar o direito a saúde, quando o texto constitucional atribui este dever ao poder público, representa inquestionável afronta aos direitos fundamentais à livre iniciativa, liberdade contratual e autonomia privada.¹⁸ Conforme destaca Barroso (2009, p. 13):

¹⁶ Amado apud Barroso, (2009, p. 13).

¹⁷ O Supremo Tribunal Federal possui remançosa jurisprudência no sentido de ser dever do poder público assegurar as condições básicas para a efetividade do direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição da República. RE 556.886/ES; AI 457.544/RS; AI 583.067/RS; RE 393.175-AgR/RS; RE 198.265/RS).

¹⁸ Destaca-se, ainda, excerto do voto preferido pelo Ministro Marco Aurélio na ADI 1.950, cujo objeto era a análise da constitucionalidade de lei estadual que previa a obrigação de particulares de garantirem a estudantes o direito ao pagamento de meia-entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer. Segundo destacou o Ministro, “essa forma de dispor, entretanto, com interferência de fundo na livre iniciativa, sem uma contrapartida, cumprimentando o Estado – e a premissa é esta – com chapéu alheio, é consentânea

O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais. A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 30-31).

Salutar é o entendimento de Mateus (2008, p. 143), no sentido de que o fato do beneficiário ter contratado plano privado de assistência à saúde menos completo, no exercício de sua autonomia privada, não lhe retira a possibilidade de pleitear face ao poder público o custeio de procedimentos e eventos de saúde não cobertos pelo plano de saúde, tendo em vista que *“como a saúde é garantida tanto pelo Estado quanto pela sociedade, é possível, em respeito à autonomia da vontade, que parte seja prestada pelo Plano de Saúde, e parte pelo Estado.”* Obviamente que em casos de urgência ou emergência, constatado que o beneficiário necessita de procedimento não coberto pelo plano de assistência a saúde contratado, sendo inviável a sua transferência para um hospital mantido pelo poder público, sem prejuízo a sua vida ou integridade física, deverá a operadora de plano privado de assistência a saúde, em nome da proteção ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, cobrir o procedimento pleiteado, ressalvado, nesta hipótese, o direito de ser ressarcida pelo poder público pelos custos com a realização daquele procedimento.¹⁹⁻²⁰ Ao se

com a Constituição Federal? [...] Não vejo como se fixar esse ônus, que acaba sendo suportado, ante a transferência, pela sociedade, tendo em conta a majoração da entrada para aqueles que não gozam do benefício, mediante uma norma, repito, não razoável, porque nela não se contém a contrapartida, ou seja, uma compensação – havendo uma desvantagem significativa – da perda por aqueles que se lançam ao mercado, na vida comercial, e precisam fugir à morte civil nesta mesma vida comercial, que é a falência.” (BRASIL, STF, ADI 1.590/SP, Rel. Eros Grau, Pleno, Dj 03/11/2005).

¹⁹ Até mesmo porque, no caso inverso esta regra é aplicável. Caso um indivíduo possua plano privado de assistência à saúde e, ainda assim, recorra ao sistema público de assistência à saúde, a Lei 9.656/98 assegura o ressarcimento ao poder público com base na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP). Este é o entendimento de Fux (2000, p. 298-299).

²⁰ No âmbito do ordenamento jurídico argentino, a Corte Suprema de Justicia de la Nación, ao apreciar o *Recurso de Hecho C 595 XLI*, interposto pelo *Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas* em desfavor de *Cambiaso Peres de Nealón*, manifestou-se no

sustentar que o direito fundamental à saúde, em sua dimensão prestacional, é dever do poder público, além de não se estar sustentando que este dever lhe é exclusivo, haja vista que os particulares estão em certa medida vinculados ao direito à saúde, não se está aduzindo que as operadoras de planos privados de assistência a saúde, no que tange a procedimentos ou eventos não cobertos ou não contratados, estará sempre desobrigada de custeá-los.

As operadoras de planos privados de assistência à saúde, além de estarem indireta e mediatamente vinculadas ao direito à saúde, haja vista sua obrigação de concretizar o direito à saúde nos limites estabelecidos pelas normas da legislação infraconstitucional que disciplina e regulamenta as suas atividades de prestação de serviços médico-hospitalares, somente em hipóteses excepcionabilíssimas²¹, a partir de um juízo de ponderação que leve em consideração as peculiaridades do caso concreto, estarão diretamente vinculadas ao direito fundamental à saúde, como na hipótese acima exposta, em que a salvaguarda do direito à vida, integridade física e à dignidade da pessoa humana tornaram imperiosa a atuação do particular na efetivação deste direito constitucionalmente assegurado aos indivíduos, inclusive, em proteção ao mínimo existencial.²² Sarmiento (2008, p. 303) assim se manifesta:

sentido de que *“El costo de los cuidados médicos solicitados puede ser soportado por el Estado o por la empresa de medicina privada, pero nunca por el enfermo. Este último no tiene ninguna posibilidad de absorber ese costo, y ello conduciría a una frustración de su derecho fundamental a las prestaciones adecuadas de salud. En cambio, la empresa puede absorber los gastos de modo transitorio, puede difundirlos convenientemente y, finalmente, puede recuperarlos de las finanzas públicas.”* (ARGENTINA, 2010).

²¹ Neste sentido se posiciona Fux, para quem: *“o rompimento do contrato, e em última análise da própria ratio essendi constitucional, somente deve ser engendrado nas situações-limite, em que não haja outra solução para salvar a vida humana senão recorrer ao subsídio particular. Caso contrário, a promiscuidade do uso do setor privado fora do pactuado, através de liminares, encerrará decisão ‘supostamente caridosa’ porquanto olvida as carências relegadas a outros que também precisam da saúde financeira das entidades securitárias. Como coloquialmente se diz no pródigo vernáculo brasileiro.”* (2000, p. 298-299).

²² Observa Sarlet que: *“O fato de se reconhecer – como Daniel Sarmiento – a necessidade de elevada dose de prudência e, portanto, de bom senso, no reconhecimento de direitos subjetivos a prestações tendo por destinatários particulares, não poderá, por sua vez, levar à negação de tais direitos. Ademais, a eficácia – inclusive direta – das normas de direitos fundamentais sociais na esfera das relações entre particulares não se resume (e nem poderia) ao reconhecimento de posições jurídico-subjetivas de cunho prestacional, como, de resto, igualmente demonstrou Daniel Sarmiento, referindo-se, em outras possibilidades, a*

Ora, o que discutimos no caso é a possibilidade de particulares, com base apenas na Constituição, reclamarem de outros particulares certas prestações materiais ligadas a direitos sociais. Parece, portanto, que esta possibilidade deve ser, a princípio, excluída em relação aos direitos sociais derivados, que, para vincularem positivamente o próprio Estado, carecem de concretização legislativa. Isto não quer dizer, frise-se bem, que os direitos sociais cuja eficácia plena dependa de interpositio legisla-tore não vinculem os particulares, mas apenas que esta vinculação não vai ao ponto de permitir a extração de algum direito subjetivo positivo, válido no âmbito da relação jurídico-privada. (SARMENTO, 2008, p. 303).

Ademais, ao contrário do que possa parecer aos desavisados, há que se destacar que as teorias da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não são autoexcludentes. Ambas podem atuar na garantia da eficácia dos direitos fundamentais.²³ O que se deve ter em vista é, existindo legislação disciplinando e concretizando determinado direito fundamental, como ocorre em nosso ordenamento jurídico com o direito à saúde, deve-se sempre levar em consideração as ponderações realizadas pelo legislador e, somente caso se entenda que a concretização efetuada pelo legislador não se deu de forma adequada àquela almejada pela ordem constitucional vigente é que, a partir de interpretação conforme a Constituição e do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, se deverá atribuir às normas jurídicas interpretação condizente com os objetivos almejados pelo constituinte. Nessa situação, conforme sustenta Steinmetz (2005, p. 212), o intérprete assumi-

efeitos negativos como ocorre com a aplicação do princípio da proibição de retrocesso, aqui apenas citada para ilustrar a assertiva.” (SARLET, 2006, p. 592).

²³ Segundo destaca Steinmetz, “a eficácia mediata e imediata não são formas incompatíveis. Onde termina (ou não há) a possibilidade de viabilização da primeira inicia a atuação da segunda. Ambas são exigências da (e garantem a) eficácia de direitos fundamentais como princípios objetivos de todo ordenamento jurídico.” (2004, p. 266). Em igual sentido Tepedino, para quem “há de ser superada a discussão, por vezes vã e ociosa, quanto à aplicação direta ou indireta das normas constitucionais. Em um ordenamento unitário (como não pode deixar de ser), a norma constitucional há sempre que prevalecer (direta ou indiretamente), vez que a legislação ordinária apenas encontra legitimidade se conformada aos valores constitucionais, de forma que sua aplicação representa a aplicação da própria constituição” (2008, p. 29).

rá o ônus argumentativo de apresentar razões jurídico-constitucionais de peso para afastar ou adequar a solução legislativa construída:

Ademais, nos casos para os quais há regulação (concretização) legislativa específica, suficiente e conforme à Constituição e aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário, em virtude dos princípios da separação dos poderes, não deve, de plano e sem a apresentação de razões jurídico-constitucionais de peso (ônus da argumentação), afastar-se da solução legislativa, isto é, o Poder Judiciário não deve sobrepor-se, de imediato e sem satisfazer um ônus de argumentação constitucional racional e objetiva, às ponderações do Poder Legislativo concretizadas em regulações específicas de direito privado. (STEINMETZ, 2005, p. 212).

Constatada a inexistência ou a incompletude da legislação destinada a atribuir concretude ao direito fundamental em questão, com base em um método tópico sistemático, a partir da análise das peculiaridades e especificidades do caso concreto, ponderando os direitos fundamentais em conflito, competirá aos órgãos jurisdicionais concretizar o direito fundamental em questão mediante o reconhecimento de sua eficácia direta no âmbito das relações jurídicas entre particulares.²⁴ Além de se avaliar a autenticidade das vontades externalizadas pelos sujeitos quando da celebração do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, se se respeitou os deveres contratuais de informação, transparência e boa-fé, deverá ser analisado se o procedimento médico pleiteado é obrigatório ou não, bem como se a não cobertura do procedimento importará em risco para a vida ou integridade física do beneficiário, dentre outros fatores atinentes ao caso concreto, eis que o direito à saúde, em sua dimensão prestacional, torna a atividade de ponderação ainda mais complexa do que aquela realizada quando se está diante de direito de cunho defensivo.²⁵

²⁴ Nesse sentido, Frascati: “*excepcionalmente, existe um dever de concretizá-los na apreciação do caso concreto, nas hipóteses em que a não realização de um standart mínimo de um direito social, por falta da intervenção do legislador no sentido de densificá-lo, mostrar-se extremamente prejudicial à vida ou integridade física do indivíduo.*” (2008, p. 443).

²⁵ Segundo Sarmiento: “*entendemos que, além da autonomia privada e de considerações a propósito da desigualdade material entre as partes, outros fatores também devem entrar na ponderação necessária ao reconhecimento da vinculação de um particular a um*

Nesse sentido, há que se fazer ressalvas ao entendimento adotado por Sarlet (2006, p. 595)²⁶, segundo o qual os direitos fundamentais sociais, “*seja qual for a natureza do direito fundamental em questão*” (SARLET, 2000, p. 154) possuem eficácia direta nas relações jurídicas privadas, ao ponto do direito fundamental à saúde, em sua dimensão prestacional, tornar “*o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como o atendimento médico-hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde*” (SARLET, 2001, p. 98). Isto porque, não se pode desconsiderar a existência de legislação específica que, ponderando o direito à saúde, autonomia privada, livre iniciativa e liberdade contratual, já estabelece extensa relação de procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, independentemente da modalidade contratada pelo beneficiário, assegurando-lhe o mínimo existencial no que diz respeito à proteção do direito à saúde. Não é por outro motivo que Hesse (1955, p. 88) sustenta que “*a interpretação da Constituição de estar, nos termos de Harbele (1955, p. 88), aberta ao tempo e isso implica que se deve ter em conta a lei atualmente vigente*”, pois, “*substituir o Direito todo em sua poliédrica complexidade pela simples projeção construtiva dos direitos fundamentais*” teria por consequência a quebra da segurança jurídica.

Sem adentrar no mérito da imprescindibilidade ou essencialidade dos procedimentos e eventos em saúde considerados de cobertura obrigatória, bem como sem se questionar se determinados procedi-

direito social prestacional, dentro de um caso concreto. Portanto, trata-se de uma ponderação ainda mais complexa do que aquela realizada para resolução de controvérsias envolvendo a eficácia dos direitos individuais de defesa na esfera privada.” (2008, p. 305).

²⁶ Destaque-se, todavia, que o autor, apesar de sustentar este entendimento, admite a necessidade de se ponderar a aplicação direta dos direitos sociais em sua dimensão prestacional no âmbito das relações jurídicas entre particulares, ao assim se manifestar: “*Que disso advém consequências jurídicas diretas para os particulares e que estes, em determinadas circunstâncias e à luz de uma adequada ponderação (ou hierarquização) de bens podem ser demandados como sujeitos passivos mesmo sem prévio permissivo legal, é tão evidente quanto evidente também é a circunstância de que a negativa pura e simples de tal possibilidade poderá ferir de morte o próprio direito ao mínimo existencial.*” (SARLET, 2006, p. 595).

mentos ou eventos em saúde deveriam estar inseridos ou não nesta relação, haja vista tratar-se de ponderação a ser realizada por especialistas ciências médicas²⁷, fato é que o estabelecimento do rol de procedimentos de cobertura obrigatória e a garantia de sua observância pelos órgãos jurisdicionais, quando instigados a apreciarem demandas judiciais envolvendo pedidos de cobertura de procedimentos ou eventos em saúde não considerados obrigatórios ou que tenham sido objeto de contratação, atribui segurança jurídica às relações jurídicas aperfeiçoadas entre operadoras de planos privados de saúde e beneficiários.²⁸ Além de se garantir aos beneficiários procedimentos considerados como essenciais à proteção dos direitos fundamentais à saúde, integridade física e vida, o estabelecimento da referida relação atribui transparência às referidas relações jurídicas, bem como segurança jurídica às operadoras de planos privados de assistência à saúde, que quando da celebração dos contratos de prestação de serviços médicos passam a ter ciência da extensão de suas obrigações, ou seja, da relação de procedimentos e eventos em saúde que estarão obrigadas a custear. Nesta linha de entendimento, Cruz (2007, p. 354) destaca que os direitos fundamentais devem ajudar “*a compor a essência de um sistema jurídico que pretenda legitimamente estabilizar as expectativas sociais de comportamento. Dessa forma, exigem respeito para sua natureza deontológica de modo a evitar a desnaturação do Direito em Política.*”

No que concerne às operadoras de planos de saúde, a elaboração de uma relação de procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória, conjugado com sua efetiva observância e respeito pelos órgãos jurisdicionais, além de estabilizar e conferir segurança às relações jurídicas entre estes particulares, protegendo as legítimas expectativas das operadoras de planos de saúde e dos beneficiários,

²⁷ Segundo destaca Barroso: “*O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da administração pública.*” (2009, p. 35).

²⁸ Nesse sentido Barroso, “*a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. [...] havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.*” (2009, p. 29-30)

assegura a mutualidade e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de plano de saúde, propiciando a preservação da empresa e, ao mesmo tempo, assegurando que a cobertura de determinado procedimento a um não prejudique o atendimento aos demais beneficiários. O princípio do mutualismo, que está intimamente vinculado às questões atuariais que envolvem o contrato de plano de saúde, pode ser conceituado como *“um sistema em que toda a carteira de clientes contribui para que uns usem mais os serviços da operadora e outros usem menos, havendo, assim, uma diluição do risco.”*²⁹ Em razão dos princípios do mutualismo e da solidariedade entre os beneficiários, estes terão a responsabilidade de contribuir diretamente para a cobertura dos procedimentos necessários a todos os beneficiários, já que estes, isoladamente considerados, não teriam condições de arcar com o custeio do procedimento indispensável a proteção de sua saúde.

Conclui-se que não é possível sustentar de forma incondicional e irrefletida a eficácia direta do direito à saúde no âmbito das relações jurídicas entre operadores de planos privados de saúde e beneficiários, tendo em vista que a atribuição àquelas do dever de custear e cobrir procedimentos não contratados pelo beneficiário ou não considerados de cobertura obrigatória pela legislação de regência, provoca distorções e coloca em risco o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual. Assim, sob a idéia de se estar protegendo o direito à saúde, os órgãos jurisdicionais poderão, em verdade, estar enfraquecendo a sua proteção, pois os recursos a serem despendidos pela operadora de plano de saúde para custeio do cumprimento de decisões jurisdicionais casuísticas, assentadas sobre o voluntarismo ou subjetivismo do julgador, poderá afetar diretamente os demais beneficiários, seja em razão do repasse deste custo para o preço das mensalidades, seja em razão da inviabilidade econômica e financeira de permanência da operadora de plano de saúde no mercado. Rezende alerta que, *“as operadoras de planos de saúde revelam-se como verdadeiras administradoras de fundo de mútuo – constituído com recursos formados*

²⁹ Rezende, 2008, p. 193. Fernandes Neto destaca que *“a saúde privada, cuja principal fonte de custeio são os fundos mantidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, orienta-se pela solidariedade e pelo mutualismo, fortes características herdadas dos contratos de seguro e dos fundos de previdência.”* (2002, p.21).

exclusivamente pelas mensalidades pagas por seus usuários e utilizados quando aqueles que o formam necessitem” (REZENDE, 2008, p. 193) razão pela qual seu dever de assegurar o direito à saúde não pode ser confundido com o dever estatal de promoção da saúde mediante a implementação de políticas públicas.

Em uma relação contratual em que a liberdade contratual e a autonomia privada estão previamente conformadas à necessidade de proteção do direito à saúde, a prévia regulamentação das obrigações que estarão à cargo das operadoras de planos privados de assistência à saúde, permite-lhes assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação de serviços médicos, pois, em se tratando de atividade empresarial, é risco das operadoras de planos privados de assistência à saúde *“avaliar os custos e riscos, devendo socializar as perdas, ou seja, contar com todos os riscos que poderão vir a correr no curso do investimento, ao calcular o preço de seus serviços”* (SILVA, 2007, p. 180), razão pela qual devem ter efetiva ciência de suas obrigações contratuais para que possam calcular os custos, pois se calcularem mal o erro não poderá ser imputado ao beneficiário consumidor, em razão da proteção que lhe é conferida pela legislação. De igual modo, se as operadoras de planos privados de assistência à saúde calculam seus riscos considerando as obrigações que lhe são atribuídas pela legislação e, posteriormente, se vê judicialmente compelida a custear e cobrir procedimento médico não considerado obrigatório ou não contratado, essa cobertura legislativamente não prevista terá reflexos imediatos sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, mais, se tal situação ocorre em movimento cascata ou em efeito multiplicador³⁰, coloca-se em risco

³⁰ O Supremo Tribunal Federal, em casos envolvendo o pedido de fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos não previstos na lista de procedimentos e ventos em saúde de cobertura obrigatória e na lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em caráter excepcional do Ministério da Saúde, tem indeferido os pedidos, dentre outros motivos, apontando para os riscos do denominado efeito multiplicador (SS 3.073/RN, DJ 14.02.2007) (SS 1.836 AgR/RJ, DJ 11.10.2001). Acerca do risco do efeito multiplicador: *“Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de microjustiça – o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macrojustiça.”* (BARCELOS, 2006, p. 32).

a viabilidade da empresa, comprometendo, inclusive, a proteção dos direitos dos demais beneficiários.³¹

Quando se determina que os hospitais privados ou as escolas particulares atendam a população carente sem qualquer contraprestação, ao fundamento de que valores existenciais não podem sujeitar-se ao ímpio e espúrio lucro dos empresários, a primeira impressão que se tem é de que tal medida seria efetivamente necessária. Afinal, quem poderia deixar o paciente à mingua de tratamento médico ou o aluno sem acesso à educação? Resolve-se, sim, o problema daquele paciente ou aluno, mas às custas dos demais usuários, que arcarão com os serviços não pagos pelo beneficiário, enquanto a sociedade não tem qualquer motivação para exigir que o Estado cumpra as suas obrigações mínimas. Enfim, uma última consideração se impõe, e se verifica no fato de que ao se transformar a ordem jurídica em uma ordem concreta de valores, aumenta-se o ‘perigo dos juízos irracionais, porque neste caso os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos’. (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 4662).

É necessário conferir segurança jurídica às relações jurídicas entabuladas entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários, inclusive em proteção à legítima expectativa da operadoras, que deverão, no momento da celebração do contrato, observando os preceitos normativos contidos na legislação de regência, ter efetiva ciência da exata extensão de suas obrigações para com seus beneficiários, de forma a poder celebrar contrato em que seja garantido o equilíbrio econômico-financeiro para ambas as partes interessadas. As atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem estar ao alvedrio de subjetivismos e ativismos judiciais³² que, desprezando totalmente

³¹ Barroso, alerta “o sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. [...] Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição.” (2009, p. 12-13).

³² Destaca Cruz que: “Não desconhecemos que as intenções dessa corrente teórica são boas e favoráveis à inclusão social. Mas é preciso lembrar o ditado: o inferno está cheio de

a legislação infraconstitucional existente, fruto da atuação legítima e democrática do poder legiferante, impõe obrigações não previstas como obrigatórias ou que não tenham sido objeto de contrato.³³ Se a pretensão é majorar o grau de proteção ao direito à saúde, que se proceda democrática e legitimamente à inclusão de outros procedimentos no rol de procedimentos de cobertura obrigatória, pois, ao menos desta forma, as operadoras de planos privados de assistência à saúde terão efetiva ciência de quais são suas exatas obrigações perante o beneficiário. Não se pode compreender a saúde suplementar como uma extensão da saúde pública, ao ponto de justificar uma idêntica vinculação das operadoras de planos privados de assistência à saúde àquela verificada em relação ao poder público,³⁴ pois, nem a Constituição, nem a legislação “*estabelecem o dever das operadoras de oferecerem assistência à saúde de forma integral e irrestrita, em substituição ao dever do Estado*”. (OLIVEIRA, 2008, p. 163-164)

Repassar o dever para o particular, mercê de desautorizado pela Carta Magna, em função da necessária convivência harmônica entre atividade estatal e a iniciativa livre e privada, rompe os princípios que norteiam o contrato, de seguro, desequilibra a igualdade entre os contratantes, não obstante, ainda, desfalcar a economia das entidades em favor de um, em detrimento dos outros beneficiários. (FUX, 2000, p. 297).

O hermeneuta, além de observar a legislação infraconstitucional existente, que estabeleceu procedimentos de cobertura obrigatória por qualquer modalidade de planos de assistência médico-hospitalar, bem como os impactos econômicos de uma decisão judicial

boas intenções. O ativismo judicial desmedido por noções vazias como ‘razoabilidade’ e ‘proporcionalidade’ pode ser um bálsamo, como pretendem seus adeptos, mas também pode ser um veneno para a nossa democracia ainda incipiente.” (2008, p. 250-251).

³³ Para Cruz “*Quando se toma por base a Constituição como uma tábua de valores, os juízes passam a se sentir legitimados a ‘legislar’, a assumir o lugar do Executivo, porque se sentem ‘destinados’ a corrigir todas as injustiças do país. Eles se sentem eleitos por ‘Deus’ ou entendem que têm uma condição moral diferenciada dos ‘corruptos dos outros Poderes’. E acabam se esquecendo de que com isso colocam em risco a própria democracia.*” (2007, p.257).

³⁴ Adverte Bilbao Ubillos “*la polivalencia de los derechos fundamentales no se resuelve en una transposición mecánica e incondicionada de los mismos al campo de las relaciones jurídico-privadas.*” (2006, p. 334).

que obrigue à operadora de plano privado de assistência à saúde a custear procedimento ou evento em saúde de cobertura não obrigatória ou que não tenha sido objeto do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, deverá considerar em sua decisão a existência de fundado risco à vida ou integridade física do beneficiário, para, nessas hipóteses, afastar as poderações realizadas pelo legislador e determinar que a operadora de plano privado de assistência à saúde seja compelida a cobrir procedimento ou evento em saúde de cobertura não obrigatória ou que não tenha sido objeto de contrato. É preciso sensatez e cautela, pois sob o pretexto propiciar a máxima eficácia do direito à saúde, mediante sua incondicional aplicação nas relações jurídicas entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários, poderá se estar, reversamente, priorizando direito individual em detrimento do direito de toda uma coletividade de beneficiários.

2 CONCLUSÃO

A partir da análise do ordenamento jurídico brasileiro, foi possível aferir que o direito à saúde é dotado de fundamentalidade material e formal, seja em sua dimensão defensiva ou prestacional. Se no que tange à dimensão defensiva a questão da eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas privadas não desperta maiores questionamentos, haja vista reconhecer-se que os particulares possuem o dever de se absterem de vulnerar à saúde dos demais particulares, o mesmo não é possível sustentar quando analisada a temática da eficácia do direito à saúde no âmbito das relações jurídicas privadas sob a perspectiva de sua dimensão prestacional, hipótese em que a questão se torna controvertida.

A despeito de ter o texto constitucional estabelecido o princípio da solidariedade entre o poder público e a sociedade civil em relação ao direito à saúde, esta solidariedade não pode ser, em toda e qualquer situação, interpretada de forma a se estender ao particular a obrigação de cobrir e custear procedimentos médicos, de fornecer medicamentos ou a concretizar outras prestações materiais, sob o fundamento de que o direito à saúde possui eficácia direta e imediata nas relações jurídicas privadas. Isto porque, este dever é atribuído, nos termos do artigo 196 do texto constitucional, precipuamente, ao poder público, que terá que

desenvolver políticas públicas de pleno acesso e promoção da saúde. Os particulares, neste sentido, estão vinculados apenas indiretamente ao direito fundamental à saúde e, apenas em situações excepcionais, justificáveis do ponto de vista constitucional, de forma direta e imediata.

O que se aduz é que não é possível admitir uma solução homogênea no sentido de que os particulares, aqui incluídas as operadoras de planos privados de assistência à saúde, sempre estarão vinculadas diretamente ao direito fundamental à saúde e, assim, incondicionadamente obrigadas a custear todo e qualquer procedimento médico-hospitalar aos seus beneficiários, principalmente aqueles procedimentos e eventos em saúde que não sejam considerados, nos termos da legislação, como de cobertura obrigatória, ou que não tenham sido objeto de contrato. A decisão por uma vinculação direta ou indireta dependerá, necessariamente, da análise das peculiaridades e especificidades do caso concreto, na qual deverá ser levada em consideração, além de outros fatores, a existência de legislação disciplinando a questão.

Além de ser necessário observar a legislação infraconstitucional existente, fruto de ponderações realizadas por órgão democraticamente constituído, bem como os impactos econômicos de uma decisão judicial que obrigue à operadora de plano privado de assistência à saúde a custear procedimento ou evento em saúde de cobertura não obrigatória ou que não tenha sido objeto do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, deverá ser considerada a existência de fundado risco à vida, saúde ou integridade física do beneficiário, para, nessas hipóteses excepcionais, afastar as ponderações realizadas pelo legislador, materializadas na legislação infraconstitucional, e determinar que a operadora de plano privado de assistência à saúde seja compelida a cobrir procedimento ou evento em saúde de cobertura não obrigatória ou que não tenha sido objeto de contratação, assegurado seu direito de ser ressarcida pelo poder público.

É preciso ter sensatez e cautela, pois sob o pretexto de proteger e garantir a máxima eficácia do direito à saúde, mediante a incondicional e acrítica aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários, poderá, reversamente, se estar, na realidade, priorizando direito individual em detrimento do direito de toda uma coletividade de beneficiários. Além do mais, o reconhecimento irrefletido da eficácia

direta dos direitos fundamentais nas relações jurídica privada pode implicar na própria supressão do espaço de autoregulação civil assegurado pela ordem constitucional aos indivíduos, em manifesta proteção aos direitos fundamentais de liberdade e autonomia privada.

Nesse diapasão, o objetivo do presente trabalho não foi esgotar a análise de todo o tema da extensão da eficácia do direito fundamental à saúde no âmbito das relações jurídicas entre operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários, mas sim, reconhecendo a grandiosidade do tema, contribuir para o seu debate, fornecendo questionamentos e apontamentos que possam ser úteis para seu aperfeiçoamento, contribuindo para a elaboração de soluções capazes de garantir a normatividade e efetividade dos direitos fundamentais, conciliando a garantia do direito fundamental à saúde, com necessária proteção da autonomia privada, liberdade contratual, liberdade de iniciativa, direitos fundamentais imprescindíveis às relações de direito privado, preservando a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana, pilares do Estado Democrático de Direito.

EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH IN THE LEGAL RELATIONS BETWEEN HEALTH INSURANCE COMPANIES AND THEIR CLIENTS

Abstract

This article, due to methodological reasons, is limited to examine specific situations in which the subject acquires important issues in the Brazilian legal system. The text seeks solutions that balance and protect the fundamental right to the protection of private autonomy, freedom of contract and legal certainty in legal relations.

Keywords: Fundamental rights. Right to health. Health insurance companies. Private autonomy.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Recurso de Hecho. C.595. XLI.** Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas.

Buenos Aires, 28/08/2007. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do>>. Acesso em 15/03/2010.

BARCELOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**. v.3, n.32, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, v.9, n.34, p.11-43, abr./jun. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003a.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Orgs.) **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. 1. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003b.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.14, n.54, p.28-39, jan./mar. 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1996.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FRASCATI, Jacqueline Sophie Periotto Guhur. A força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais a prestações: apontamentos para um debate. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.16, n. 63, p.81-129, abr. 2008.

FUX, Luiz. Tutela Antecipada e Plano Privado de Saúde. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina. aspectos jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas, 1955, 88 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

MARTINS, Samir José Caetano. Neoconsitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.8, n.30, p.265-304, abr/jul. 2007.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NÓBREGA, João Neumann Marinho da. As cláusulas abusivas nos contratos de planos privados de assistência á saúde: uma proposta de sistematização. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.6, n.23, p.102-180, jul. 2005.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los derechos económicos, sociales e culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. **Revista de Estudios Constitucionales**, Ano 7, n. 2, p. 143-205, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. (Org.). **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de. Assistência integral à saúde: ônus público, privado ou particular? Afinal, quem paga a conta. In: UNIMED COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DE BELO HORIZONTE. **Judicialização da Saúde**. Belo Horizonte, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. Cálculo atuarial, mutualismo, equilíbrio econômico e plano de saúde: uma abordagem sobre dois julgados. In: UNIMED COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DE BELO HORIZONTE. **Judicialização da Saúde**. Belo Horizonte, 2008.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Desigualdade social, solidariedade jurídica e os seus reflexos no direito contratual brasileiro. In: Conpedi; Centro Universitário de Maringá. (Org.). **Anais do XVIII Encontro Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, v. 1.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A cláusula geral da função social dos contratos; entre um sistema aberto e um sistema impositivo. In: Conpedi. (Org.). **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, 2000.

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, Flávio. (Orgs.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Brasília, n. 5, jan./jun. de 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Mandamentos, 2008.

SILVA, Júlio César Ballerini. Aspectos da tutela do direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio-ponderações sobre relação de direito público e de direito privado. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v.9, n.44, p.135-160, jul. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras. **Revista Themis**, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas, p. 21-29, 2008.

VIVAS TESÓN, Inmaculada. **La horizontalidad de los derechos fundamentales**. Disponível em: <<http://www.derechocivil.net/esp/>> Acesso em: 07 out. 2009.

