

A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas privadas firmadas entre as empresas operadoras de planos médico-hospitalares e os seus beneficiários e os seus efeitos sobre o mercado: um estudo do caso brasileiro.

The efficacy of the fundamental right to health in private legal relations established between health insurance companies and their customers and its effects on the market: a Brazilian case study

RESUMO: O trabalho tem por objetivo analisar a extensão da eficácia do direito fundamental à saúde no âmbito das relações jurídicas privadas travadas entre as empresas prestadoras de planos médico-hospitalares e seus beneficiários, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, analisando os seus efeitos sobre as relações econômicas e o mercado. Objetiva-se, ainda, propor soluções capazes de conciliar a efetividade do direito fundamental à saúde com a importante proteção à autonomia privada, a liberdade contratual e a livre iniciativa conferida aos agentes econômicos.

PALAVRAS CHAVES: Direito Constitucional. Eficácia do Direito Fundamental à Saúde nas Relações Jurídicas Privadas. Planos Privados de Assistência à Saúde. Direito Contratual. Autonomia Privada. Liberdade Contratual. Livre Iniciativa. Segurança Jurídica. Direito e Economia. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: This work aims to analyze the efficacy of the fundamental right to health in the realm of private legal relations established between health insurance companies and their customers within the context of Brazilian legal system, analyzing its effects both on economic relations and in the market. Moreover, this work also aims to propose solutions capable of conciliating the effectiveness of the fundamental right to health, enshrined in Brazil's Constitution, with the protection to the important rights of private autonomy, contractual freedom and the free enterprise conferred to economic agents.

KEYWORDS: Constitutional Law. Efficacy of the fundamental right to health on private legal relations. Health Insurance Companies. Contractual Law. Private Autonomy. Contractual Freedom. Free Enterprise. Judicial Security. Law and Economy. Democratic State of Law.

Autor: Prof. Thiago Penido Martins (LLM)

Contato eletrônico: thiagopenido@yahoo.com.br

Contato telefônico: +55 31 9651-2154 / +55 31 3384.2154

Endereço: Rua Vila da Barra, 342, Barreiro, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, CEP 30.640-450.

Posição acadêmica: Doutorando em Direito. Mestre em Direito de Empresa; Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Faculdade de Direito Novos Horizontes.

Posição profissional: Procurador Municipal e Advogado.

Autor: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior (PhD)

Contato eletrônico: rodolpho@pucminas.br

Contato telefônico: +55 31 9891.0294 / +55 31 3222.7773

Endereço: Rua Bambuí, 721, apt. 201, Anchieta, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, CEP 30.310-320

Posição acadêmica: Doutor em Direito Civil; Professor Adjunto na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Coordenador da Especialização a Distância em Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Coordenador da Especialização a Distância em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Professor Adjunto na Faculdade de Direito Milton Campos, lecionando nos cursos de graduação e pós-graduação *stricto sensu*.

Posição profissional: Procurador do Estado de Minas Gerais e Advogado.

CLASSIFICAÇÃO JEL: K-10; K-12 (cross-classified: Constitutional Law and Contract Law)

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 do 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 proteção deste direito fundamental com a proteção à autonomia privada, liberdade contratual e segurança jurídica no âmbito das relações jurídicas entre particulares.

2 - Direito à saúde

O direito à saúde encontra-se inserido dentre os direitos fundamentais de natureza social assegurados pelo texto constitucional brasileiro. A Constituição da República brasileira de 1988 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 brasileiro, o direito à 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, constitui 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.

2.1 - 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 operadoras 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 frequência (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 a discussão deste relevante tema da eficácia do direito fundamental à saúde no âmbito das relações jurídicas entre particulares, ficando 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 estariam 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.

2.1.1 - 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, mereceu especial atenção do legislador infraconstitucional brasileiro, 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.¹ 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 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

¹ 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).

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.² 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.³

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 enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde.

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. Trata-se do plano ambulatorial, disciplinado pelo inciso I, do artigo 12, o plano hospitalar, disciplinado pelo inciso II, do

² 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).

³ 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 constituem a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999.

artigo 12, o plano obstétrico, disciplinado pelo inciso III, do artigo 12, o plano odontológico, disciplinado 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, 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, a proteção contratual atribuída pelo legislador aos beneficiários consumidores com estabelecimento 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, 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. 148).

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 órgão democraticamente legitimado, 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.”*⁴ 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).

SARMENTO 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 arcabouço 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

⁴ SARMENTO, 2008, p. 297.

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 a 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 imputarem 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 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 abrangente⁵, opta, por questões econômicas ou por

⁵ 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,*

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, 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 subjetivos 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, 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,

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).

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.

2.1.2 - 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 a 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 beneficiários⁶, 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 social é inegável.⁷ Contudo, a responsabilidade social não pode ser extrema ao ponto de se transferir aos particulares um direito social de cunho prestacional que é dever

⁶ 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 SARMENTO, *“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).

⁷ Destaca PIMENTA: *“A saúde privada é responsável por um enorme benefício socioeconômico. A iniciativa privada gera empregos, paga tributos, fomenta a circulação de riqueza e produz trocas eficientes”* (2010, p.455)

do poder público, dando origem a um verdadeiro solidarismo jurídico.⁸ Destaca SAMPAIO JÚNIOR:

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”.⁹ 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.¹⁰ Neste sentido é que BILBAO 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, formulando o seguinte questionamento “*¿no estaremos pedindo em demasia à Constituição?*”¹¹ Para CANOTILHO, 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, ao assim se manifestar:

⁸ Segundo pensamento de DUGUIT, no 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).

⁹ PEREIRA, 2006, p. 192.

¹⁰ 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 igualdade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da segurança jurídica, o princípio da socialidade e, mas que isso, qualquer uma das infundáveis refrações em que se desenvolve o alargado elenco dos direitos fundamentais de qualquer Constituição ou Estado de Direito.” (2007, p. 376).

¹¹ Segundo o autor: “No estaremos pidiendo demasiado a la Constitución”. (2006, p. 301).

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 consequência 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 *Drittwirkung* 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 assistência à saúde. Conforme destaca CANOTILHO, “os juízes não pode se transformar em conformadores sociais”¹². BARROSO, ao dissertar sobre a atuação dos órgãos jurisdicionais na concretização do direito à saúde tece relevantes considerações sobre os limites imanescentes 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”¹³, 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”¹⁴. E citando AMADO, conclui “querer ser mais do que se é, é ser menos”.¹⁵

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, no ordenamento jurídico

¹² CANOTILHO, 2003a, p. 946.

¹³ BARROSO, 2009, p. 13.

¹⁴ BARROSO, 2009, p. 13.

¹⁵ Apud, BARROSO, 2009, p. 13.

brasileiro, promover a saúde através de políticas sociais e econômicas.^{16 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:

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).

Ademais, não se pode olvidar do entendimento de STEINMETZ, segundo o qual o argumento de que a efetiva garantia dos direitos fundamentais sociais, é indispensável para se criar os pressupostos fáticos necessários para o pleno exercício de direitos fundamentais individuais de liberdade, inclusive mediante a atribuição de deveres aos particulares de implementá-los em suas relações jurídicas privadas, a despeito de ser sociologicamente relevante:

¹⁶ PIMENTA sustenta que: “o Estado deve oferecer saúde integral a aqueles que não possuem condições de pagar, de forma direta, pelo serviço de saúde e, também, oferecer serviços não cobertos pelo planos privados, ficando, assim, com uma espécie de competência residual.” (2010, p. 458).

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 (adenocarcinoma de próstata); AI 457.544/RS (artrite reumatóide); AI 583.067/RS (cardiopatia isquêmica grave); RE 393.175-AgR/RS (esquizofrenia paranóide); RE 198.265/RS (fenilcetonúria); AI 570.455/RS (glaucoma crônico); AI 635.475/PR (hepatite “c”); AI 634.282/PR (hiperprolactinemia); RE 273.834-AgR/RS (HIV); RE 556.288/ES (insuficiência coronariana); AI 620.393/MG (leucemia mielóide crônica); AI 676.926/RJ (lipoparatiroidismo); AI 468.961/MG (lúpus eritematoso sistêmico); RE 568.073/RN (melanoma com acometimento cerebral); RE 523.725/ES (migatia mitocondrial); AI 547.758/RS (neoplasia maligna cerebral); AI 626.570/RS (neoplasia maligna cerebral); RE 557.548/MG (osteomielite crônica); AI 452.312/RS (paralisia cerebral); AI 645.736/RS (processo expansivo intracraniano); RE 248.304/RS (status marmóreo); AI 647.296/SC (transplante renal).

¹⁸ Conforme destaca STERN, mesmo nas relações entre particulares em que há uma desigualdade fática entre os sujeitos de direito envolvidos, não há como igualá-la a uma relação entre indivíduo e o poder estatal, já que não resta afastado do caráter jurídico-privado da relação, bem como a nota de subordinação, peculiar as relações jurídicas que envolvem o poder público. (1987, 1591). 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 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).

(...) do ponto de vista dogmático-constitucional, não fundamenta a vinculação dos particulares a esses direitos, porque não é suficientemente forte para afastar os princípios da livre iniciativa e da autonomia privada e os direitos fundamentais de liberdade e propriedade. Ele é, isto sim, relevante em relação ao Estado. Quanto maior for a otimização dos direitos fundamentais sociais produzida pelo Estado, provavelmente menores serão as desigualdades sociais fáticas entre os particulares e mais e melhor assegurado estará, entre eles, o exercício dos direitos de liberdade. Certamente, um, talvez o principal, dos desideratos da constitucionalização de direitos a prestações e torná-los exigíveis ante o (e indisponíveis – como mínimo vital – ao) Estado com vistas a uma mais intensa e ampla realização das liberdades. (STEINMETZ, 2004, p. 280-281).

Salutar é o entendimento de MATEUS, 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.”*¹⁹ 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.²⁰²¹ Ao se sustentar que o

¹⁹ MATEUS, 2008, p. 143.

²⁰ 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). O entendimento de que as operadoras de planos privados de assistência à saúde deverão ser ressarcidas pelo erário público em razão dos serviços prestados em razão de determinação judicial, quando se tratarem de procedimento e eventos em saúde não contratados ou de cobertura obrigatória é defendido por FUX (2000, p. 298-299).

²¹ 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 sentido de que fosse assegurado ao autor o fornecimento de fraudas e medicamentos para além dos limites estabelecidos no contrato de medicina pré-paga, bem como para além da existência de previsão legal, considerando que a empresa de medicina pré-paga poderia absorver os custos das fraudas e medicamentos pleiteados, em nome dos direitos à saúde e a vida, frisando, todavia, que o valor por ela despendidos poderiam ser recobrados do poder público, que possui dever de assegurar a efetividade do direito à saúde. Nos termos da citada decisão: *“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. La imposición transitoria de cargas públicas es, en este caso, compatible con el contrato celebrado que se caracteriza porque su objeto y su causa están relacionados directamente con derechos fundamentales*

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 aos direito à saúde, haja vista sua obrigação de concretizar o direito à saúde nos limites estabelecidos pelas normas da legislação infraconstitucional que disciplinam e regulamentam as suas atividades de prestação de serviços médico-hospitalares, somente em hipóteses excepcionálíssimas²², 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.²³ SARMENTO assim se manifesta:

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 legislaore 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).

vinculados a la protección del estatuto de la persona. La conexión con el mentado estatuto es evidente, ya que su inexecución total afectaría gravemente la integridad física del beneficiario. Si bien la lógica económica de los contratos admite que el incumplidor sea excluido del mercado, ello encuentra una barrera cuando se trata de las personas y sus derechos fundamentales” (ARGENTINA, 2010).

²² 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 nopródigo vernáculo brasileiro.” (2000, p. 298-299).

²³ Observa SARLET que: “O fato de se reconhecer – como Daniel Sarmento – 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 Sarmento, referindo-se, em outras possibilidades, a efeitos negativos como ocorre com a aplicação do princípio da proibição de retrocesso, aqui apenas citada para ilustrar a assertiva.” (SARLET, 2006, p. 592).

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.²⁴ O que se deve ter em vista é, existindo legislação disciplinando e concretizando determinado direito fundamental, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro com o direito à saúde, em que existem dois importantes diplomas normativos, 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, o intérprete assumirá 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.²⁵ Além de se avaliar a autenticidade das vontades

²⁴ 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 dos direitos fundamentais como princípios objetivos de todo ordenamento jurídico.” (2004, p. 266). Em igual sentido TEPELINO, 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).

²⁵ Nesse sentido, FRASCATI: “excepcionalmente, existe um dever de concretizá-los na apreciação do caso concreto, nas hipóteses em que a não realização de um standard mínimo de um direito social, por falta da

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.²⁶

Nesse sentido, há que se fazer ressalvas ao entendimento adotado por SARLET²⁷, segundo o qual os direitos fundamentais sociais, *“seja qual for a natureza do direito fundamental em questão”*²⁸ 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.”*²⁹

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 sustenta que *“a interpretação da Constituição deve estar, nos termos de HARBELE, aberta ao tempo e isso implica que se deve ter em conta a lei atualmente vigente”*, pois, *“substituir o Direito todo*

intervenção do legislador no sentido de densificá-lo, mostrar-se extremamente prejudicial à vida ou integridade física do indivíduo.” (2008, p. 443).

²⁶ Neste sentido SARMENTO: *“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 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.”* (SARMENTO, 2008, p. 305).

²⁷ 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).

²⁸ SARLET, 2000a, p. 154.

²⁹ SARLET, 2001, p. 98.

em sua poliédrica complexidade pela simples projeção construtiva dos direitos fundamentais”³⁰ 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 procedimentos ou eventos em saúde deveriam estar inseridos ou não nesta relação, haja vista tratar-se de ponderação a ser realizada por especialistas ciências médicas³¹, fato é que o estabelecimento do rol de procedimentos de cobertura obrigatória e 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 não tenham sido objeto de contratação, atribui segurança jurídica às relações jurídicas aperfeiçoadas entre operadoras de planos privados de saúde e beneficiários.³²

Além de se garantir aos beneficiários procedimentos considerados 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, as quais, 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, conforme destaca CRUZ, 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.”*³³

³⁰ Segue texto original, em espanhol, no qual me embasei: *“la interpretación de la Constitución debe estar, en término de HÄBERLE, abierta al tiempo, y ello implica que ha que tener en cuenta la Ley actualmente vigente”*. *“substituir el Derecho todo en su poliédrica complejidad por la simple proyección constructiva de los derechos fundamentales. La quiebra de la seguridad jurídica sería la consecuencia”* (1955, p. 14).

³¹ 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). Em igual sentido, SAMPAIO JÚNIOR, *“Há, porém, que se fazer uma ressalva no tocante ao paternalismo que se revela na jurisprudência, aqui designado pretoriano, que se refere à conduta do magistrado que, examinando o caso concreto, é tomado do mesmo espírito de humanidade que notabilizou o bom juiz Magnaud. Presume-se, para o bem da sociedade, que o processo legislativo, em suas mais variadas etapas, leva em consideração uma série de dados e estudos que não estão disponíveis para o magistrado no momento de prolatar a sua decisão.”* (2007, p. 4827).

³² 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)

³³ CRUZ, 2007, p.354.

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, 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.”*³⁴ 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.

Com essas considerações, 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.³⁵ Nesse sentido REZENDE alerta que, *“as operadoras de planos de saúde*

³⁴ 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).

³⁵ Segundo PIMENTA: *“No contencioso. Alguns julgadores buscam fazer uma justiça distributiva, caso a caso, fato que só beneficia o litigante e gera um enorme custo social para toda a coletividade. Causam obstáculos*

revelam-se como verdadeiras administradoras de fundo de mútuo - constituído com recursos formados exclusivamente pelas mensalidades pagas por seus usuários e utilizados quando aqueles que o formam necessitem”³⁶ 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*”³⁷, 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 vêem judicialmente compelidas a custear e cobrirem 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 multiplicador³⁸, coloca-se em risco a viabilidade da empresa, comprometendo, inclusive, a proteção dos direitos dos demais beneficiários.³⁹ Nesse sentido destaca SAMPAIO JÚNIOR:

para o desenvolvimento nacional, ao invés de garanti-lo. Um meio ineficiente de promoção da dignidade da pessoa humana.” (2010, p. 452)

³⁶ REZENDE, 2008, p. 193.

³⁷ SILVA, 2007, p. 180.

³⁸ O Supremo Tribunal Federal, em casos envolvendo o pedido de fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos não previstos na lista de procedimentos eventuais 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, cumpre, ainda, colacionar o entendimento de BARCELOS, aplicável analogicamente aos casos envolvendo as operadoras de planos privados de assistência à saúde. Segundo a autora: “*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.*” (2006, p. 32).

³⁹ BARROSO, alertar para os riscos decorrentes da ausência de critérios que envolvem as decisões relativas à garantia do direito à saúde. Apesar de tratar da questão sob o viés dos riscos para a administração pública, importante colacionarmos seu entendimento, em razão da proximidade dos riscos que determinadas decisões judiciais trazem para a iniciativa privada. “*o sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que*

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 judiciais⁴⁰ que, desprezando totalmente 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.⁴¹ Se a pretensão é majorar o grau de proteção ao direito à

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).

⁴⁰ Acerca do ativismo judicial, destaca CRUZ que: “O ativismo judicial se insere no Brasil dentro de um mundo de vida em que os juízes, de uma forma geral, não se sentem servidores públicos, e sim, entes transcendentalmente superiores. Acostumados à cortesia e às posturas formalistas, não é incomum a figura do magistrado distante das pessoas e do ‘mundo’ que espera apenas a bajulação e desconsidera as necessidades das partes. Dizer a eles que podem tudo, ou melhor, que devem fazer tudo, tal como fazem os teóricos do constitucionalismo da efetividade, é música para seus ouvidos! 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 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).

⁴¹ Importa destacar as relevantes considerações tecidas por CRUZ, segundo o qual “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). E, ainda, de acordo com

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. Conforme destaca NOVAIS:

Mas, também no plano da repartição de competências entre os órgãos do Estado, as consequências seriam significativas. É que se todo conflito entre particulares é um conflito de direitos fundamentais, então a consequência quase automática é a atribuição de um peso desmensurado ao juiz, designadamente ao juiz constitucional, na regulação e conformações jurídica das relações privadas. (...) Ora, essa possibilidade, não apenas estende extraordinariamente o espaço pontencial de intervenção do juiz constitucional, como, e tendo em conta que a Constituição raramente lhe fornece, no domínio dos direitos fundamentais, pautas e critérios determinados e precisos de decisão, lhe confere um poder intensivo de conformação da relação jurídica concreta. (NOVAIS, 2007, p. 380).

A observância dos critérios já estabelecidos pelo legislador é de extrema importância para a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação de serviços, o que não impede, conforme sustentado, que em situações excepcionalíssimas, a operadora de planos privados de assistência a saúde seja compelida a cobrir procedimento médico não contratado como forma de assegurar a efetiva proteção da vida, integridade e dignidade do beneficiário. Contudo, como destacado, o intérprete aplicador da norma jurídica deve agir com cautela e prudência, sob pena de, ao argumento de estar assegurando a máxima efetividade ao direito à saúde, ao determinar que a operadora de plano privado de assistência à saúde custeie procedimento não obrigatório ou não contratado, comprometendo a própria viabilidade econômica e existência da operadora, bem como acabe por gerar efeito diverso do pretendido, ao prejudicar a proteção do direito à saúde dos demais beneficiários. Nesse sentido SARMENTO destaca que:

É preciso recordar que o responsável primário pela garantia das prestações sociais é o Estado, e que a sobrecarga dos atores privados com obrigações positivas, sequer previstas em lei, pode comprometer de forma exagerada a dinâmica dos subsistemas sociais, prejudicando seu funcionamento, muitas vezes em detrimento, por paradoxal que seja, dos grupos mais vulneráveis e mais carentes da tutela dispensada pelos direitos sociais. (...) Juridicamente, o mercado não é tudo, mas o Direito, inclusive o Constitucional, está longe de ser onipotente, e – talvez infelizmente – nunca conseguirá revogar as leis mercadológicas. (SARMENTO, 2008, p. 301).⁴²

SARMENTO: “*não permite que se dissolva a normatividade da Lei Fundamental num mero voluntarismo do exegeta*” (1999, 70).

⁴² O mesmo problema verificado no âmbito das relações jurídicas entre particulares ocorre no cerne das relações jurídicas entre indivíduos e Estado. Nesse sentido, interesse colacionar excerto do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie na Suspensão de Segurança 3073/RN, no qual destaca que: “*Entendo que a norma do art. 196 da*

Na esteira do entendimento de SARMENTO, o intérprete e os órgãos jurisdicionais, além de terem que observar e considerar a atividade de ponderação e concretização do direito à saúde já realizada pelo legislador, analisar o grau de autenticidade da autonomia privada e da externalização de vontade dos beneficiários, que deverão ser previamente informados sobre os limites de cobertura dos planos de assistência à saúde ofertados, em nome dos princípios da informação, transparência e lealdade contratatuais, deverá considerar em sua decisão a existência de fundado risco à vida, saúde ou integridade física do beneficiário, ao ponto de tornar a questão tão urgente a inviabilizar que o poder público seja responsabilizado por custear o procedimento médico indispensável, bem como avaliar 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.

É muito importante analisar, dentre outras coisas, o impacto econômico, para o agente privado, que resultará uma imposição de uma obrigação positiva ligada aos direitos sociais em questão. A dimensão do ônus econômico imposto ao particular é um dos dados da ponderação, porque a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada não pode importar em restrições desproporcionais à esfera subjetiva de quem quer que seja. (...) Mesmo quando se tratar de uma entidade privada rica e poderosa, o dado em questão será relevante porque, quase sempre, o custo da prestação acaba sendo repassado a outros particulares, muitas das vezes tão ou mais vulneráveis do que o titular do direito social supostamente lesado. Se um plano de saúde fosse obrigado, por exemplo, a tratar gratuitamente de todos os seus clientes a partir de determinada idade, isto fatalmente encareceria as mensalidades pagas pelos demais consumidores, alguns decerto mais necessitados que os beneficiários da medida. (SARMENTO, 2008, p. 306).

Neste aspecto, é necessário desmistificar e rechaçar a falsa imagem muitas vezes atribuída às operadoras de planos privados de assistência à saúde, no sentido de que seriam empresas⁴³ altamente lucrativas, similarmente às instituições financeiras. Ao contrário do que possa parecer a muitos, se existem no mercado grandes e lucrativas empresas operadoras de planos privados de assistência à saúde, igualmente existem cooperativas de trabalho médico,

Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. (BRASIL, STF, SS 3073/RN, Rel. Min Ellen Gracie, DJ 14/02/2007).

⁴³ Salienta-se que o termo empresa foi empregado de forma atécnica, como sinônimo de pessoa jurídica.

organizações filantrópicas de menor porte e menor higidez econômica, em relação às quais, o impacto financeiro de decisões judiciais determinando que seja coberto procedimento ou evento em saúde de cobertura não obrigatória ou não contratado pode representar o encerramento de suas atividades, em prejuízo de inúmeros beneficiários. Conforme destaca SAMPAIO JÚNIOR, o interprete aplicador da norma jurídica não pode deixar de considerar os efeitos e reflexo sociais de sua decisão:

(...) compete ao magistrado analisar o reflexo econômico de suas decisões e o impacto que elas poderão ter. Não que ele necessariamente vá se deixar levar por considerações meramente econômicas – pois o foco do Direito é a justiça, como já advertia Ronald Dworkin - mas é imperioso que ele tenha plena noção de que o seu julgamento poderá causar reflexos em determinado setor, e esses reflexos têm que ser pormenorizadamente analisados e o resultado conscientemente assumido. É também imperioso que ele se recorde que não mais pode ser considerado o escravo da lei e a ela inexoravelmente submetido, mas que continua sendo o servidor da lei. (SAMPAIO JÚNIOR, 2007, p. 4830).

Saliente-se, não se está defendendo que a decisão judicial perpassasse tão-somente por uma análise econômica dos seus efeitos sobre o mercado e sobre as atividades das empresas operadoras de planos privados de assistência à saúde, mas sim, que seja atribuída a devida relevância, que este aspecto seja considerado pelo hermeneuta e pelos magistrados, a natureza do procedimento pleiteado, se de cobertura obrigatória ou não, se contratado ou não, bem como não olvidando do fato de que é dever precípua do poder público elaborar as políticas públicas de promoção e garantia da efetividade do direito à saúde. Destaca REZENDE:

Assim, há que se refletir, diante desse princípio solidário, se existe justificativa para que o usuário pleiteie coberturas muitas das vezes não asseguradas pelo contrato, assumindo posição individualista perante o restante da carteira de clientes que verdadeiramente suporta os custos dos serviços que são prestados. (REZENDE, 2008, p. 194).

Para que se tenha uma adequada e correta compreensão da questão, segundo estudos divulgados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)⁴⁴, existem, no Brasil, aproximadamente, 56 milhões de beneficiários de planos privados de assistência à saúde, vinculados a 1697 operadoras de planos privados de assistência à saúde com registros ativos, das quais 1218 constituem operadoras de planos privados de assistência médico-hospitalar⁴⁵

⁴⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2010, p. 35.

⁴⁵ Destaca-se que das 1697 operadoras de planos privados de assistência à saúde com registro ativo, apenas 1502 possuem beneficiários (segurados), das quais 1098 constituem operadoras de planos privados de assistência médico-hospitalar e 404 operadoras de planos privados de assistência odontológica. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2010, p. 35).

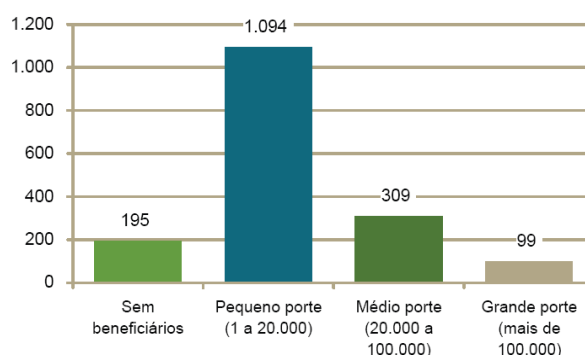
e 479 operadoras de planos privados de assistência odontológica (Tabela 1). Das 1697 operadoras de planos privados de assistência à saúde com registros ativos, 11,4 % não possuem beneficiários, 64,4% delas são classificadas como de pequeno porte, assim consideradas as que possuem menos de 20.000 beneficiários,⁴⁶ 18,2% são classificadas como de médio porte, assim consideradas as que possuem entre 20.000 e 100.000 beneficiários e, apenas 6%, são classificadas como de grande porte, assim consideradas as que possuem mais de 100.000 beneficiários. (Tabela 2)

Tabela 1 - Resumo do registro de operadoras de planos privados de saúde (Brasil - 2009)

Registro	Total	Operadoras médico-hospitalares	Operadoras exclusivamente odontológicas
Registros novos	34	15	19
Registros cancelados	99	66	33
Operadoras com registro ativo	1.697	1.218	479
Operadoras com beneficiários	1.502	1.098	404

Fontes: CADOP/ANS/MS - 12/2009 e SIB/ANS/MS - 12/2009

Tabela 2 - Operadoras com registro ativo por porte econômico (Brasil - 2009)



Fonte: CADOP/ANS/MS - 12/2009 e SIB/ANS/MS - 12/2009

Ainda de acordo com o estudo divulgado, no geral, independentemente do porte da operadora de plano privado de assistência médico-hospitalar, somadas as despesas com o custeio de procedimentos e eventos em saúde, denominadas despesas assistenciais, com as despesas administrativas, o resultado muito se aproxima das receitas por estes auferidas. No

⁴⁶ Salienta-se que, se computadas as operadoras de planos privados de assistência à saúde que não possuem beneficiários, que totalizam 195, teremos 75% de operadoras com menos de 20.000 beneficiários. Ademais, se segregadas as operadoras de planos privados de assistência odontológica, que não são objeto específico do presente estudo, teremos 854 operadoras de planos privados de assistência médico-hospitalar de pequeno porte, o que representa 78% das operadoras de planos privados de assistência médico-hospitalar com beneficiários. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2010, p. 36).

caso das operadoras de planos de assistência médico-hospitalar classificadas como de pequeno e médio porte, os dados demonstram que as receitas auferidas com o recebimento de mensalidades são, inclusive, inferiores à soma das despesas assistências e administrativas, apontado para uma situação de atuação deficitária. (Tabela 3).

Este cenário de atuação deficitária a que estão submetidas a maioria das operadoras de planos privados de assistência à saúde, especialmente aquelas classificadas como de pequeno e médio porte, conduz tendencialmente ao fenômeno da concentração das atividades de prestação de serviços de assistência à saúde nas mãos de reduzido número de operadoras de planos privados de assistência à saúde, consideradas de grande porte.⁴⁷ Além do mais constata-se a diminuição gradativa do número de operadoras de planos privados de assistência à saúde em atuação no mercado brasileiro ao longo destes últimos anos, em razão do aumento de pedidos de cancelamento de registro e da redução de pedidos de registro de novas operadoras.⁴⁸ Verifica-se, ainda, que os pedidos de cancelamento de registro, desde o ano de 2001, são manifestamente superiores aos pedidos de registro de novas operadoras de planos privados de assistência à saúde, o que resultou na extinção de mais de 1000 operadoras de planos privados de assistência à saúde nos últimos 10 anos. (Figura 4).

Tabela 3 - Receita de contraprestações e despesas das operadoras de planos privados de saúde, segundo porte da operadora (Brasil - 2009)

Porte da operadora	Receita (R\$)	Despesa assistencial (R\$)	Despesa administrativa (R\$)	Beneficiários (1)	Taxa de sinistralidade (%)	Receita média anual (R\$)
Total	63.609.232.033	52.213.139.562	10.208.778.464	53.566.493	82,1	98,96
Operadoras médico-hospitalares	62.333.845.970	51.591.505.528	9.800.946.633	43.534.037	82,8	119,32
Pequeno porte (até 19.999 beneficiários)	5.057.665.800	4.050.382.247	1.903.354.099	4.371.374	80,1	96,42
Médio porte (20.000 a 99.999 beneficiários)	13.274.876.344	11.013.637.602	2.813.913.356	10.728.357	83,0	103,11
Grande porte (100.000 beneficiários ou mais)	44.001.303.826	36.527.485.679	5.083.679.179	28.434.306	83,0	128,96

Fonte: DIOPS/ANS/MS - 16/03/2010

(1) Não inclui beneficiários de Autogestões por RH (Recursos Humanos) e SPC (Secretaria Previdência Complementar), não obrigadas a enviar informações financeiras.

Notas: 1. Dados preliminares, sujeitos à revisão.

2. Para as operadoras que não enviaram DIOPS no quarto trimestre, exceto Autogestões por RH e SPC (correspondente a 7,4% dos beneficiários), foi utilizada a receita informada no terceiro trimestre (6,4% dos beneficiários).

⁴⁷ A tendência de concentração da atividade de prestação de serviços privados de assistência à saúde pode ser constatada pelo estudo, segundo o qual, atualmente, apenas 17 operadoras de planos de privados de assistência à saúde possuem mais de 500.000 beneficiários. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2009, p. 98). Por sua vez, as 99 operadoras de planos privados de assistência à saúde classificadas como de grande porte, que são aquelas que possuem mais de 100.000 beneficiários, detem 65,3% dos beneficiários. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2010, p. 36).

⁴⁸ Saliente PIMENTA que: “*usas as revisões contratuais como instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana individualizada, eleva o custo de transação dos mercados, afugentam novos investidores e, assim, incentivam ainda mais os preços monopólicos e a disparidade entre a oferta e a procura. Geram externalidades negativas. Propiciam uma dignidade individual e ineficiente que não resolve o problema, e sim, o aumenta, pois a coletividade é aquela que paga os custos desta atuação.*”(2010, p.458).

Tabela 4 - Evolução do registro de operadoras (Brasil – 1999 - 2009)

Ano	Registros novos	Registros cancelados	Operadoras em atividade		
			Total	Médico-hospitalares	Exclusivamente odontológicas
Até 1999	2.825	186	2.639	1.969	670
2000	235	151	2.723	2.004	719
2001	143	157	2.709	1.990	719
2002	17	319	2.407	1.747	660
2003	35	169	2.273	1.646	627
2004	32	127	2.178	1.576	602
2005	30	117	2.091	1.524	567
2006	52	76	2.067	1.488	579
2007	62	199	1.930	1.377	553
2008	31	199	1.762	1.269	493
2009	34	99	1.697	1.218	479

Fontes: CADOP/ANS/MS - 12/2009 e SIB/ANS/MS - 12/2009

Segundo REZENDE, os dados apresentados são indicadores de que “os recursos não têm sido suficientes para a manutenção das operadoras no mercado, o que faz com que a concorrência nesse ramo diminua. Esses mesmos dados ainda revelam que os custos estão aumentando ano a ano”.⁴⁹ E este cenário não tende a se modificar, haja vista que com o gradativo envelhecimento da população, em razão da melhoria das condições de vida, haverá, tendencialmente, o aumento do número de beneficiários dos planos privados de assistência médico-hospitalar integrantes de faixas etárias com idade igual ou superior à 60 anos, com o consequente aumento das despesas assistenciais e, similarmente, taxa de sinistralidade.⁵⁰

⁴⁹ REZENDE, 2008, p. 196.

⁵⁰ Destaca-se que, segundo o estudo divulgado pela ANS, atualmente 10% da população brasileira é composta por pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, estimando-se que, em 2050, esse percentual será de 30%, aumento que refletirá no aumento da idade dos beneficiários dos planos privados de assistência médico-hospitalar. Assim: “A análise das despesas assistenciais indicou que a medida em que houve elevação da participação percentual de idosos nas carteiras das operadoras, também ocorreu aumento da despesa média por beneficiário. Paralelamente, foi possível observar que as variações da despesa assistencial foram acompanhadas por variações na receita de contraprestações, sendo os maiores gastos acompanhados pelas maiores receitas, independentemente das composições etárias das carteiras das operadoras. Ainda assim, como estas variações não ocorreram exatamente na mesma proporção, a sinistralidade das operadoras, no período analisado, tendeu a aumentar em operadoras com maior proporção de idosos.” (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2010, p. 22).

Os dados apresentados, portanto, só confirmam os riscos dos efeitos econômicos de uma irrefletida e incondicionada admissão da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários. Não se pretende sustentar e justificar, a partir dos dados apresentados, a total ausência de vinculação das operadoras de planos privados de assistência à saúde ao direito fundamental à saúde, até mesmo porque já se encontram vinculadas à proteção do referido direito nos termos da legislação existente. Contudo, 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.⁵¹ Segundo OLIVEIRA, nem a Constituição, nem a legislação infraconstitucional “*estabelecem o dever das operadoras de oferecerem assistência à saúde de forma integral e irrestrita, em substituição ao dever do Estado*”.⁵² E conclui:

Se para a composição do preço não se levou em consideração determinada cobertura que passa a ser pleiteada e fornecida aos usuários, pode-se ter por certo que chegará o momento que essa conta será paga, seja pela massa de usuários dos planos, que será obrigada a arcar com o aumento do custo da cobertura extra, seja pelas operadoras, que ficarão sujeitas a ter dificuldades financeiras com o passar do tempo. (OLIVEIRA, 2008, p. 165).

Conforme destaca PIMENTA

a imposição de saúde integral aos entes privados talvez seja um munus desproporcional, ineficiente e incompatível com a nossa legislação. Tal interpretação é uma externalidade negativa para a coletividade, um desestímulo ao empreendedorismo neste mercado e, por conta disso, um incentivo aos preços monopólicos e ao favorecimento de conglomerados econômicos estabelecidos na jurisdição. Entes capazes de suportar tal custo de transação imposto pela jurisdição.” (2010, p. 458).

Em igual sentido destaca FUX que:

(...) 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, desfalcara a economia das entidades em favor de um, em detrimento dos outros beneficiários. (FUX, 2000, p. 297).

⁵¹ Neste sentido adverte BILBAO UBILLOS que “*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).

⁵² OLIVEIRA, 2008, p.163-164.

O hermeneuta, além de observar a legislação infraconstitucional existente, que estabeleceu procedimentos de cobertura obrigatória para qualquer modalidade de planos de assistência médico-hospitalar, 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 considerar em sua decisão a existência de fundado risco à vida, saúde ou integridade física do beneficiário, para, nessas hipóteses, afastar as ponderações já 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 contratação. É preciso ter sensatez e cautela, pois sob o pretexto de proteger e garantir a máxima eficácia do direito à saúde, mediante a incondicional 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.

3 – Considerações Finais

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 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, gerando externalidades negativas, tais como o aumento de mensalidades, criação de mercados monopólicos. 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.

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**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301-340.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª 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**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 108-113, 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. p.190-215.

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**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 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**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2008.

MARTINS, Thiago Penido. **A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários**. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2010.

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, 162 p.

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**, Año 7, n. 2, 2009, p. 143-205.

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, p.155-166.

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.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de Direito e Economia**. In: FIUZA, César. **Direito Civil: teoria e prática no direito privado**. Del Rey: Belo Horizonte, 2010, p. 435-460.

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, p. 185-198.

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**. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, v. 1, p. 7278-7293.

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**. 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, v. 1, p. 4646-4666.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, 152p.

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, p. 54-104, 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**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 362 p.

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.