



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Lia de Oliveira Moura

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À  
SAÚDE NAS RELAÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS E PLANOS  
PRIVADOS**

Brasília

2011

Lia de Oliveira Moura

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À  
SAÚDE NAS RELAÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS E PLANOS  
PRIVADOS**

Monografia apresentada como requisito necessário à  
obtenção de grau de Bacharel em Direito pela  
Universidade de Brasília.

Orientadora: Professora Christine Oliveira Peter da  
Silva.

Brasília

2011

Lia de Oliveira Moura

**A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À  
SAÚDE NAS RELAÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS E PLANOS  
PRIVADOS**

Monografia apresentada como requisito necessário à  
obtenção de grau de Bacharel em Direito pela  
Universidade de Brasília.

Orientadora: Professora Christine Oliveira Peter da  
Silva.

**Banca Examinadora**

---

**Professora Mestre Christine Oliveira Peter da Silva  
(Orientadora)**

---

**Professora Doutora Giliana Betini**

---

**Professor Mestre André Rufino do Vale**

## AGRADECIMENTOS

No encerramento de mais uma etapa, agradeço a Deus, em primeiro lugar, que tem se mostrado maravilhoso até aqui. Espero tê-lo colocado no início e merecer seu cuidado até o fim.

À minha família por sempre nutrir boas expectativas em relação a mim e por me proporcionar, ainda que sem se dar conta, momentos de alegria, que me faziam esquecer das fases mais tensas da vida acadêmica. Em se tratando de agradecer, não posso deixar de mencionar duas pessoas, em especial, que me cobrem de amor incondicional durante todos os dias da minha vida: meu querido irmão, Gustavo, e a minha mãe maravilhosa, Iracy. Ainda que as custas de alguns abalos sísmicos, tenho certeza que a nossa convivência é marcada por um amor genuíno do qual não sei se sou merecedora, mas em relação ao qual agradeço ao Senhor. Meu irmão querido, te amo com profundidade. Minha mãe, a pessoa a quem mais admiro. Sem você nada disso seria possível, você sabe.

À minha orientadora neste trabalho de conclusão de curso, professora Christine Peter, por ter se mostrado sempre disponível, atenta e entusiasmada, pelo exemplo de profissional dedicada e amável que é.

Agradeço também ao professor André Rufino do Vale por ter gentilmente aceitado compor a banca e por sua contribuição doutrinária, de grande valia para a compreensão do tema aqui tratado.

À Giliana Betini, para quem tive o prazer de estagiar e por quem tive a honra de ser chamada de “pupila”. Por sua amabilidade, alegria e disposição e por ter me aceito no programa de pesquisa desenvolvido junto à Fundação Oswaldo Cruz, local em que conheci pessoas maravilhosas e onde tive o primeiro contato com o Direito à Saúde, razão de meu interesse pelo aprofundamento do tema.

Aos meus amigos, em especial às amigas, muito obrigada. Por garantirem momentos de descontração, pela paciência ao ouvir minhas queixas, pela compreensão com as minhas faltas e pelos diversos risos e sorrisos que brotam dos momentos em que estamos juntas. Sem vocês a vida não teria o mesmo colorido. Àquelas que estão comigo há mais tempo, mesmo sem estar diariamente. E àquelas a quem tive o privilégio de conhecer ao longo desses anos de faculdade.

À Universidade de Brasília por abrir suas portas e proporcionar o conhecimento do Direito, por meio dos professores e funcionários, aqueles diferenciados, que fizeram cada um desses cinco anos valerem a pena, por serem exemplos de profissionais dedicados e apaixonados pela profissão.

Aos colegas que tornaram a vida acadêmica mais leve, divertida e exitosa. Por contribuírem com informações e cadernos preciosos. A todos, enfim, que estiveram presentes nessa fase, que me incentivaram, apoiaram e encorajaram.

É com grande nostalgia e alegria que me despeço da graduação.

*“De uma coisa, porém estamos certos: a maior parte das nervuras dogmáticas deste direito pertence a um mundo que já não é o nosso. Procuremos, por isso, o novo mundo.”*  
*(J.J. Gomes Canotilho)*

## RESUMO

Este trabalho, ao final do curso de direito, pretende analisar o comportamento das operadoras privadas de assistência à saúde a partir de uma perspectiva que envolve direitos fundamentais. O objetivo aqui é fornecer mecanismos de conciliação entre direitos fundamentais e relações contratuais estabelecidas entre consumidores e empresas privadas que prestam serviços em saúde. Para atingir a meta estabelecida, listam-se as três principais teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em seguida, deitam-se luzes por sobre a estrutura do setor de saúde no Brasil, detendo-se especial atenção no setor de saúde suplementar, mercado de atuação das operadoras privadas de assistência à saúde. Por fim, analisamos como a regulação do setor privado de saúde foi estabelecida, retomamos o processo de criação da lei de regulamentação do setor de saúde suplementar e elencamos as principais queixas que demandam uma intervenção judicial como forma de proteção dos usuários, já que os órgãos administrativos criados para regular a indústria, tais como a ANS, e o poder Legislativo parecem não conseguir cumprir seu papel a contento, o que reitera a necessidade de aplicação da eficácia horizontal do direito à saúde na relação entre beneficiários e planos de saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde; saúde suplementar; direitos fundamentais; eficácia horizontal;

## ABSTRACT

This work, at the end of the law course, intends to analyze the behavior of the health insurance companies from a perspective which embraces fundamental rights. The aim here is to provide mechanisms to reconcile the fundamental rights and contractual relationships established between consumers and private companies that provide services in health. To achieve the goal established, we list the three main theories about the incidence of fundamental rights in private relations. Next, we study the structure of the health sector in Brazil, paying attention to the supplementary health sector, a market in which companies that provide services in health work. Finally, we analyze how the regulation of private health sector was established, the creation of regulatory law and the main complaints that require judicial intervention, as the administrative bodies created to regulate the industry, such as the ANS and the legislature cannot seem to satisfactorily fulfill its role, which reiterates the need for effective application of horizontal right to health in the relationship between beneficiaries and health plans.

Key words: Right to health, supplemental health, fundamental rights, effective horizontal;

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	1
CAPÍTULO 1 – Estado Constitucional e direitos fundamentais.....	4
1.1 Considerações iniciais acerca dos direitos fundamentais .....	4
1.2 Construções doutrinárias que culminaram com a definição da eficácia objetiva.....	6
1.3 Eficácia irradiante.....	12
1.4 Eficácia dirigente.....	17
1.5 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e suas implicações.....	20
1.5.1 Teoria negativa: a doutrina da <i>State Action</i> .....	23
1.5.2 Teoria da eficácia indireta e mediata.....	26
1.5.3 Teoria da eficácia direta e imediata.....	29
CAPÍTULO 2 – O direito fundamental à saúde sob a conformação da Constituição de 1988.....	31
2.1 A prestação da assistência à saúde pelo setor privado.....	31
2.2 Saúde suplementar: conceito, estruturação e regulação .....	32
2.2.1 Estruturação da saúde suplementar no país .....	35
2.2.2 A expansão do mercado de saúde suplementar .....	37
2.2.3 A necessidade de regulamentação .....	42
2.2.4 Lei nº 9.656/98: a relevante mobilização gerada em prol de sua promulgação para a regulamentação do setor .....	48
CAPÍTULO 3 – Práticas questionáveis em sede de assistência à saúde no país pelo mercado privado .....	55
3.1 Contratos de prestação de serviços em saúde: relações contratuais privadasX direitos fundamentais.....	55
3.2 Conflitos, limites e garantias afetos aos titulares do direito à saúde no âmbito das relações privadas.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	80

## INTRODUÇÃO

Elegendo-se o Estado Constitucional como marco teórico das considerações a serem feitas no presente trabalho, elencam-se os direitos fundamentais como matéria-prima a ser utilizada nas discussões aqui empreendidas. Compreendidos, “a um só tempo, como direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva”<sup>1</sup> quando expostos à primeira ótica, a de direitos subjetivos, possibilitam a seus titulares a imposição de seus interesses em face das instituições que se encontram obrigadas. Já quando expostos à uma perspectiva objetiva, estruturam toda a construção jurídico-positiva de um Estado Democrático de Direito.

No entanto, até que se chegassem às formulações acerca de tais direitos consideradas como paradigmáticas para a sociedade de nosso tempo, foram vislumbradas aplicações de diversas interpretações e releituras em diferentes contextos históricos. Aqui, nos detemos em dois marcos históricos principais que elucidam de maneira razoável, ainda que breve, as diversas nuances sob as quais os direitos fundamentais foram e são considerados: os Estados Liberal e Social.

Sob a égide do Estado Liberal, cuja ideologia vigente é frequentemente sintetizada na máxima *laissez faire, laissez paissier*, a centralização política se operou de maneira tal que a configuração de um Estado absolutista resultou em um despotismo sufocante o suficiente para que um único monarca se valesse, legitimamente, à época, da expressão : L'État s'est moi, na qual se identifica um discurso que assevera a fruição de um poder incontestado que implica em severas repressões à esfera de liberdade individual.

Nada mais natural, neste quadro, que a reivindicação de dispositivos normativos que assegurassem um âmbito de proteção à liberdade dos governados frente a ingerências, não raro, desarrazoadas e opressoras. Entretanto, os modelos econômico, jurídico e político construídos sob as bases liberais pecaram pelo excesso de autonomia que conferiram aos entes privados, ou pecaram os entes privados no deleite dos benefícios dos quais se cercaram.

O fato é que o modelo estatal anteriormente descrito passou, sobretudo no período da industrialização, a ser incapaz de lidar com os problemas da exploração do homem pelo homem ocorrida sob o signo do *laissez faire e o Estado de Direito*, construção jurídica

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p.36.

sob a qual se arquitetava a estrutura normativa do período, tampouco trazia soluções satisfatórias.

De se destacar que, sob a vigência deste último, sob o qual se erigiu o Direito Constitucional clássico se sustentaram três pilares: O princípio da legalidade, em meio ao qual vigia a supremacia dos códigos, a proteção subjetiva de direitos fundamentais e a tripartição clássica dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário), na qual se notava uma repartição funcional de competências estanques. Todo esse arcabouço não mais correspondia às expectativas e necessidades dos jurisdicionados emergindo um novo modelo, paulatina, gradativa, porém, solidamente: O Estado Constitucional, que demarca o advento do “novíssimo” direito constitucional e encontra lugar na passagem do pós-segunda guerra mundial, no qual o Estado Social se mostra como pano de fundo.

Nesse momento, (o qual, destaque-se, não é pontual e tampouco caracterizado como um processo necessariamente evolutivo) o mero reconhecimento formal das liberdades humanas mostra-se um simulacro e, na feliz expressão de Schulman, o *laissez faire* dá lugar ao seguinte questionamento: *is it fair?*. Nesse sentido, colha-se o trecho em que o referido autor pontua o redimensionamento tomado pelos contratos, que também serão objeto do presente estudo: “Na perspectiva do contrato, aflora o percurso do ‘*laissez-fair*’ ao ‘*is it fair*’, o qual não consiste em suprimir a liberdade mas em buscar seu sentido contemporâneo, sem preconizar uma absolutização do Estado ou de um interesse geral, nem a condição absoluta a liberdade dos particulares.”<sup>2</sup>

Então, o “novíssimo” direito constitucional não necessariamente rompe com a ordem anterior, mas, por certo, acrescenta-lhe novas feições embasando-se em três eixos estruturantes principais: o princípio da constitucionalidade (com a conseqüente supremacia da Constituição), a interdependência entre os poderes (que permite notar uma maior cumplicidade por meio da cooperação e estabelecimento de parcerias funcionais entre eles) e, o último e que aqui adquire salutar relevância, a proteção aos direitos fundamentais.

Esta última adquire um protagonismo na Carta Magna de 1988 responsável por torná-la referencial normativo, dada a dimensão assecuratória que lhe acomete. No âmbito da proteção aos direitos fundamentais, estes passam a ser vistos sob uma perspectiva objetiva e se abrem para a produção de três tipos de eficácia, que serão, ao lado da perspectiva

---

<sup>2</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito das relações Sociais) - Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2009. p. 276. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao\\_Schulman.pdf?sequence=1...](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1...). Acesso em: 11.06.11.

mencionada, objeto de estudo logo no primeiro capítulo desta obra: a eficácia irradiante, dirigente e horizontal.

O direito fundamental à saúde, por sua vez, resultado da afirmação e formalização da proteção de um dos bens mais caros à sociedade contemporânea brasileira, qual seja, a vida, terá uma análise detida no segundo capítulo da obra, no qual se empreenderão breves considerações acerca de como foi estruturado e do modo por meio do qual o Estado delega sua prestação aos entes privados e toma para si a responsabilidade de regulamentar, fiscalizar e controlar sua prestação por operadoras privadas de assistência à saúde.

Tais empresas, por sua vez, que atuam no chamado mercado de saúde suplementar, terão expostas, no terceiro e último capítulo, as diversas controvérsias que giram entorno de sua atuação, que sofreu um longo processo de reivindicação por uma efetiva regulamentação estatal, a qual, porém, tem se mostrado insuficiente frente às diversas reclamações de lesões sofridas pelos beneficiários contratantes de seus serviços.

Por fim, a teoria acerca da eficácia horizontal do direito fundamental à saúde, que intitula o presente trabalho de conclusão de curso, servirá de subsídio à defesa da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, sobretudo naquelas em que se verifica que uma das partes possui poderes tais que dificultam (ou tornam impossível) a formação livre e consensual da vontade da parte vulnerável, no caso, o consumidor de serviços de saúde. Não estando mais concentrado somente no Estado e tendo se disseminado por toda a sociedade, o controle do poder social se mostra cada vez mais imperativo, especialmente quando detido por grandes corporações de empresas médico-hospitalares ou seguradoras de saúde, sobre as quais a articulação de um sistema incisivo de controle mostra-se premente.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Deste parágrafo colhem-se algumas considerações feitas por André Rufino do Vale. VALE, Andre Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. p. 190

## 1. Estado Constitucional e direitos fundamentais no Brasil

### 1.1 Considerações iniciais acerca dos direitos fundamentais

Tomar o Estado Constitucional de Direito ou, simplesmente, Estado Constitucional, como contexto implica vislumbrá-lo como arquétipo jurídico-político em meio ao qual nota-se a conformação dos poderes públicos e sua limitação, como resultado de incidência de princípios constitucionais formais e materiais, aqui destacados os direitos fundamentais. Nesse aspecto, não é possível deixar de cogitar da legitimação democrática, do controle pluralista do poder político e, sobretudo, do monitoramento de poderes sociais, cujo exercício, como será possível observar, se manifesta tanto por indivíduos quanto por grupos presentes em meio a sociedade.<sup>4</sup>

Em primeiro lugar, a situação do Estado Constitucional (pano de fundo das considerações doutrinárias acerca da estruturação dos direitos fundamentais tal como posta atualmente) passa pela percepção de que este modelo indica a adoção de cartas constitucionais rígidas, a partir do século XX, por parte de alguns Estados, que se caracterizaram pela instituição de mecanismos de controle de constitucionalidade e pela abrangência de um catálogo de direitos fundamentais, o qual se porta como uma “linguagem normativa” que indica as opções éticas e políticas de uma sociedade e constituem marca distintiva daqueles Estados.<sup>5</sup>

Antes de discorrer acerca dos atributos, dimensões e demais características atinentes aos direitos fundamentais, torna-se imperioso conceituá-los e realçar-lhes os aspectos tidos como mais relevantes, vez que apontados pela doutrina pátria. Tomados como parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade de acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>6</sup>, os direitos fundamentais são vislumbrados por Ingo Wolfgang Sarlet como construções que integram o patrimônio comum da humanidade, uma vez que resultam do processo de constitucionalização dos direitos naturais, que culmina com o reconhecimento da

---

<sup>4</sup> HÄBERLE, 1980, p. 289 *apud* PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y El Estado Constitucional. **Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho**,n.23. Bogotá/Colombia, 2002. p.82.

<sup>5</sup> VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Brasília, 2006.p.42-43.

<sup>6</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p.p. 103-191.

categoria, em âmbito internacional, na Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.<sup>7</sup>

A especificação de cada um dos direitos fundamentais, frequentemente associados à categoria de direitos humanos, em um mesmo rol de direitos, que atendam às expectativas mais elementares de proteção, é de difícil configuração dada a diversidade de contextos e momentos históricos em que estes se fazem sentir. Nesse aspecto:

De fato, o catálogo dos direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. A própria estrutura normativa dos diversos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos. Descobrir características básicas dos direitos fundamentais, contudo, não constitui tarefa meramente acadêmica e pode revelar-se importante para resolver problemas concretos. O esforço é necessário para identificar direitos fundamentais implícitos ou fora do catálogo exposto da Constituição.<sup>8</sup>

Trata-se, porém, a despeito da dificuldade de enumeração na sua integralidade, de categoria positivada na Constituição Federal de 1988 a qual, abre seu Título II com a denominação: “Dos direitos e garantias fundamentais”. Sob esta denominação estão abarcados os capítulos I a V, que cuidam, respectivamente: dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º), Direitos Sociais (arts. 6º a 11), Nacionalidade (arts. 12 a 13), Direitos Políticos (arts. 14 a 16), e Partidos Políticos (art. 17).<sup>9</sup>

Dentro da Constituição, entende-se que as normas definidoras de direito e garantias fundamentais situam-se no ápice do ordenamento jurídico atualmente vigente, tratando-se, dessa forma de normas de hierarquia axiológica superior. Não obstante o caráter de superioridade normativa que os reveste, é certo que, assim como ocorre com as demais normas, estes também se submetem a limites formais e materiais, os quais, por sua vez,

---

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. . **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico. Ano I – Vol. I – N.º. 1 – Abril de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf). Acesso em: 13.09.11. p. 1.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 236.

<sup>9</sup> BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigos 5º a 17. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 11.06.2011.

correspondem ao chamado “procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais” e às cláusulas pétreas.<sup>10</sup>

## 1.2 Construções doutrinárias que culminaram com a definição da eficácia objetiva

Abordar as dimensões ou eficácias atribuídas aos direitos fundamentais significa esclarecer sob que ótica os referidos direitos estão sendo analisados. Emprestar-lhes uma dimensão subjetiva implica vislumbrá-los sob uma perspectiva individualista, quando se verifica que de um determinado direito positivado deduzem-se pretensões de um indivíduo frente o Estado. A perspectiva subjetiva caracteriza-se como aquela mais afeiçoada às origens históricas e às finalidades mais próximas dos direitos fundamentais, aos quais correspondem, originariamente, exigências de ações negativas (no que toca, principalmente, ao respeito das liberdades individuais) e positivas (no momento em que são colocados como requisição de uma pretensão do indivíduo frente o Estado e, como poderá se verificar adiante, frente a outros indivíduos).<sup>11</sup>

Já a dimensão objetiva, sem desprezar a perspectiva anterior, oferece uma visão, de certa forma, mais sofisticada, que complementa a primeira. Isso porque, acrescenta àquela perspectiva individual uma análise de cunho social. Enquanto na primeira os direitos fundamentais são vislumbrados como faculdades ou poderes individuais, na segunda passam a ser alçados ao posto de valores mais caros dentro de um ordenamento jurídico, tratando-se, verdadeiramente, de fins a serem alcançados dentro de uma comunidade política.<sup>12</sup>

A doutrina da qual emergem as modernas discussões que dão conformidade geral aos direitos fundamentais origina-se da Teoria dos Direitos Públicos Subjetivos de George Jellinek contida na obra *Sistema de Direitos Públicos Subjetivos*. Segunda ela, direitos

---

<sup>10</sup> FILHO FRANCA, Marcílio Toscano Franca. FRANCA, Nevita Maria Pessoa de Aquino. **A força normativa das diretrizes do Conselho Nacional de Saúde sobre a EC n.29/2000**. R. CEJ, Brasília, n.30, p 13-18, jul/set.2005. Disponível em: [http://ufpb.academia.edu/MarcilioFranca/Papers/758251/A\\_FORCA\\_NORMATIVA\\_DAS\\_DIRETRIZES\\_DO\\_CONSELHO\\_NACIONAL](http://ufpb.academia.edu/MarcilioFranca/Papers/758251/A_FORCA_NORMATIVA_DAS_DIRETRIZES_DO_CONSELHO_NACIONAL). Acesso em: 11.06.11.

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.p.129-130

<sup>12</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.p.129-130

públicos subjetivos constituíam autolimitações ao poder estatal passíveis de gerar pretensões individuais que deveriam ser exercidas nos limites exclusivos demarcados pelas leis.<sup>13</sup>

Trata-se, assim, de uma teoria de caráter eminentemente individualista e positivista, o que se compreende em razão do paradigma jurídico vigente à época, ainda sob a égide do Estado Liberal. A partir dessa visão, o referido autor traça o que se denomina de quatro diferentes *status* nas relações entre os particulares e o Estado. Tem-se, desse modo: o *status subeccciones*, *status negativus*, *status positivus* e *status activus*.<sup>14</sup>

Para que se compreenda a real dimensão dos direitos fundamentais, é de grande relevo revisitar a classificação doutrinária supracitada feita por Jellinek e proceder à análise que a doutrina posterior, capitaneada pelo professor Häberle<sup>15</sup>, elaborou acerca dela. De acordo com Jellinek, cabem aos direitos fundamentais a consecução de diferentes papéis no plano da ordem jurídica.

Em se tratando do *status subeccciones*, tem-se um indivíduo em posição de verdadeira sujeição perante o Estado, frente o qual fica excluída sua capacidade de autodeterminação, motivo pelo qual ele passa a ser visto como verdadeiro súdito. Esse *status*, em particular, não guarda relação com nenhum direito público subjetivo, já que não haveria como deduzir pretensões frente o Estado dentro de uma relação pautada pela submissão.<sup>16</sup>

O segundo *status*, ou, mais apropriadamente, o mais clássico dentre estes, corresponde ao papel exercido na defesa da proteção do indivíduo frente a uma ingerência abusiva infligida pelo Poder Público. Trata-se do *status negativus*. Nesta categoria, funcionariam os direitos fundamentais como direitos de defesa, definindo uma competência negativa por parte do Estado, de modo a evitar que este cometa abusos, interferindo de maneira agressiva ou simplesmente inadequada na esfera de liberdade individual do particular. Nessa perspectiva, uma vez vislumbrada a violação de sua esfera de proteção frente

---

<sup>13</sup>JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1919. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. p.109-110.

<sup>14</sup>JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1919. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. p.109-110.

<sup>15</sup>HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoria Constitucional de la sociedade abierta*. Estúdio preliminar y traducción de Emilio Mikunda. Ed. Tecnos, 2002.

<sup>16</sup>JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1919. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. p.109-110.

o Estado, ou mesmo por ato cometido por outro particular, faculta-se ao indivíduo lançar mão das seguintes pretensões: pretensão de abstenção, revogação, anulação, consideração ou defesa e proteção.<sup>17</sup>

Dentre uma das posições que o indivíduo pode assumir frente o Estado, destaca-se o *status positivus*, plano em que a disponibilização apenas de direitos de defesa se mostra insuficiente ao pleno exercício das liberdades individuais. Se a simples existência da lei não assegura o gozo efetivo dos direitos fundamentais, tão ou mais prejudicial será a sua falta no momento em que se reclamar um posicionamento legislativo a respeito de determinada questão. Nesse contexto, emergem os “direitos à prestação positiva de índole normativa”, que trazem consigo os chamados direitos à organização, ao processo e à igualdade.<sup>18</sup>

Nesta seara, incumbe ao Estado mais do que um dever de não-ingerência. O que se deseja é a garantia de que esta não será cometida por particulares, além da disponibilização de mecanismos de defesa e repressão contra eventuais abusos. Nesse turno, requer-se uma atuação no sentido de direcionamento dos esforços estatais ao fornecimento de instrumentos que possibilitem o exercício de fato das liberdades individuais, não somente a liberdade-autonomia, mas a certeza da liberdade utilizável e utilizada, no sentido de uma postura ativa do poder público como garantidor das conquistas e liberdades individuais, por meio de prestações de natureza jurídica e material. Assim, “não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao Estado (*Freiheit vom...*), mas de desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado (*Freiheitdurch...*)”<sup>19</sup>

Objetiva-se, assim, a título de prestações positivas, a criação dos pressupostos fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos que estejam positivados e desfrutem da qualidade de direitos fundamentais, além da manifestação de tais pretensões individuais frente o Estado, na forma de requisição de verdadeiras prestações por parte deste.

---

<sup>17</sup>JELLINEK, Georg. Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi. Milano: Società Editrice Libreria,1919. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. p.109-110.

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm) Acesso em: 11.06.11.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm) Acesso em: 11.06.11.

O *status activus*, por fim, corresponde ao direito público subjetivo de participação na esfera de decisão do Estado, contribuindo para a formação da vontade estatal, traduzindo-se como o exercício de direitos políticos, que nos é tão caro.<sup>20</sup>

Procedendo a uma nova leitura da doutrina dos *status*, que parte da base de um *status activus* fundamental que se apóia sobre os demais, o catedrático Peter Häberle enuncia que ao lado de todos estes surge um novo tipo de *status* no âmbito do Estado prestacional denominado *status activus processualis*. O referido termo, nas palavras do doutrinador, compreende todo tipo de procedimento em matéria de direitos fundamentais, que implica um direito de participação cuja imediata conseqüência, mais do que uma reserva de lei, acarreta autêntica reserva processual de prestação.<sup>21</sup>

Compreendido no seio do Estado Prestacional, o *status activus processualis* derivaria, de certa forma, do próprio *status activus*, entendido como de participação, conceito chave de toda normatividade e formalidade jurídica, em face da regulação exaustiva de todos os aspectos processuais, inclusive no que toca à publicidade, que envolvam quaisquer sujeitos abarcados em matéria de direitos básicos.<sup>22</sup>

Ao lado do *status activus processualis*, o *status positivus* ganha terreno paulatinamente no que toca as prestações reivindicativas formuladas perante o Estado, em conseqüência, também do *status activus*. A revisitação feita à teoria de Jellinek de forma a conferir-lhe a vinculação a mais um *status* justifica-se por seu anseio de promoção da chamada justiça social em matéria de direitos básicos, por nós entendidos como direitos fundamentais, aqueles sem os quais é impossível garantir o mínimo de dignidade ao particular, que se submete ao Estado Prestacional com o anseio de ver por ele asseguradas legítimas expectativas que subsidiam sua própria existência.<sup>23</sup>

Nas palavras de Häberle:

<sup>20</sup> JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1919. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006. p.109-110.

<sup>21</sup> HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoria Constitucional de la sociedade abierta**. Estúdio preliminar y traducción de Emilio Mikunda. Ed. Tecnos., 2002b. p. 193-194.

<sup>22</sup> HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoria Constitucional de la sociedade abierta**. Estúdio preliminar y traducción de Emilio Mikunda. Ed. Tecnos., 2002b. p. 193-194.

<sup>23</sup> HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoria Constitucional de la sociedade abierta**. Estúdio preliminar y traducción de Emilio Mikunda. Ed. Tecnos., 2002b. p. 193-194.

De ahí que el lema básico que cierra el broche como corolário del tema de los derechos básicos en el seno del Estado prestacional sea <<cumplir com los derechos sociales básicos>>, o sea, crear auténticas posibilidades efectivas que hagan posible la realización del principio de igualdad de oportunidades para todos, que, traducido a nivel econômico, sería: suprimir barreras económicas insoportables incluso al precio de limitar los excesos de libertad de que algunos gozan.<sup>24</sup>

Não obstante sua importância para o entendimento de como os doutrinadores concebiam as diversas posições assumidas pelos indivíduos diante do Estado, o que resultou nas considerações posteriores acerca de como os direitos fundamentais se estruturam, a teoria de Jellinek, exclusivamente subjetivista, foi abrindo espaço para uma concepção menos individualista, mais voltada à proteção de bens jurídicos de tutela coletiva. Este amadurecimento no sentido do pensar coletivo pôde ser notado a partir do constitucionalismo de Weimar, no que toca à teoria das garantias institucionais cuja autoria é atribuída a Carl Schmitt e Martin Wolff e também à teoria da Constituição como integração atribuída à Rudolf Smend.<sup>25</sup>

Segundo a teoria das garantias institucionais, a proteção que emana das Constituições não se limita a um protecionismo individualista dirigido exclusivamente aos titulares de direitos fundamentais. Há que se atentar também para a proteção de determinadas instituições (de direito público) e institutos (de direito privado), de forma que se evite uma ação por parte do Estado, sobretudo na figura do legislador, no sentido de suprimi-los ou causar ofensa a seus conteúdos essenciais.<sup>26</sup> Trata-se de uma proteção dirigida a instituições que, no âmbito de uma sociedade complexa e na observância da vigência de uma Constituição material, carecem de cuidado tanto quanto os indivíduos que isoladamente as compõe. A referida proteção que se desenha no século XX, segundo Jorge Miranda<sup>27</sup>, é representativa, segundo Paulo Bonavides<sup>28</sup> da mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social.

Aproximando-se mais da concepção axiológica dos direitos fundamentais que subsidia a construção da doutrina da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem-se a

---

<sup>24</sup> HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoria Constitucional de la sociedade abierta.** Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda. Ed. Tecnos, 2002b. p. 196

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 110

<sup>26</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 110

<sup>27</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**,v. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 110.

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional,São Paulo: Malheiros, 2003. p. 492. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 111.

teoria da Constituição como integração. Segundo Rudolf Smend, seu elaborador, a Constituição tem como função essencial a promoção da integração no seio da comunidade, o que só se torna possível mediante a tutela de valores vividos e socialmente compartilhados.<sup>29</sup>

Nesse sentido, o referido autor mostrava-se contrário a preocupações formalistas que davam ênfase à preponderância de normas que definiam competências para os órgãos do Estado. Mais relevante que isso, eram os valores fundamentais sobre os quais a Constituição se apoiava, sendo os direitos fundamentais a principal fonte de tais valores. A doutrina de Smend, porém, demonstrava certo menosprezo em relação à eficácia normativa de direitos, enquanto que, paradoxalmente, permitia vislumbrar certa abertura de novas funções no ordenamento jurídico a partir deles, que conferia legitimação ao Estado e à hermenêutica em geral.<sup>30</sup>

Ainda em sede de formulações elaboradas por Smend era possível notar que os direitos fundamentais, ao constituírem um sistema de valores que estruturam a unidade da ordem jurídica, eram passíveis de irradiar seus efeitos sobre todo o ordenamento.<sup>31</sup>

O reconhecimento claro da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, porém, tem seu marco essencial com o julgamento do caso Lüth<sup>32</sup> pela Corte Constitucional germânica, em 1958, quando na vigência da Lei Fundamental de Bonn. Em suma, tratava-se de um litígio originado de um boicote produzido em 1950 por Erich Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, contra um filme dirigido por um cineasta de passado nazista, Veit Harlan. A produtora e distribuidora do filme obtiveram decisão favorável da Justiça Estadual de Hamburgo, que havia determinado a cessação do boicote com base no art 826 do Código Civil alemão que dispunha: “Quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano.”<sup>33</sup>

Lüth, descontente com o veredicto supracitado, interpôs uma queixa perante o Tribunal Constitucional alemão, que acolheu o recurso sob a justificativa de que:

“Cláusulas gerais do direito privado, como os ‘bons costumes’ referidos no art. 826 do BGB, têm de ser interpretadas ao lume da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo”.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 110.

<sup>30</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 110.

<sup>31</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 110.

<sup>32</sup> BverfGE 7, 198. IN: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 110.

<sup>33</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 110.

<sup>34</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 112.

Desse modo, a leitura do referido posicionamento da Corte constitucional alemã permite vislumbrar uma preocupação lúcida com um sistema de valores objetivos que emerge da Carta Constitucional e comunica todas as demais normas que com ela compõe a ordem jurídica.

### 1.3 Eficácia Irradiante

A apreciação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem na eficácia irradiante uma de suas decorrências mais relevantes. Dizer que os direitos fundamentais detêm uma eficácia que se irradia, significa assumir que, desse conjunto de valores paradigmáticos que compõe o eixo axiológico da Constituição Federal, emanam construções legais, diretrizes normativas e juízos de carga principiológica que informam todo nosso ordenamento jurídico e o funcionamento do próprio Estado Democrático de Direito. Isso porque a referida eficácia condiciona a atuação das três esferas estatais de poder – Legislativo, Judiciário e Executivo, no caso deste último, assumida a forma da Administração Pública.<sup>35</sup>

A partir da eficácia irradiante procede-se, no momento de aplicação da norma jurídica, a uma releitura de toda a legislação constitucional e infraconstitucional sob um prisma “humanizado”, por meio de novas lentes, que ensejam uma análise que se harmoniza com o apreço à dignidade da pessoa humana, à igualdade substantiva, à justiça social e aos demais preceitos estimados pela Carta Magna<sup>36</sup>.

De acordo com a melhor doutrina, vislumbra-se na interpretação conforme à Constituição a técnica de julgamento, empregada na via concentrada-abstrata de controle de constitucionalidade, precipuamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, o instrumento que melhor se amolda à eficácia irradiante dos direitos fundamentais.<sup>37</sup>

Não obstante sua relevante aplicação na fiscalização da constitucionalidade da legislação, tem-se na sua utilização como regra de interpretação hermenêutica um importante indicador de “*modus operandi*” a ser desempenhado pelo jurista quando este se depara com ambigüidades normativas.

Caso determinada disposição legal implique dois tipos de interpretação, a técnica de julgamento em questão direciona o aplicador do direito à opção que melhor se coaduna com a Constituição, ou seja, opta-se pela exegese que melhor se aproxime do escopo da Carta Magna. Desse modo, torna-se possível a preservação da norma, eliminando-se

---

<sup>35</sup> Nos dizeres de SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 124.

<sup>36</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 124.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996. p. 174-181.

quaisquer outras possibilidades exegéticas, sem sacrifício do texto, em atenção à presunção de constitucionalidade que acompanha a norma desde sua origem.<sup>38</sup>

A par de sua observância em sede de controle de constitucionalidade, nos momentos de “crise” da norma, em que sua compatibilidade com nosso instrumento normativo de hierarquia máxima é posta à prova, a eficácia irradiante é igualmente verificada na atividade ordinária do profissional do direito.<sup>39</sup>

Tal fato ocorre quando este lida com a norma como instrumento diário e passa a manejá-la à luz dos direitos fundamentais, entendendo-os não mais como meros limites à intervenção do Estado em sua esfera privada, mas como garantias de atuação positiva deste, de modo à conferir aplicabilidade prática e meios de consecução das expectativas de proteção geradas pelo próprio texto constitucional, tanto na relação vertical indivíduo-Estado, quanto nas relações horizontais indivíduo-indivíduo.<sup>40</sup>

É de se ressaltar também que a eficácia irradiante muda a perspectiva assumida pelos direitos fundamentais. De contensões fronteiriças que estipulam os limites dos espaços e reafirmam a velha dicotomia público-privado, estes passam a ser vistos como conjuntos de instruções normativas que orientam a estruturação de todo o direito positivo.<sup>41</sup>

Assim sendo, com a promulgação da Constituição de 1988 e a consagração de uma série de dispositivos que ensejam uma leitura do ordenamento a partir da dignidade da pessoa humana (para não mencionar outros fundamentos, objetivos ou princípios de feições humanistas) toda a legislação infraconstitucional brasileira passou a ser pautada, no caso das normas elaboradas a partir de então, ou revisitada, no caso daquelas produzidas em contextos distintos àquele do final da década de 80, pelos valores alçados à categoria de fundamentais.<sup>42</sup>

Aqui se verifica a ocorrência da “filtragem constitucional”, nos dizeres de Paulo Schier, citado por Daniel Sarmento, fenômeno que “exige do aplicador do direito uma nova postura, voltada para a promoção dos valores constitucionais em todos os quadrantes do direito positivo.”<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 124-129.

<sup>39</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 124-129.

<sup>40</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 124-129.

<sup>41</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 124-129.

<sup>42</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 124-129.

<sup>43</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 125.

Por quadrantes entendam-se, a título de exemplo, o Direito Penal e o Direito Civil, esta última área no âmbito da qual se verifica a ocorrência incipiente, porém marcante, da Constitucionalização do Direito Privado, na qual se nota que a proteção aos direitos patrimoniais, tão cara à ordem jurídico-privada, tem cedido espaço a considerações que emprestam crescente relevo aos valores existenciais próprios da personalidade humana, que encontram guarida em nosso Diploma Constitucional.<sup>44</sup>

Em atenção à eficácia irradiante dos direitos fundamentais, o legislador infraconstitucional acaba tendo seu ofício pautado por uma agenda que simultaneamente promova valores constitucionais e prestigie os respectivos institutos jurídicos que caracterizam cada vertente do Direito. A leitura dos dispositivos presentes em cada lei genérica e abstrata não mais é feita de forma isolada e excludente, passando a observar um eixo paradigmático comum, sendo saudável e razoável que assim ocorra. Especialmente quando se trata de um sistema qualificado pelo nome de “ordenamento jurídico”.<sup>45</sup>

Figuras recorrentes nos dispositivos legais supracitados, as cláusulas gerais e conceitos jurídicos tidos como indeterminados, ao serem interpretados e aplicados, constituem alguns dos principais objetos a serviço da eficácia irradiante de direitos fundamentais. Nesse sentido: “Conceitos como boa-fé, ordem pública, interesse público, abuso de direito, bons costumes, dentre tantos outros, abrem-se, pela sua plasticidade, a uma verdadeira reconstrução, edificada à luz dos direitos fundamentais.”<sup>46</sup>

Desse modo, cláusulas gerais de direito privado (e público) se prestam à propagação da eficácia de direitos de feições humanistas no âmbito de relações privadas, promovendo direitos fundamentais em razão da eficácia irradiante que deles emanam. Não fosse o reconhecimento dessa eficácia e a crescente abertura para a produção de seus efeitos, as feições originais marcadamente individualistas e patrimonialistas, especialmente presentes no âmbito do direito privado, poderiam constituir óbice ao protagonismo saudável que os direitos fundamentais vêm assumindo na aplicação do Direito brasileiro.<sup>47</sup>

A ótica segundo a qual o Estado é visto como organismo garantidor dos direitos em dada comunidade política remonta ao jusnaturalismo contratualista dos séculos XVII e XVIII e talvez assuma ares de “novidade” em razão da “evolução cíclica”

---

<sup>44</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 124-129.

<sup>45</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 124-129.

<sup>46</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 124-129.

<sup>47</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 124-129.

característica do modo de pensar e agir humanos, especialmente no que toca à percepção ocidental relativa às atribuições ideais que cabem ao Estado em cada contexto histórico vigente desde a sua formação.<sup>48</sup>

Antes necessário à proteção do homem contra a opressão exercida pelo próprio homem, quando da passagem do estado de natureza para a sociedade civil, atualmente mostra-se igualmente importante na proteção de direitos fundamentais, seja por intermédio de políticas públicas ou instituições específicas, ou pela atuação legislativa e administrativa, que não deixam de guardar relações com as primeiras.<sup>49</sup>

Entre a preocupação inicial que deu lastro à formação do Estado e a atual, que visa salvaguardar garantias inerentes à condição humana por meio de sua atuação, o aparelho estatal parece ter agido com excessos que justificaram a verdadeira ojeriza gerada com a vigência do Estado Liberal no século XIX e início do século XX. Experimentado, porém, um abstencionismo que deixou desassistida a parcela economicamente frágil da população, voltamos, sobretudo com o advento do *Welfare State*, a repensar uma estrutura de poder que atendesse as necessidades humanas tidas como básicas dentro do que fosse viável, como mostra a experiência pós Bem-Estar social. Nesse contexto, salvaguardar direitos contra lesões e ameaças de lesões infligidas por terceiros parece estar dentro da seara de expectativas mais razoáveis que podemos nutrir em relação ao Estado.<sup>50</sup>

Dessa forma, reclama-se uma atuação positiva por parte dele na defesa do que a doutrina convencionou chamar de direitos subjetivos individuais à proteção, que assumem a feição de direitos prestacionais *lato sensu* por exigirem mais do que uma mera recusa (desmotivação a) de atuação. É saudável que a referida atuação positiva seja invocada em face de lesões a direitos fundamentais originadas quer seja de pessoa privadas, Estados estrangeiros, ou mesmo provenientes de entes despersonalizados ou situações que envolvam, por exemplo, perigo de vida decorrente de catástrofes naturais ou epidemias.<sup>51</sup>

Tal atividade vai de encontro à clássica divisão montesquiana dos três poderes e encontra, respectivamente, no Legislativo, Executivo (novamente, na forma da Administração Pública) e Judiciário os deveres de: edição de normas consentâneas com a tutela de direitos fundamentais, proteção diuturna desses mesmos direitos por meio da

---

<sup>48</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 124-129.

<sup>49</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 124-129.

<sup>50</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 130.

<sup>51</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 130.

implementação de políticas públicas específicas e adequadas e, por fim, na forma de uma prestação jurisdicional atenta à salvaguarda dos direitos do homem.<sup>52</sup>

À ação protetiva proveniente dos poderes públicos deve-se estabelecer um patamar mínimo, sob pena de não atendimento das expectativas mais básicas de proteção geradas pelo próprio texto constitucional na salvaguarda de direitos fundamentais. Atenta a essa preocupação está a atuação da magistratura alemã de onde se verifica que:

Nesse particular, a jurisprudência alemã vem empregando o conceito de proibição da insuficiência (*Untermassvebot*), que representa uma nova dimensão do princípio da proporcionalidade, ao lado da já tradicional proibição do excesso (*Übermassverbot*). Ocorreria violação à proibição da insuficiência quando a ação protetiva dos poderes públicos ficasse aquém do patamar mínimo necessário à tutela dos direitos fundamentais. Contudo, é inequívoco que o controle judicial relacionado à proibição da insuficiência deve ser mais comedido do que o empregado na fiscalização da proibição de excesso, exatamente em razão do maior grau de discricionariedade de que, em regra, dispõe o Estado no desempenho de tarefas comissivas relacionadas à garantia dos direitos fundamentais.<sup>53</sup>

Por outro lado, o Judiciário, quando instado a manifestar-se frente a um caso concreto, em que se reclame efetiva proteção de direitos fundamentais, deve acautelar-se no sentido de não imiscuir-se demasiadamente no plano de ação de algum dos outros poderes, sobretudo do Executivo. Um dos efeitos colaterais que pode se fazer presente junto à tentativa de proibição da insuficiência de cuidado por parte do Estado, em relação aos direitos supracitados, consiste na substituição de um poder pelo outro, em razão de um ativismo judicial exacerbado, momento em que as particularidades de cada um deles demonstram ser dificultosas e até mesmo temerárias ações nesse sentido.

A partir de então, compreende-se a necessidade do chamado “juízo de prognoses legislativas” em que o Judiciário termina por tentar antecipar o futuro, emitindo considerações acerca dos efeitos das medidas elaboradas pelo legislador, com o intuito de prever se elas serão adequadas e suficientes à salvaguarda de direitos fundamentais. O grande problema em adotar a referida postura consiste no fato de que as apreciações decorrentes do exercício de tais prognoses envolvem conhecimentos que vão além do plano jurídico e

---

<sup>52</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 130.

<sup>53</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p. 133-134.

implicam no questionamento da legitimidade do Judiciário no envolvimento com problemas dessa natureza, para os quais não foi originalmente talhado.<sup>54</sup>

O certo é que o juízo de razoabilidade ante o enfrentamento de ameaças a direitos fundamentais sempre esteve em pauta assim como a presunção de que tanto mais caro seja o bem jurídico tutelado, maior será a preocupação em resguardá-lo, preocupação esta presente no âmbito de proteção pertencente a cada um dos poderes e que pode ser sentida, inclusive, por parte de organizações contidas no seio da sociedade civil, como aquelas, a título de exemplo, que se voltam à proteção da vida, do meio ambiente, da saúde, do trabalhador, do consumidor, entre outras.

Desse modo, nota-se uma preocupação quanto à proteção de direitos inerentes à condição humana e a tudo que repercute em torno dela que não mais se esgota no binômio Estado-particular, como decorrência clássica da proteção de direitos subjetivos invocados pelo indivíduo. Da dimensão objetiva sobre a qual deitamos algumas considerações e em decorrência da eficácia irradiante, cujos efeitos se fazem sentir por todo o ordenamento jurídico, decorre o caráter duplo dos direitos fundamentais, que torna possível sua invocação na relação indivíduo-indivíduo e que pauta a leitura das normas jurídicas contidas em cada âmbito do direito, seja público ou privado.

#### **1.4 Eficácia dirigente**

A eficácia dirigente dos direitos fundamentais se insere no contexto da Constituição Dirigente<sup>55</sup> a qual, segundo a doutrina, refere-se a uma Constituição que não mais se satisfaz com a mera definição de competências ou procedimentos, portando-se não só como instrumento formalizador de competências de um governo. Com o advento do Estado Constitucional, a Carta Magna e, conseqüentemente, os direitos fundamentais nela insertos, assumem um protagonismo tal que passam a ter como missão primordial o estabelecimento de tarefas, programas e diretrizes, por meio da definição de fins a serem atingidos pelo Estado e pela sociedade. Nesse aspecto, sobretudo os atos estatais devem ter como norte os direitos fundamentais, sendo que toda decisão de caráter estatal passa pelo “crivo” destes últimos, devendo a eles se reportar.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. IN: MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

<sup>55</sup> Aqui, colhe-se a doutrina de CANOTILHO, J.J.Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.2.ed.Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>56</sup> MONTEZ, Marcos Vinícius Lopes. A constituição dirigente realmente morreu? Disponível em: <http://www.viajuridica.com.br/doutrina.asp>. Acesso em: 08.10.11.

Na verdade, a partir de então, passa a vigor um fenômeno denominado de dirigismo constitucional, que reformula a finalidade primeira da Constituição. Esta, de instrumento qualificado pela manutenção do *status quo*, vista como norma jurídica formalmente superior cujo conteúdo material, porém, restava prejudicado, é alçada à condição de instrumento concretizador de tarefas e programas de ação por parte dos entes públicos. Aqui, há um aprimoramento no entendimento de qual seja o papel da Constituição alçada à categoria de instrumento de transformação político-social.<sup>57</sup>

Estes últimos, aqui referenciados pelos três poderes, passam a concorrer em igualdade de condições para a aplicação de um mesmo código – a Constituição – exercendo o poder, legitimamente, em igualdade de condições e dando margem para que, na omissão de um, os demais ocupem eventuais lacunas de atuação sem que isso represente uma intromissão condenável e indevida no âmbito de atuação específica do outro. Nesse contexto de cooperativismo institucional, desejável e alcançável pelo estabelecimento de um verdadeiro diálogo institucional, do Estado integrado pelos clássicos três poderes emanam decisões necessárias à efetivação da igualdade material, respaldadas pela Carta Constitucional, que se dirigem à consecução de direitos fundamentais, a medida em que estes são vislumbrados como essência da conformação jurídico-política de nosso ordenamento, um verdadeiro “todo fora do qual não há nada”.<sup>58</sup>

Em relação à Constituição Federal de 1988, a doutrina abalizada proclama tratar-se de uma Constituição Dirigente por se encaixar no perfil de Carta que busca, além da mera conformação de competências institucionais, uma mudança social por meio da enunciação de metas e programas a serem perseguidos, como afirmado anteriormente, tanto pela sociedade quanto pelo Estado. Aqui, ela se porta na qualidade de “plano global normativo” endereçado a ambos e, no caso específico da Carta Constitucional brasileira, verifica-se um acolhimento direto de tal normatividade global pelo artigo 170<sup>59</sup>, o qual se

---

<sup>57</sup> MONTEZ, Marcos Vinícius Lopes. A constituição dirigente realmente morreu? Disponível em: <http://www.viajuridica.com.br/doutrina.asp>. Acesso em: 08.10.11.

<sup>58</sup> MONTEZ, Marcos Vinícius Lopes. A constituição dirigente realmente morreu? Disponível em: <http://www.viajuridica.com.br/doutrina.asp>. Acesso em: 08.10.11.

<sup>59</sup> C.F. BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigos 5º a 17. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 11.06.2011. Art. 170.: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que

caracteriza pelo abrigo de normas programáticas voltadas à efetivação de uma justiça social<sup>60</sup>. Nesse sentido, a Carta Constitucional nacional parece atender ao conceito de lei fundamental com claro caráter diretivo exposto por Canotilho no trecho:

Com efeito, perguntar pela “força dirigente” e pelo “caracter determinante” de uma lei fundamental implica, de modo necessário, uma indagação alargada, tanto no plano teórico-constitucional como no plano teórico-político, sobre a função e estrutura de uma constituição. (...) Deve uma constituição conceber-se como “estatuto organizatório”, como simples “instrumento de governo”, definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins?<sup>61</sup>

Por outro lado, a despeito das considerações originadas na doutrina portuguesa, acolhidas e reconhecidas pela doutrina pátria, o próprio expoente do Constitucionalismo Dirigente, tem revisitado sua teoria e questionado alguns dos pressupostos que compunham a sua base. Desse modo, Canotilho, logo no início da obra “Brançosos” e Interconstitucionalidade aponta para a crise do chamado dirigismo constitucional ao afirmar que a expressão “Constituição Dirigente” revelou-se, na verdade, como um termo equívoco.<sup>62</sup>

Isso porque houve, em um primeiro momento, uma identificação da Constituição dirigente com um dirigismo programático-constitucional sobre o qual incidiram diversas críticas, sobretudo no momento de associação entre o que o doutrinador em questão denomina de “programaticidade constitucional” e “narratividade emancipatória”. Emancipatória porque o texto constitucional adquiriu um viés um tanto quanto utópico, já que deixou a condição de lei passando a assemelhar-se a uma “‘bíblia de promessas’ de ‘novas sociedades’” numa transição para algo que transportasse os jurisdicionados para uma “outra sociedade” ou “sociedade mais justa”.<sup>63</sup>

---

tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

<sup>60</sup> TOJAL. Sebastião Botto de Barros. A constituição dirigente e o direito regulatório do Estado Social: o direito sanitário. In: ARANHA, Márcio Iório (Org.). BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. **Direito Sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 23. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito\\_sanitarioVol1.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol1.pdf)>. Acesso em: 08.11.11.

<sup>61</sup> CANOTILHO. J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.p.11.apud TOJAL. Sebastião Botto de Barros. A constituição dirigente e o direito regulatório do Estado Social: o direito sanitário. In: ARANHA, Márcio Iório (Org.). BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. **Direito Sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, X2003. p. 23. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito\\_sanitarioVol1.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol1.pdf). Acesso em: 08.11.11.

<sup>62</sup> CANOTILHO. J.J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.p.31.

<sup>63</sup> CANOTILHO. J.J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.p.31.

Dentre as autocríticas dirigidas à própria teoria, Canotilho aponta a “autosuficiência normativa” pressuposta pela Constituição Dirigente cujos comandos, para que adquirissem força normativa, pareciam se satisfazer com as imposições legiferantes ou as ordens de legislar advindas da Lei Maior. O autor segue a revisão de sua posição indicando o que acredita ser o cerne da questão afirmando:

O problema central da Constituição dirigente consistia (e consiste) em saber se, através de ‘programas’, tarefas e directivas constitucionais, se conseguiria uma imediaticidade actuativa e concretizável das normas e princípios constitucionais de forma a acabar com os queixumes constitucionais da ‘constituição não cumprida’ ou da ‘não concretização da constituição’.<sup>64</sup>

Canotilho segue suas considerações justificando a tomada de uma nova postura em razão das análises crítico-discursivas dirigidas a sua doutrina, as quais expuseram, em suas próprias palavras, “alguns dos défices teóricos e dogmáticos do programatismo e do directivismo constitucionais”<sup>65</sup>.

Entretanto, ao final, o referido autor faz uma ressalva afirmando que a revisitação de sua teoria, que o fez questionar alguns de seus pressupostos, trata-se, tão somente, de um “aparente desengano” tendo em vista o fato de que, para ele, a Carta Magna continua a ser digna do posto de lei-quadro fundamental responsável pela condensação de premissas políticas, econômicas e sociais indispensavelmente positivadas, a nosso ver, em um instrumento que pretenda alcançar o *status* de norma estruturante de todo um ordenamento.<sup>66</sup>

### **1.5 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e suas implicações**

Postas as considerações segundo as quais também é possível invocar, perante o Estado, a proteção de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, sobretudo quando verificada a sua ameaça real ou potencial, impera delinear os contornos por meio dos quais tal proteção pode ser invocada e, de fato, colocada em prática.

Ocupando posição marcadamente diversa em relação ao Estado, não é razoável atribuir a um particular o mesmo lugar na posição de sujeito passivo que aquele designado ao primeiro. Isso porque, como é de aferição lógica, no âmbito do Estado Democrático de Direito, também ao indivíduo responsável por eventual lesão de direitos atribuem-se direitos fundamentais e de personalidade, estando ele investido em um poder de autodeterminação e

<sup>64</sup> CANOTILHO. J.J. Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.p.32.

<sup>65</sup> CANOTILHO. J.J. Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.p.33.

<sup>66</sup> CANOTILHO. J.J. Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.p.35.

em uma esfera de proteção de seus interesses privados resguardada, inclusive, pela própria Constituição. Nesse sentido:

É impossível simplesmente transportar a racionalidade e a forma de aplicação dos direitos fundamentais da relação Estado-particulares para a relação particulares-particulares, especialmente porque, no primeiro caso, apenas uma das partes envolvidas é titular de direitos fundamentais, enquanto que, no segundo caso, ambas o são.<sup>67</sup>

Sendo assim, delineou-se uma teoria com vistas a garantir que se protejam os direitos fundamentais no âmbito das relações particulares, resguardadas as peculiaridades que envolvem relações típicas de direito privado, de modo a equilibrar a tutela efetiva dos direitos em questão sem ofensa à autonomia privada da pessoa humana. Dessa maneira, chega-se à construção doutrinária acerca da eficácia horizontal de direitos fundamentais.<sup>68</sup>

Por outro lado, na contramão da construção descrita anteriormente, dentre as possíveis críticas direcionadas à admissão da influência direta de previsões típicas de direito público (sob a roupagem de normas constitucionais) no âmbito do direito privado nota-se, além da preocupação com a preservação da autonomia privada, o argumento segundo o qual a necessidade de tutela dos direitos essenciais à pessoa humana, que justificaria a convergência entre ambos os ramos, é demasiadamente excessiva. Isso em razão da alegação de que o Direito Privado, há muito, demonstrou interesse concreto nesse sentido, delineando as previsões necessárias para tanto, principalmente por meio da positivação dos direitos de personalidade.

Ademais, segundo uma perspectiva tradicional de enfrentamento das questões relativas à proteção da esfera de direitos dos seres humanos, evoca-se a perenidade do direito privado, característica que não estaria presente no direito constitucional, o qual estaria mais propenso aos efeitos de instabilidade políticas, que tem como resultado a mudança de paradigmas constitucionais com relativa frequência. A crença que confere lastro a esta análise consubstancia-se na máxima: “O Direito público passa, o Direito Privado permanece”<sup>69</sup>.

A referida assertiva, não obstante a ruidosa crítica que traz em seu interior, não deixa de guardar alguma relação com a verdade, sobretudo quando reconhecemos, no curso da

---

<sup>67</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>68</sup> Verifica-se na doutrina exponenciada por Robert Alexy a preocupação acerca da medida de proteção dos direitos fundamentais no seio das relações privadas. Questiona-se sobre como e em que medida a problemática deve ser enfrentada e equacionada. Nota-se o exposto em: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>69</sup> BÖHMER, Gustav. *Apud*: NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. **Revista Jurídica**, ano 52, n. 326 (dez. 2004). Porto Alegre: Nota Dez, p. 08. IN: COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Constitucionalização do Direito Civil e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066798174218181901.pdf> Acesso em: 13. 10. 2011.

história nacional recente, compreendido o século XX, uma única mudança substancial na legislação ordinária civil (com a substituição do Código Civil de 1916 somente em 2002) frente a diversas substituições de Cartas Constitucionais nesse mesmo período.<sup>70</sup>

Por outro lado, o acalorado diálogo entre Direito e Política, que culmina na elaboração de Cartas Magnas que suplantem outras, decorre de momentos de reflexão que, em muitas das vezes e a exemplo da efervescência político-social que antecedeu a promulgação da Carta de 1988, se mostram necessários ao amadurecimento democrático de um povo, exprimindo períodos de arejamento em que anseios populares se fazem sentir e são captados na sua forma mais sensível. Saudável, portanto, a suplantação de uma ordem política por outra, sempre que gestada a partir de legítimas reivindicações com vistas ao aperfeiçoamento do sistema jurídico vigente.

Desse modo, submetendo-se àquela e a outras críticas a serem expostas em momento oportuno, foram produzidas teorias acerca da eficácia de direitos fundamentais na esfera infra-estatal, sempre voltadas à solução de indagações acerca do modo, intensidade e abrangência de tais direitos sobre as relações em questão e no tocante ao papel que compete ao Estado na conformação das expectativas de proteção de ambos os pólos divergentes.

Dentre as teorias formuladas com temática atinente ao fenômeno estudado destacam-se: i) as teorias negativas, que refutam a incidência de normas fundamentais em relações privadas; ii) teoria da eficácia indireta e mediata; iii) teoria da eficácia direta e imediata; iv) teoria reducionista, segundo a qual a discussão acerca da eficácia interprivada de direitos fundamentais se limita à doutrina dos deveres estatais de proteção de tais direitos; v) teorias alternativas e mistas no âmbito das quais se inserem aquelas que fundamentam de modo distinto a incidência de direitos fundamentais na esfera privada (“convergência estatista de Jürgen Schwabe”) ou que vislumbram na conciliação das diversas teorias que abordam o tema a solução adequada para a problemática que ele suscita, tal como exposto por Alexy e observado por Daniel Sarmiento.<sup>71</sup>

Aqui, realizar-se-á uma análise detida acerca das três primeiras teorias, as quais permitem uma breve, porém razoável, compreensão acerca da chamada eficácia horizontal, eficácia externa ou eficácia em relação a terceiros dos direitos, liberdades e garantias (*Drittwirkung*).<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Nota-se que, entre a vigência do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002, promulgaram-se, respectivamente, quatro Constituições Federais: em 1937, 1946, 1964 e 1988.

<sup>71</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

<sup>72</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ªEd. Coimbra: Almedina, 1998.p. 1151.

### 1.5.1. Teoria negativa: a doutrina da *State Action*

Apesar das críticas feitas pela doutrina alemã (exponenciada por Mangoldt e Forsthoff) imediatamente após a hipótese de eficácia horizontal dos direitos fundamentais ter sido levantada, e que se dissolveram em razão de reiteradas decisões do Tribunal Constitucional na década de 50, é no direito norte-americano, por meio da doutrina do *state action*, que a negação de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas torna-se mais evidente.<sup>73</sup>

No Direito americano, prima-se pela proteção das liberdades individuais de forma que beira quase à legitimação doutrinária e jurisprudencial do egoísmo. Nesse sentido, o entendimento majoritário prega a imposição de limitações pelos direitos fundamentais somente em relação a ações estatais (*state actions*) presumidamente ilícitas, provenientes, naturalmente, de Poderes Públicos, restando impossibilitado o alcance de comportamentos lesivos entre particulares pelas normas constitucionais. Tomando por base a exegese da Carta Constitucional norte-americana, que se refere, na maior parte do texto, aos Poderes Públicos quando na consagração de cláusulas que exprimem direitos fundamentais, imunizam-se as ações dos particulares, protegendo-se a autonomia privada<sup>74</sup>.

Além disso, pugna-se, semelhantemente, pela defesa da autonomia dos estados, a quem compete legislar sobre direito privado, obstruindo-se possíveis tentativas de intromissão das cortes federais, sob a justificativa de aplicação de normas de caráter constitucional, na conformação de relações privadas estaduais.

Em razão da postura assumida pelos intérpretes do direito americano, mesmo a discriminação racial, cujo exercício ensejava uma série de punições previstas no *Civil Rights Act*, aprovado em 1875 pelo Congresso Nacional americano, carecia de medidas sancionatórias, quando no julgamento do mesmo *Civil Rights Act* em 1883, caso originada de atos de particulares, uma vez que se entendia que a União recebera da Constituição a competência para a edição de normas anti-discriminatórias que vedassem o comportamento

---

<sup>73</sup> C.f. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.188. Diz-se que, nessa oportunidade, os autores lançaram mão da previsível alegação segundo a qual os direitos fundamentais representariam única e exclusivamente direitos de defesa perante o Estado. Mais reacionária foi a posição de Forsthoff segundo o qual a aceitação da eficácia horizontal ensejaria a dissolução da Constituição, por rebaixá-la da categoria de norma à mera ordem de valores. O referido autor apelou, ainda, para o argumento de que emprestar eficácia aos direitos fundamentais no âmbito privado acarretaria graves conseqüências em se tratando de segurança jurídica.

<sup>74</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/200-artigos-nov-2007/5948-direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 16 de outubro de 2011.

reprovável somente por parte dos estados, o que permitia que indivíduos e empresas privadas permanecessem à sombra de quaisquer punições institucionalizadas.

Apesar da aparente inflexibilidade da posição norte-americana frente a aplicação de normas fundamentais nas relações particulares, a doutrina do *state action*, em meados da década de 40 do século XX, passou por novos contornos que dificultaram, por exemplo, sua invocação pelo próprio Estado para se ver livre da vinculação aos direitos fundamentais por meio da constituição de empresas privadas ou pela terceirização de suas atividades, com a sua delegação a particulares.

Tais tentativas de fuga à responsabilização se tornaram dificultosas em razão da adoção pela Suprema Corte da *public function theory*<sup>75</sup>, que passou a sujeitar também os particulares (além do próprio Estado) aos contornos delineados pelas limitações constitucionais, quando no exercício de atividades tipicamente estatais. Conseqüência também da intercessão cada vez mais crescente entre as esferas pública e privada reconheceu-se que, quando da existência de aspectos comuns suficientes à responsabilização do Estado por condutas de particulares, haveria a possibilidade de invocação de normas fundamentais protetivas.

Contudo, mesmo a *public function theory* tem sido alvo de críticas pela doutrina já que ela entende haver excesso de subjetivismo e ausência de critérios seguros por parte da jurisprudência na sua aplicação. Em algumas situações trazidas para a apreciação da corte suprema entendeu-se, como no caso *Marsh v. Alabama*<sup>76</sup>, que uma empresa privada que abrigava em seu interior ruas, residências e estabelecimentos comerciais, mantendo uma espécie de cidade particular, se equiparava, dessa forma, ao Estado e que por isso não poderia impedir que determinada denominação religiosa (testemunhas de Jeová) pregasse em seu interior, devendo obediência à liberdade religiosa. Desse modo, equiparou-se a tentativa de proibição de manifestações religiosas por parte da empresa a uma *state action*, no âmbito da *public function theory*. Contudo, procedeu-se, em situação semelhante, à negativa de reconhecimento de *state action* no funcionamento de shopping centers privados.

Uma breve análise de outros litígios trazidos a lume permite inferir outras lacunas na elaboração de critérios objetivos que permitam enquadrar condutas privadas, que se ligam de alguma forma ao Poderes Públicos, na definição de *state action*. No caso *Burton*

---

<sup>75</sup> NOWAK, John E. e Rotunda, Ronald D. **American Constitucional Law**. 5<sup>th</sup> ed., St. Paul: West Publishing. Co., 1995. IN: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.190.

<sup>76</sup> 326 U.S 501 (1946). IN: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.190.

v. *Wilmington Parking Authority*<sup>77</sup>, entendeu-se que um restaurante privado localizado em espaço alugado do Poder Público estaria vinculado ao princípio da isonomia, proibindo-se a discriminação racial da clientela em seu interior.

Já no âmbito de um clube igualmente privado, cuja venda de bebidas alcoólicas fora licenciada pelo Estado, não haveria maiores problemas quando da ocorrência de discriminações raciais, já que o referido licenciamento não se mostrava suficiente para sujeitá-lo à Constituição e à cláusula da igualdade. Trata-se do caso *Moose Lodge Number 107 v. Irvis*<sup>78</sup> julgado onze anos após o anteriormente citado.

Em *Norwood v. Harrinson*<sup>79</sup> sob o argumento de que ao Estado é vedada a concessão de vantagens, subsídios ou isenções a atores privados cujas condutas sejam incompatíveis com a Constituição, foi impedida a continuidade de distribuição gratuita de livros a alunos de instituições particulares cujas políticas de atuação eram etnicamente discriminatórias. Por outro lado, afirmou-se não haver vinculação de redes de rádio e televisão norte-americanas, sujeitas ao licenciamento e regulação do governo federal, a direitos constitucionais, quando da apreciação da alegação de evidente cerceamento da liberdade de expressão por parte da rede CBS, que se recusara a admitir a veiculação de propagandas pagas contrárias à Guerra do Vietnã por parte de grupos pacifistas no caso *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*<sup>80</sup>.

Atualmente, mantém-se o entendimento segundo o qual direitos fundamentais vinculam apenas Poderes Públicos (e, eventualmente, particulares que se substituam a eles). No entanto, em uma mudança de entendimento que parece entrar em conformidade com uma tendência natural perceptível a nível de direito internacional, passou-se a admitir a edição de normas sobre direitos humanos por parte da União, o que ocorreu sobretudo na década de 60, com a promulgação de novo *Civil Right Act* em 1964, que tinha os direitos civis como principal agenda.

Contudo a pura e simples edição de normas protetivas de direitos humanos pela União ainda seria insuficiente ante a ainda vigente necessidade de comprovação de que a violação de uma norma constitucional passa necessariamente por uma conduta atribuível em alguma instância ao Estado, sob pena de impossibilidade de reprimenda à conduta lesiva. A leitura de trecho do julgamento do caso *Lugar v. Edmondson Oil Co* explicita o posicionamento da jurisprudência norte-americana quanto ao *state action*:

---

<sup>77</sup> 365 U.S 715 (1961) IN: op. cit. p. 192.

<sup>78</sup> 407 U.S 163 (1972) IN: op. cit. p. 193.

<sup>79</sup> 413 U.S 455 (1971) IN: op. cit. p. 193

<sup>80</sup> 412 U.S 94 (1973) IN: op. cit. p. 193

Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da ‘atribuição razoável’. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável. (...) Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um ‘ator estatal’. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado.<sup>81</sup>

Nota-se, por fim, que a referida necessidade de verificação de que a lesão a direito fundamental provocada por um particular passa pela conduta de algum “ator estatal” constitui escudo para ações danosas, resguardando-se o agente causador do dano em detrimento da vítima, legitimando-se a violação à Constituição quando em cotejo com possíveis violações a direitos individuais e à autonomia privada.

### 1.5.2. Teoria da eficácia indireta e mediata

Originariamente desenvolvida pela doutrina alemã exponenciada por Günther Dürig, a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata de direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*) trata da concepção doutrinária acerca da incidência de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas com maior aceitação por parte do direito germânico, tanto por seus juristas e doutrinadores quanto pela própria Corte Constitucional. Para os adeptos desta teoria, a incidência dos direitos fundamentais no cenário privado não se dá a partir de uma perspectiva que os admita como direitos subjetivos invocáveis a partir da Constituição. Na verdade, para que haja uma proteção constitucional da autonomia privada, segundo a teoria em questão, é necessário admitir que os indivíduos, nas relações que estabelecem entre si, possam renunciar a direitos fundamentais, fato este inadmissível no âmbito das relações estabelecidas com o Poder Público.<sup>82</sup>

Dessa forma, alguns atos praticados no âmbito das relações privadas e que fossem de encontro a direitos fundamentais seriam, ainda assim, tolerados, o que não seria possível caso emanassem de algum ente estatal e interferissem na esfera de atuação individual de um membro da sociedade. Semelhantemente, algumas práticas, ainda que em consonância com garantias fundamentais, não seriam abrangidas pelo campo de incidência do Direito

<sup>81</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 88-89. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.194.

<sup>82</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.198.

Privado. Contudo, apesar da aparente polarização entre normas de direitos fundamentais e de Direito Privado, os seguidores desta doutrina admitem ser necessária a construção de certas pontes entre Direito Privado e Constituição, de forma que o primeiro não reste imune à incidência (inafastável) dos valores constitucionais.<sup>83</sup>

Atuando na qualidade das pontes supracitadas incidem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados elaborados pelo legislador e que se portam como mecanismos de irradiação dos direitos fundamentais no seio do direito privado. Nesse sentido, apesar de refutar a possibilidade de aplicação direta dos direitos e garantias fundamentais nas relações entre particulares, a teoria da eficácia medita não deixa de reconhecer a qualidade assumida pela Constituição de ordem de valores centrada em direitos fundamentais, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana. Importa ressaltar que a negativa da incidência horizontal de preceitos fundamentais se justifica, segundo exposto pelos partidários da eficácia mediata, pelo (ao nosso ver, infundado) temor de extermínio da autonomia da vontade e conseqüente desfiguração do Direito Privado em razão de uma questionável “mera concretização do Direito Constitucional”<sup>84</sup> (como se, estranhamente, a concretização dos objetivos postos em uma Constituição não fosse desejável).

Há, ainda, um alegado temor de exacerbação dos poderes conferidos à esfera de atuação do Judiciário caso a teoria rival, que pugna por uma eficácia imediata e que será exposta logo adiante, seja adotada. Isso porque, segundo a doutrina, as normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais são marcadamente indeterminadas, o que poderia dar margem a um irremediável comprometimento das liberdades individuais postas à mercê da discricionariedade interpretativa dos juízes.<sup>85</sup>

Ainda assim, a teoria sob análise tem como um de seus méritos a admissão de que a Constituição, apesar de não investir, de acordo com ela, os particulares em direitos subjetivos privados, contém normas de uma objetividade tal capaz de produzir um efeito de irradiação que permite a absorção, por parte das leis civis, dos valores constitucionais. A compreensão desse efeito de irradiação guarda estreita vinculação com o reconhecimento da eficácia irradiante de direitos fundamentais a qual, como exposto no subtópico 1.3, tem o condão de informar a construção legislativa de todo nosso ordenamento jurídico.<sup>86</sup>

Aqui, a diferença sensível que separa adeptos das teorias negativistas, sobretudo a da *state action*, dos partidários da eficácia indireta está no reconhecimento por

---

<sup>83</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.198.

<sup>84</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.198.

<sup>85</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.199.

<sup>86</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.199.

parte destes últimos de que os direitos fundamentais irradiam valores que se fazem sentir por todo o ordenamento, inclusive no Direito Privado, apesar de se requerer que, no âmbito deste último, em atenção à autonomia privada, seja possível renunciá-los, a depender do caso. Nessa seara alega-se igualmente que os direitos fundamentais não ficam desprotegidos no campo privado ao se rechaçar que o Direito Constitucional incida diretamente com vistas a garantir sua tutela. O que ocorre, segundo a doutrina, é a proteção de tais normas por mecanismos típicos do Direito Privado por meio das cláusulas gerais anteriormente citadas e das leis civis, por meio de uma atividade legiferante que aqui assume grande protagonismo e também por parte da atuação judicial, essa última vista com algumas ressalvas.<sup>87</sup>

No que toca à atuação do Legislativo, a ele compete o estabelecimento de diretrizes para que possa haver uma correta articulação entre direitos e bens fundamentais que eventualmente entrem em choque, conformando o “espaço de liberdade dos indivíduos nas relações privadas, movendo-se entre os limites constitucionais do conteúdo essencial dos direitos e a garantia da autonomia privada”.<sup>88</sup> A proeminência do papel do legislador na concretização dos direitos fundamentais ocorrerá, assim, por meio da abrangência de parte considerável das hipóteses de violações de bens constitucionais nas relações privadas (e pelo estabelecimento de regras específicas que garantam a incidência de direitos fundamentais nessas mesmas relações) por normas jurídicas que compõem tanto os chamados sistemas de direito privado (aqui compreendidos os direitos civil, comercial, trabalhista e do consumidor, que assumirá importância, sobretudo, no terceiro capítulo desta obra) quanto de direito penal.<sup>89</sup>

Por sua vez, o papel atribuído ao Judiciário na concretização dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares é mais tímido. Isso porque a ele caberá tão somente atuar, por meio de uma atividade interpretativa e integradora, em meio às inevitáveis lacunas deixadas pelo legislador o qual, em razão da generalidade e abstração típicos do ofício que exerce, não contempla todas as situações ou conflitos *inter privatos* possíveis. Nesse momento, autores como J.M.Bilbao Ubillos e Alonso García, apontam para o chamamento da incidência da eficácia imediata dos direitos fundamentais, o que não deixa de ser refutado por

---

<sup>87</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.200.

<sup>88</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.p.142.

<sup>89</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.p.143.

aqueles que acreditam não ser da esfera de competência dos magistrados a aplicação direta da Constituição às relações privadas.<sup>90</sup>

### 1.5.3. Teoria da eficácia direta e imediata

A teoria de então encontrou voz na doutrina pioneira professada por Hans Carl Nipperdey na década de 50. Atribuindo eficácia *erga omnes* (oponível contra todos) a alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã, aquele autor acreditava que, a despeito da existência de garantias fundamentais que vinculavam somente o Estado, subsistiam aquelas cuja incidência seria tipicamente moldável a relações de caráter privado, sem dependência de mediação por parte de parlamentares. Dessa vez, aponta-se para o fato de que as ameaças ou efetivas lesões a direitos fundamentais têm origem não mais exclusivamente em ações emanadas de entes estatais, mas também, dada a maior complexidade e sofisticação das relações e interações em uma mesma comunidade de indivíduos, têm como agentes provocadores terceiros em geral, que dispõe de poderes sociais fortes o bastante para intimidar outros indivíduos e ferir o âmbito de proteção dos direitos que lhes são próprios.<sup>91</sup>

Essa é a leitura igualmente feita por André Rufino do Vale no trecho a seguir:

Como já explicado, Nipperdey foi pioneiro ao formular a teoria sobre a *Drittwirkung der Grundrechte* em sua versão pura, delineando argumentos em prol da aplicação imediata das normas constitucionais sobre direitos fundamentais nas relações entre privados. Para esse autor, os riscos existentes para os direitos fundamentais na sociedade do século XX advinham não somente dos poderes públicos, mas também de grupos sociais, detentores de parcela significativa de poder, a ser imposto aos indivíduos de várias maneiras, sendo capaz de afetar intensamente aspectos relevantes de sua vida e personalidade. Assim, sendo os direitos fundamentais normas que contêm valores objetivos válidos por toda a ordem jurídica, devem ser aplicados imediatamente nas relações entre particulares, valendo como direitos subjetivos contra entidades privadas que constituam verdadeiros poderes sociais ou mesmo perante indivíduos que disponham, nessas relações, de uma situação real de poder que possa equiparar-se à supremacia do Estado.<sup>92</sup>

Desta feita, Nipperdey reconhece nos direitos fundamentais um efeito de irradiação normativa direto sobre normas de direito privado negando a necessidade de intermediários entre um e outro, nenhum “ponto de infiltração”, a exemplo do que representariam as cláusulas gerais de direito privado. Aqui defende-se a aplicação direta, já que a indireta não é capaz de satisfazer a importância dos direitos fundamentais na qualidade de normas objetivas. Em defesa da

<sup>90</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.p.144

<sup>91</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.204.

<sup>92</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.p.148-149.

teoria em questão, despontam autores como Alexy, que reafirma o senso de responsabilidade que permeia a incidência direta de normas fundamentais no âmbito das relações entre particulares que não se presta a radicalismos que resultem na desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado.<sup>93</sup>

Outros autores compõe doutrina abalizada acerca do tema, tais como Tomás Quadra-Salcedo, Pedro de Veja Garcia, Antônio-Enrique Perez Luño e Rafael Naranjo de La Cruz e Juan Maria Bilbao Ubillos. Este último é responsável por longa doutrina sobre o tema e destaca que não há homogeneidade entre todos os direitos fundamentais, sendo necessária uma análise acerca de cada um deles a fim de que se possa perquirir a existência e extensão de sua eficácia horizontal. Pedro de Veja Garcia, por sua vez, aponta que a eficácia horizontal direta pode servir de instrumento de correção de desigualdades sociais.<sup>94</sup>

O próprio Canotilho, por fim, expoente não da doutrina espanhola como os demais, mas da teoria lusitana acerca dessa mesma temática, apesar de também acenar para a aplicação direta de direitos fundamentais nas relações privadas e para sua oponibilidade *erga omnes*, assume uma posição moderada ao defender soluções criativas diferenciadas com vistas à harmonização da tutela dos direitos sob análise com a proteção da autonomia privada e com os princípios fundamentais da ordem civil.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> C.f Alexy, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: centro de Estudios Constitucionalidades, 1993.p.514 *apud* SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.205.

<sup>94</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.206.

<sup>95</sup> CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional. 5ª. Coimbra: Almedina, 1992, p.602-612 e Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ªEd. Coimbra: Almedina,1998.p.1150-1160. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.p.209.

## 2.O Direito fundamental à saúde sob a conformação da Constituição Federal de 1988

### 2.1 A prestação da assistência à saúde pelo setor privado

No que toca ao sistema de saúde brasileiro pode-se afirmar que ele é composto por dois subsistemas: o público, que se estrutura por meio do Sistema Único de Saúde – o SUS – e o privado composto por dois sub-setores: aquele relativo ao mercado de saúde suplementar, ora em discussão em sede do presente trabalho, que se compõe pelos serviços financiados pelos planos e seguros de saúde e se demonstra predominante em relação ao outro sub-setor, o liberal clássico, composto pela prestação de serviços particulares autônomos. De se destacar que ambos os subsistemas são dotados de características peculiares e, não obstante a importância e crescente desenvolvimento do segundo, o SUS, que se dirige à garantia da fruição de um direito constitucionalmente assegurado por meio da universalização de seu acesso, ainda assume o protagonismo no cenário nacional.<sup>96</sup>

Dentre as características que os distinguem apontam-se, em relação ao subsistema público as seguintes: o financiamento é público e nele se verifica a participação das esferas da federação; a gestão do setor é igualmente pública, com integração e articulação entre as diferentes esferas participantes; no que tange à prestação da assistência à saúde, esta se materializa por meio de serviços da rede própria de municípios, estados e pela união aliando-se também a serviços privados contratados ou conveniados por meio do estabelecimento de parcerias entre entes públicos e privados.<sup>97</sup>

Em relação ao subsistema privado nota-se que o financiamento provém eminentemente de recursos financeiros particulares havendo, porém, subsídios do setor público. A gestão é, obviamente, privada e obedece a um processo de regulamentação hoje capitaneado por uma agência reguladora estatal, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. No que importa aos prestadores da assistência tratam-se de entes privados credenciados junto aos planos e seguros de saúde ou às cooperativas médicas, que fornecem serviços próprios dos planos e seguros de saúde, serviços privados conveniados ou serviços contratados pelo subsistema público das empresas de planos de saúde, integrando a rede credenciada destes.<sup>98</sup>

A relação entre os dois subsistemas nunca foi de exata simbiose e, principalmente no contexto de autocracia militar vigente até meados da década de oitenta no

---

<sup>96</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007.p.68. Disponível em: <http://www.conass.org.br/arquivos/file/miolo%20livro%2012.pdf>. Acesso em: 08.11.11

<sup>97</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007.p.68. Disponível em: <http://www.conass.org.br/arquivos/file/miolo%20livro%2012.pdf>. Acesso em: 08.11.11

<sup>98</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007.p.69. Disponível em: <http://www.conass.org.br/arquivos/file/miolo%20livro%2012.pdf>. Acesso em: 08.11.11.

país, ambos se estabeleceram como atores distintos, representando duas forças políticas antagônicas que estabeleceram tendências opostas no desenvolvimento das políticas de saúde no Brasil. Nesse sentido, a criação do SUS é atribuída aos esforços advindos do movimento sanitário brasileiro para cujo desenvolvimento contribuíram decisivamente médicos sanitários reformistas ligados a agremiações políticas que se opunham ao regime militar, no qual se destacaram o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) e o Partido Comunista Brasileiro (PCB). O referido movimento ligava-se também a centros e veículos de pesquisa científica, notadamente a Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ – a Revista “Saúde em Debate” e o Centro Brasileiro de Estudos da Saúde – CEBES. A agenda do movimento objetivava redefinir as relações estabelecidas entre o Estado e o setor privado, em relação à assistência à saúde, e universalizar o acesso aos serviços de assistência médica.<sup>99</sup>

O setor privado, por sua vez, já dava mostras nesse mesmo período de que sua expansão era inevitável uma vez que a universalização supracitada, como será exposto mais adiante, trouxe um efeito reverso, não previsto inicialmente. Já naquele período e hoje, sem sombra de dúvidas, os grupos privados de assistência à saúde, em sua maioria, se constituem por profissionais e empreendedores da área médica e hospitalar para quem a saúde constitui um bem cuja provisão demanda uma gestão de investimentos apta a garantir um retorno financeiro relevante. Nesse sentido, interferências advindas de debates públicos são vistas como empecilhos potenciais ao alcance da eficiência econômica e técnica necessárias à consecução de seus objetivos. Esse entendimento levado a rigor culmina na adoção de posturas reprováveis pelas empresas que atuam no setor, as quais serão objeto de questionamento em momento oportuno.<sup>100</sup>

## 2.2 Saúde suplementar: conceito, estruturação e regulação

A designação saúde suplementar refere-se, segundo informações veiculadas pelo próprio Ministério da Saúde, “à atividade que envolve a operação de planos privados de assistência à saúde sob regulação do Poder Público”<sup>101</sup>, inserindo-se no âmbito das atribuições

<sup>99</sup> CASTRO, Marcus Faro de. Dimensões políticas e sociais do direito sanitário brasileiro. In: ARANHA, Márcio Iório (Org.). BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p.368. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito\\_sanitarioVol1.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol1.pdf). Acesso em: 08.11.11.

<sup>100</sup> CASTRO, Marcus Faro de. Dimensões políticas e sociais do direito sanitário brasileiro. In: ARANHA, Márcio Iório (Org.). BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p.368. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito\\_sanitarioVol1.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol1.pdf). Acesso em: 08.11.11.

<sup>101</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Glossário temático : saúde suplementar** / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar. – Brasília: Editora do Ministério

próprias da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Trata-se, desse modo, da prestação de serviços na área de saúde fornecida por particulares, fora, portanto, dos limites da prestação fornecida diretamente pelo Estado, no caso brasileiro, aquela propiciada pelo Sistema Único de Saúde - SUS.

Neste sentido, cabe ao Estado, autorizada a execução de ações e serviços de saúde por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, regulamentar, fiscalizar e controlar o modo pelo qual os referidos serviços são oferecidos à coletividade<sup>102</sup>. Assim, tem-se a possibilidade de que particulares, representados, em sua maioria, por operadoras de planos de saúde que atuam no subsistema de saúde privada, prestem assistência médica-hospitalar, paralelamente àquela fornecida pelo Estado.<sup>103</sup>

O termo supracitado, que denota a possibilidade de materialização do direito à saúde por meio do fornecimento de serviços remunerados, carece de aceitação unânime por parte da doutrina, a qual, como expõe Mário Scheffer, se utiliza de termos como “atenção médica supletiva”, “assistência médica complementar” ou assistência médica suplementar” para designar o mesmo fenômeno.<sup>104</sup>

Na análise empreendida, exclui-se a avaliação acerca da prestação de saúde celebrada por contratos de Direito Público ou por intermédio de convênios firmados entre hospitais privados e as instâncias representativas do SUS, bem como o atendimento médico particular diretamente pago pelo paciente. Aqui tratamos tão somente das relações que envolvem pessoas jurídicas de direito privado, que se submetem às disposições contidas na lei

daSaúde,2009.p.70.Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario\\_saude\\_suplementar.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario_saude_suplementar.pdf). Acesso em: 30.09.11

<sup>102</sup> C.F. BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigos 5º a 17. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 11.06.2011. Art. 197: São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”..

<sup>103</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito das relações Sociais) - Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao\\_Schulman.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1). Acesso em: 11.06.11.

<sup>104</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11. In: SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito das relações Sociais) - Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao\\_Schulman.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1). Acesso em: 11.06.11.

nº 9.656/98, a qual se dirige à regulamentação das atividades prestadas por operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde.<sup>105</sup>

As referidas operadoras, a despeito da remuneração de suas atividades, podem prestar-lhes com ou sem finalidade lucrativa responsabilizando-se, especialmente, pelo fornecimento de serviços que envolvam o diagnóstico e tratamento de doenças. Tais serviços, a par da previsão normativa contida na lei supracitada, tem como características elementares, e que em momento oportuno serão devidamente ressaltadas, a continuidade por prazo indeterminado de sua prestação com vistas à garantia de assistência à saúde sem limitações financeiras, tal como descrito no art. 1, inciso I, da lei supracitada.

Além da conceituação do termo “saúde suplementar”, para um melhor entendimento do funcionamento do setor, suas características, vantagens e problemas que lhe acometem, é imperioso entender, ao menos por meio de uma concepção ampla, suas origens e o porquê de sua regulamentação, que compreende uma justificativa que ultrapassa a necessidade única de atendimento da vontade do constituinte contida no artigo 197 da Carta Magna. Desse modo, ao final de uma breve exposição, será possível compreender o modelo de assistência privada à saúde, que se posiciona em complementaridade à saúde pública.

Primeiramente, cumpre advertir que o objetivo deste trabalho não é explorar as ditas mazelas do Sistema Único de Saúde, até porque acredita-se que se trata de um modelo assistencial que, não obstante os defeitos que lhe acometem, fornece serviços de qualidade à população. Entretanto, a doutrina que analisa o crescimento expressivo e, sobretudo, o desenvolvimento do setor de saúde suplementar argumenta que estes fenômenos são nada menos que resultados das falhas de governo advindas de uma estruturação lenta e precária do SUS. Aponta-se nesse mesmo sentido, que a necessidade de regulação do setor é uma implicação das falhas de governo na condução do programa de saúde pública no país.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> BRASIL. **Lei n 9.656/98**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm). Acesso em: 11.06.2011. Art. 1º: “Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.”

<sup>106</sup> PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas**. Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de

### 2.2.1. Estruturação da saúde suplementar no país

Segundo relatos doutrinários, as primeiras atividades privadas voltadas à prestação de assistência à saúde datam das décadas de 40 e 50 do século passado, sendo consideradas verdadeiros embriões dos serviços prestados na atualidade. A título de exemplos de entidades voltadas a atuação no mercado em questão tem-se, no setor público, a criação de caixas assistenciais, como a Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil (Cassi) e a Assistência Patronal voltada a servidores provenientes do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários (atualmente conhecido como Geap). Já no âmbito privado verificava-se a estruturação de sistemas assistenciais vinculados, majoritariamente, a montadoras estrangeiras.<sup>107</sup>

O sistema de prestação privada de serviços médicos em questão tinha como fonte de receita recursos advindos das relações trabalhistas, provenientes das contribuições que cabiam, respectivamente, a empregadores e empregados os quais, desse modo, financiavam um sistema que funcionava em complementariedade àquele prestado pelo Estado. Via de regra, a prestação privada ocorria, senão em estabelecimentos próprios, no local de trabalho, verificando-se a ocorrência de ressarcimentos, em moldes similares àqueles que visualizamos nos dias de hoje.<sup>108</sup>

Nas décadas seguintes, período que abrange os anos 60 e 70, observou-se o chamado “fenômeno de empresariamento da medicina” que implicou a constituição de redes de serviços particulares cuja contratação se efetivou não só por intermédio de relações pactuados no âmbito privado, tendo também o Estado despontado como cliente da iniciativa privada. No que toca à década de 60, nota-se o surgimento de convênios médicos estabelecidos entre empresas médicas e empregadoras, a incipiente atuação de empresas de medicina de grupo (cuja composição majoritária era formada por proprietários e acionistas de hospitais), além das cooperativas médicas. Nessa época, a prestação de serviços de saúde

---

saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

<sup>107</sup> BAHIA, Lígia. **Mudanças e padrões das relações público-privado: seguros e planos de saúde no Brasil. 2000.** Tese (Doutorado em Saúde Pública). Faculdade de Medicina. Universidade federal do Rio de Janeiro, 2000. Disponível em:

[http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum\\_saude/forum\\_bibliografias/abrangenciadaregulacao/AA10.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/abrangenciadaregulacao/AA10.pdf).

Acesso em: 11.06.11

<sup>108</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009.. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

deixou de ser relegada aos estabelecimentos próprios supracitados, passando a ocorrer também em estabelecimentos credenciados, por meio da terceirização dos serviços. Nesse mesmo sentido, os prestadores de serviços passaram a ser credenciados pelas autogestões.<sup>109</sup>

Nesse mesmo período, atribui-se ao Estado brasileiro a unificação do sistema de aposentadorias e pensões, além da privatização da prestação de diversos serviços tradicionalmente públicos, tais como a saúde, em um contexto em que se percebia um novo concerto da seguridade social nacional, cujas atividades assistenciais passaram a obedecer à lógica da remuneração vinculada à produção. Nesse sentido observaram-se políticas de incentivo a produtores privados ditos isolados (dentre os quais hospitais e laboratórios), empresas criadas a partir de grupos médicos voltadas ao atendimento das necessidades de outras empresas, além da criação do convênio-empresa, por meio do qual o Estado intervinha na contratação de serviços médicos privados. Desde então, nota-se uma perda gradual no protagonismo assumido pelos trabalhadores em meio às decisões políticas atribuídas à Previdência Social.<sup>110</sup>

O final da década de 80 caracteriza-se como o momento em que os planos de saúde vislumbraram uma adesão significativa de novos usuários atribuída, especialmente, ao aumento na venda de benefícios individuais. Estes se somaram aos já 15 milhões de usuários pré-existentes, que se beneficiavam dos serviços prestados por empresas de medicina de grupo e cooperativas, e que formavam uma clientela de trabalhadores especializados, os quais vislumbravam no setor privado uma alternativa ao sistema público. Neste período, as seguradoras de saúde passaram a integrar o mercado em expansão e os planos de saúde, outrora um dos possíveis benefícios empregatícios que compunham a cartela de reivindicações trabalhistas de então, assumiram a feição de assistência médica suplementar.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>110</sup> BAHIA, Lígia. **Mudanças e padrões das relações público-privado: seguros e planos de saúde no Brasil. 2000.** Tese (Doutorado em Saúde Pública). Faculdade de Medicina. Universidade federal do Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum\\_saude/forum\\_bibliografias/abrangenciadaregulacao/AA10.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/abrangenciadaregulacao/AA10.pdf). Acesso em: 11.06.11

<sup>111</sup> BAHIA, Lígia. **Mudanças e padrões das relações público-privado: seguros e planos de saúde no Brasil. 2000.** Tese (Doutorado em Saúde Pública). Faculdade de Medicina. Universidade federal do Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum\\_saude/forum\\_bibliografias/abrangenciadaregulacao/AA10.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/abrangenciadaregulacao/AA10.pdf). Acesso em: 31 de outubro de 2011.

### 2.2.2. A expansão do mercado de saúde suplementar

Sem que se deixe de observar os contornos delineados com o fim da década de 80, a absorção da crescente demanda da sociedade por um modelo de assistência à saúde que fosse capaz de responder as suas necessidades com celeridade e eficácia maiores que aquele fornecido pelo Estado é indicada como fator preponderante para a privatização pelo afastamento da parcela da população que se dispunha a pagar por serviços originalmente garantidos, porém nem sempre proporcionados, no âmbito do espaço público.<sup>112</sup>

Para a compreensão do mecanismo por meio do qual se explica a adesão de parcela significativa da população brasileira a um modelo privado de prestação de serviços em saúde, o que, a primeira vista, poderia ser visto como um contrasenso, tendo em vista o fornecimento público de serviços pautados pelo acesso universal e igualitário estabelecido constitucionalmente<sup>113</sup>, Carlos Pereira lança mão de um conceito curioso elaborado por outro autor, Boudon, que discorre acerca do que seriam efeitos perversos ou efeitos de composição provenientes de uma determinada ação.<sup>114</sup>

Tais efeitos caracterizam-se como repercussões inesperadas originadas da tomada de uma determinada decisão. Seriam “fenômenos onipresentes na vida social e que representam uma das causas fundamentais dos desequilíbrios sociais e de mudança

---

<sup>112</sup>PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

<sup>113</sup> Nesse sentido, vide o art. 196, segundo o qual: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigos 5º a 17. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 11.06.2011.

<sup>50</sup>BOUDON. Raymond (1979) *Efeitos Perversos e Ordem Social*, Ed. Zahar, Rio de Janeiro. In: PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

<sup>51</sup> BOUDON. Raymond (1979) *Efeitos Perversos e Ordem Social*, Ed. Zahar, Rio de Janeiro. In: PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

<sup>52</sup> BOUDON. Raymond (1979) *Efeitos Perversos e Ordem Social*, Ed. Zahar, Rio de Janeiro. In: PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

social”<sup>115</sup>. Apesar de serem chamados de perversos, não são necessariamente desagradáveis, tratando-se, tão somente, de conseqüências que fogem à previsibilidade dos responsáveis pela decisão supramencionada, já que não incluídos em seus objetivos explícitos.<sup>116</sup>

Assim, o fortalecimento da medicina privada suplementar é entendido como um efeito de composição (já que chamá-lo de perverso seria de veras dramático) resultante da universalização, vista como uma das principais bandeiras levantadas pelo movimento que originou o SUS. Isso porque, com o objetivo de garantir o amplo acesso da população aos serviços de saúde, estendendo-os aos setores anteriormente marginalizados<sup>117</sup>, não atentou-se para o fato de que a chamada “expansão da cidadania”<sup>118</sup> acarretaria um congestionamento do sistema de saúde então vigente, o qual, ainda que tenha mudado de denominação e sido agraciado por previsões normativas inclusivas e democráticas, não deixou subitamente de padecer de deficiências na atenção à saúde.

Infelizmente, tais deficiências foram agravadas, segundo a doutrina, em razão da universalização, já que esta não foi devidamente acompanhada pela definição de recursos financeiros extras, capazes de suprir as demandas econômicas de um sistema que se expandia formalmente, por meio de previsões legislativas, mas que carecia, no plano material, de fontes de financiamento além das que já estavam postas.<sup>119</sup> Ainda hoje, a definição de recursos financeiros destinados a subsidiar os gastos públicos em saúde é apontada como um problema, dada a falta de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29.

Assim, a mera positivação da intenção universalizante na Constituição Federal de 1988 não foi suficiente em face de restrições fiscais e financeiras que constituíram verdadeiros óbices à implementação efetiva de um modelo de assistência à saúde público e universal. Ademais, a doutrina indica que a concomitante positivação da universalização e a

---

<sup>118</sup> PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

<sup>119</sup> PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

expansão da saúde privada também podem ser apontadas como reflexos do financiamento indireto que o setor público passou a oferecer à saúde privada.<sup>120</sup>

Isso porque, houve uma renúncia da arrecadação fiscal e previdenciária por meio de subvenções oferecidas pelo Estado para o setor privado de saúde, o que teve como consequência direta o fortalecimento deste último, com a ampliação de seus mercados, às custas de uma redução na arrecadação para o próprio setor público gerando a chamada “universalização excludente”.<sup>121</sup>

A expressão supracitada sintetiza o efeito reverso trazido pela universalização atrelada à expansão da saúde suplementar: a fuga, ou “auto-expulsão”, da parcela da sociedade que compunha o “núcleo dinâmico da economia” de um sistema que passou a sofrer com a própria incapacidade de atendimento da crescente demanda. Desse modo, o sistema público voltou-se ao atendimento da parcela economicamente marginalizada da sociedade, que não dispunha de recursos para financiar uma assistência, senão qualitativamente superior, ao menos mais célere.<sup>122</sup>

Nota-se, ainda, que o incentivo governamental anteriormente mencionado, efetivado por meio de renúncias fiscais, teve outras consequências como a subtração do montante arrecadado a partir da contribuição previdenciária sobre a folha de salários e pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS – em razão do fato de que os planos de saúde faziam as vezes de verdadeiros salários indiretos, como resultados das demandas trazidas pelos sindicatos perante as entidades patronais.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>121</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>122</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>123</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

Além disso, o afastamento intencional do Estado da prestação de serviços públicos de saúde, de forma a conferir abertura cada vez maior à atividade suplementar, parece ser sintomático na medida em que se observa o incentivo estatal à afiliação de servidores da administração direta a esquemas privados de intermediação financeira, em que o governo arca com parte das despesas dos prêmios pagos por seus servidores a planos privados de assistência à saúde.<sup>124</sup>

Ademais, o contexto histórico em que se desenrolaram as previsões normativas inclusivas no setor de saúde era igualmente desfavorável, já que, ao final da década de oitenta, a atribuição de novas responsabilidades financeiras tornava ainda mais dificultosa a tarefa delegada ao Estado brasileiro, às voltas com um quadro de crise econômica e recentemente reformulado pelo clamor democrático que resultou no fim do período ditatorial. Aliás, a positivação da universalização da prestação de serviços de saúde certamente ocorreu por influência das legítimas reivindicações participativas provenientes do movimento de Reforma Sanitária que originou o SUS.<sup>125</sup>

Contudo, o efeito reverso, não intencional, desta universalização foi a explicitação da incapacidade de que o sistema padecia, naquele momento, de atendimento a todas as demandas que lhe eram trazidas. Tal fato ampliou a migração dos descontentes com a qualidade dos serviços prestados para o setor que se apresentava como alternativa, o privado. Segundo Carlos Pereira:

O que se verifica na prática é uma reinterpretação do princípio universalista aprovado na última Constituição. Ao invés deste princípio funcionar como um mecanismo de inclusão social, na realidade é excludente por incorporar de fato apenas os segmentos mais necessitados da população de uma forma discriminatória, ou seja, oferecendo um serviço de baixa qualidade. Já os segmentos que têm condições de não se submeter a este tipo de serviço são absorvidos pela medicina suplementar. O setor público, antes de competir com o setor privado oferecendo um serviço de boa qualidade, demarca um campo de complementariedade com aquele. Assim, o setor privado de saúde suplementar joga no insucesso do SUS como estratégia de viabilizar-se ainda mais, principalmente diante do insucesso da qualidade do

---

<sup>124</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>125</sup> PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

atendimento. Como consequência, foi empreendido um perfil híbrido ou no mínimo paradoxal às políticas de saúde nestas duas últimas décadas: ao mesmo tempo em que se conseguiu selar nos textos constitucionais alterações vinculadas a um modelo *welfare state* institucional redistributivo, concernente aos princípios da reforma sanitária, se consolidava na vida prática destas políticas uma tendência de política social de características residuais e segmentárias com a consolidação de um setor privado de saúde suplementar.<sup>126</sup>

Desse modo, depreende-se que as dificuldades de efetivação do conceito de universalidade, tal como originalmente previsto e que atenda às expectativas de prestação satisfatória dos serviços de saúde, aliada a um orçamento que se mostra insuficiente perante as demandas do setor, responde, ao menos em linhas gerais, aos questionamentos iniciais acerca das razões que levaram à expansão do mercado de planos privados de saúde no país.<sup>127</sup>

Infelizmente, a despeito das previsões consagradoras de direitos fundamentais contidas em uma Constituição que se pretende social, observou-se um afastamento por parte do Estado na concretização desses direitos, na medida em que se observa que serviços tradicionalmente públicos, ainda que autorizada a sua execução por entes privados, são cada vez mais estimulados a serem desempenhados pela iniciativa privada. Esse quadro passa a ser discutível, sobretudo, em um país que apresenta dificuldades de implementação de um modelo de Estado Social em sua plenitude, o que acaba reforçando a lógica simplista que reduz o tratamento à saúde a alternativas excludentes e associações errôneas: saúde pública, morosa e anacrônica em oposição a um mercado privado moderno, célere, supostamente superior.<sup>128</sup> Esse mesmo mercado, por sua vez, demonstra suas fragilidades e demanda que o Estado intervenha conferindo-lhe uma conformação que atenda às expectativas dos componentes do setor, o que não pode implicar na desatenção ao público por ele assistido.

---

<sup>126</sup> PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

<sup>127</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11

<sup>128</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11

### 2.2.3. A necessidade de regulamentação

Atentando-se para a natureza do bem público saúde, regulamentá-lo, para além de mera obediência a um comando constitucional, mostra-se como um imperativo decorrente de demandas multisetoriais originadas a partir de uma opção legislativa que se coaduna com demandas de consumidores, entidades médicas, setores governamentais ligados à área econômica e das próprias empresas que compõe o mercado regulado.<sup>129</sup>

Requisições nesse âmbito se fizeram sentir a partir da percepção de que o setor não pode se deixar regular única e exclusivamente pela lógica de mercado, uma vez que a famigerada mão invisível nem sempre realiza uma distribuição equitativa dos bens a sua disposição, além de pouco atentar para a consecução de ideais ligados à justiça social, o que não parece ser a função para a qual foi originariamente moldada.

Entretanto, a despeito das previsões normativas já positivadas, segundo Carlos Pereira, a intervenção regulatória passou a ser de fato premente quando verificou-se que determinadas seguradoras e prestadoras de planos de saúde passaram a aumentar o valor dos serviços prestados, de forma unilateral e indiscriminada, além de proceder a restrições de coberturas sem precedentes razoáveis. Tais ações repercutiram de forma negativa na opinião pública, alcançando ampla divulgação nos meios de comunicação social, beneficiando aqueles consumidores que, insurgindo-se contra as políticas arbitrárias formuladas pelas operadoras privadas de saúde, entraram com ações judiciais e obtiveram ganho de causa.<sup>130</sup>

Mário Scheffer aponta, ainda, que a história acerca do nascimento da regulação está marcada por manifestações públicas, resoluções de conselhos de categorias profissionais, jurisprudência acumulada no Judiciário (provavelmente em decorrência das causas ganhas supracitadas), além da movimentação das esferas estaduais na elaboração de legislações voltadas à regulamentação do setor. Ademais, a insatisfação das grandes seguradoras que passaram a compor o setor da saúde privada por volta deste mesmo período, e que estavam vinculadas de alguma forma ao capital estrangeiro, também contribuiu para a convicção generalizada de que a referida regulação se mostrava urgente.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

<sup>130</sup> PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

<sup>131</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo.**

Isso porque as seguradoras que mantinham ligações com o capital internacional concorriam diretamente com empresas de medicina de grupo e Unimeds alegando desvantagem na atuação em um mercado, à época, auto-regulado, cujas regras de concorrência e competição eram simplesmente ausentes. Como se não fosse suficiente, seus interesses no campo legislativo restavam prejudicados também pela falta de amparo legal à entrada do capital estrangeiro no setor.<sup>132</sup>

Junto às esferas federais, a comoção social gerada teve impacto significativo. Isso porque repercutiu no Executivo de forma a movimentar-lhe no sentido da criação de um organismo autônomo e especializado, munido de um corpo técnico habilitado a lidar com os problemas característicos do setor privado de saúde. Sob um alegado temor, novamente de acordo com Pereira, de que sua inação expusesse fragilidades governamentais e explicitasse a leniência com que a necessidade de regulação do setor era tratada, o Estado, na pessoa do Executivo, elegeu a regulação como questão prioritária em sua agenda política, em meados da década de 90, quando o problema se agravou.<sup>133</sup>

No âmbito do Legislativo, a discussão ganhou relevo com a criação de uma Comissão Especial, datada de 27 de agosto de 1996, destinada a elaboração de um parecer sobre o Projeto de Lei nº 4.425 de 1994 de autoria do senador Saraiva, que visava “proibir a exclusão de cobertura de despesas com tratamento de determinadas doenças em contratos que asseguram atendimento médico-hospitalar pelas empresas privadas de seguro-saúde ou assemelhadas”<sup>134</sup>.

Todavia, os relatos acerca dos trabalhos desenvolvidos indicam que houve extrema morosidade na condução dos debates e na tomada das decisões necessárias. Narra-se que mesmo após um ano de funcionamento da comissão, criada sob a forma especial justamente por ser um tipo de comissão temporária cujas matérias tramitam com maior celeridade, o plenário ainda não havia recebido um relatório final. Isso em um cenário em que

---

Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>134</sup> PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

foram realizadas várias audiências públicas que contaram com a participação de representantes do setor da saúde suplementar e de outros âmbitos da sociedade civil.<sup>135</sup>

Desde então, o Executivo passou a se mostrar mais atuante direcionando cobranças ao Congresso Nacional a fim de que este tornasse a apreciação do Projeto de Lei supracitado mais célere ameaçando, inclusive, tomar a frente do processo normativo por meio da edição de medidas provisórias caso o Legislativo permanecesse inerte. As pressões exercidas repercutiram inclusive junto às empresas do setor, que temiam uma regulação feita diretamente pelo governo em comparação àquela que poderia ser elaborado pelo Legislativo, que dava abertura a um processo de negociação mais participativo.<sup>136</sup>

A movimentação gerada na burocracia governamental pode ser atribuída (talvez em menor escala) às reclamações geradas nos diversos PROCONs situados ao longo do território nacional e, principalmente, às seguradoras cujos interesses, uma vez amparados por um contingente razoável de parlamentares e encontrando aliados até mesmo no Ministério da Fazenda, influenciaram decisivamente na velocidade de tramitação da regulamentação.<sup>137</sup>

Porém, como anteriormente dito, não só as empresas do ramo tinham voz nos debates de então. Dentre outras queixas apresentadas, lidavam-se com reclamações típicas de usuários do sistema, dentre as quais: restrições de dias de internação, em Unidades de Terapia Intensiva, inclusive; limitações dos prazos de carência para alguns tipos de atendimentos, que, absurdamente, poderiam ultrapassar a vigência dos próprios contratos de prestação de serviços; exclusões de doenças preexistentes, dentre elas, as crônicas, infecciosas e contagiosas; o aumento de mensalidades; e até mesmo a rescisão unilateral e imediata do contrato por inadimplemento, ainda que este fosse de um único dia.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

<sup>136</sup> PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.pgs 93-120.

<sup>137</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo.** Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>138</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo.** Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

As reivindicações provenientes da classe médica, por sua vez, indicavam baixas remunerações relativas a consultas, exames e demais procedimentos, denunciando a existência de imposições e interferências por parte dos planos no exercício da necessária autonomia profissional. Um exemplo de intervenção desmedida por parte destes últimos verificava-se na determinação do número de dias de internação, exames e consultas, todos sujeitos a limitações por parte daqueles que não detém o conhecimento necessário para estabelecer o tratamento que melhor se aplica a cada paciente, em obediência a uma lógica quase que estritamente comercial desvinculada dos procedimentos clínicos adequados.<sup>139</sup>

Enquanto isso, governos estaduais, como demonstrado anteriormente, pareciam mais sensíveis a essas questões e a assuntos que permanecem na ordem do dia, tal como a possibilidade de controle do fluxo de clientes dos planos de saúde que utilizam o sistema público de saúde, com o objetivo de que o SUS seja ressarcido. Recentemente, o atual ministro da saúde Alexandre Padilha pontuou a questão afirmando não ser natural que um beneficiário de um plano de saúde privado recorra a tratamento oferecido pelo sistema público de saúde. Na ocasião, Padilha reafirmou a necessidade de que todo gasto despendido pelo SUS com usuários pagantes de planos de saúde seja devolvido à União.<sup>140</sup> Tal afirmativa parece se encaixar no conceito de atendimento unificado em que a “assistência prestada ao beneficiário de plano privado de assistência à saúde é identificada pelo cruzamento de bancos de dados específicos para fins de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde”.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo.** Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>140</sup> C.f. Revista VEJA. Editora ABRIL. Edição 2243 – ano 44 – nº 46 – 16 de novembro de 2011, pgs. 17-21. Na entrevista intitulada “O crack virou epidemia”, quando questionado acerca do tratamento do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva contra um câncer na laringe e da campanha veiculada pela internet para que ele recorresse à rede pública, o atual ministro da saúde, Alexandre Padilha, disse o seguinte: “Há duas questões importantes nessa discussão. Primeiro, alguém que paga por trinta anos um plano de saúde, como Lula pagou, precisa ter o tratamento custeado por esse plano. Essa é a regra. *Não podemos achar natural que alguém que paga um plano de saúde tenha de recorrer ao sistema público para se tratar. Se isso acontecer o plano deverá reembolsar o governo. Não só no caso de câncer, mas todo gasto do SUS com pacientes que têm plano de saúde deve ser devolvido à União* [grifo nosso]. A outra questão é que o SUS está, sim, preparado para tratar de câncer. Os medicamentos que o ex-presidente está recebendo no Hospital Sírio-Libanês são os mesmos fornecidos pelo SUS. Neste ano, aumentamos em 22% o orçamento para o câncer. Nos últimos oito anos, dobrou o número de procedimentos de quimioterapia na rede pública. É lógico que temos muito a melhorar. Mas essas críticas não têm sentido. Muita gente que condena Lula por não se tratar no SUS também iria criticá-lo se ele fosse para um hospital público ocupar a vaga de uma pessoa sem plano”.

<sup>141</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Glossário temático: saúde suplementar** / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario\\_saude\\_suplementar.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario_saude_suplementar.pdf). Acesso em: 03.09.11.

Dentre as instâncias de controle social do SUS, o Conselho Nacional de Saúde – CNS – destacou-se como um dos órgãos que participou da apreciação de demandas apresentadas por portadores de patologias até então tradicionalmente excluídas do âmbito de cobertura<sup>142</sup> dos planos privados, dentre as quais a AIDS, problemas renais crônicos e enfermidades mentais. Notou-se, igualmente, uma postura mais ativa por parte das entidades representativas de profissionais de saúde (cuja representatividade estendia limites para além do corpo médico) tais como as relativas a odontologia, fisioterapia e psicologia, que nutriam interesse pela extensão e regulamentação das coberturas, de forma que estas últimas não abrangessem única e exclusivamente procedimentos típicos da medicina.<sup>143</sup>

Se a atuação de usuários, seguradoras, médicos e demais profissionais de saúde foi importante para que o tema “regulação” passasse a compor a pauta de discussões políticas no país à época, o mesmo, alega a doutrina, não se pode dizer acerca do comportamento manifesto por líderes da Reforma Sanitária, gestores de políticas públicas de saúde e membros da academia<sup>144</sup> e de fóruns de controle social em saúde, além de trabalhadores organizados, cuja ausência foi particularmente sentida em função da inação do movimento sindical.<sup>145</sup>

---

<sup>142</sup>“Cobertura assistencial do plano privado de assistência à saúde, fem. Sin. *Cobertura; Cobertura Assistencial*. Segmentação assistencial de plano de saúde que garante a prestação de serviços à saúde que compreende os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos, odontológicos, atendimentos de urgência e emergência determinadas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde e contrato. Notas: i) Após a Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, a segmentação assistencial é categorizada em: ambulatorial; hospitalar com obstetrícia; hospitalar sem obstetrícia ou de referência. ii) A cobertura mínima em cada segmentação assistencial é a estabelecida no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).” BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Glossário temático: saúde suplementar** / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: [http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/glossario\\_sauade\\_suplementar.pdf](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/glossario_sauade_suplementar.pdf). Acesso em: 03.09.11.

<sup>143</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>144</sup> Em relação à alegada omissão dos intelectuais, deve-se atentar para a fala do professor Dalmo Dallari, durante a série de seminários “Olhares sobre a Saúde”, resultado de uma parceria entre o Centro Colaborador em Vigilância Sanitária (CECOVISA) da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo e o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC). Durante a palestra “Saúde: Responsabilidade do Estado”, comentando a fala do dr. Vidal Serrano acerca do silêncio dos intelectuais, o estudioso disse o seguinte: “Ele lembrou a questão do silêncio dos intelectuais. Eu tenho lido isso no jornal e com profunda irritação, porque eu sou dos intelectuais que foram silenciados. Eu publicava artigos - eu tenho que falar do milagre e dos santos -, eu publicava artigos na Folha de São Paulo com muita frequência e, a partir de certo momento, sem que eu fosse prevenido, eu continuava mandando artigos e recebia, algumas horas depois, uma pequena mensagem: ‘Agradecemos a remessa de seu artigo e lamentamos informar que ele não será publicado por falta de espaço’, e acabou o espaço definitivamente. Eles nos silenciam e depois dizem, com grande desfaçatez, que nós estamos silentes. É cinismo, puro cinismo. Abram espaço, sem parcialidade e preconceito, que os intelectuais falam”.

<sup>145</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo

Alega-se que em relação a este último, excetuando-se os sindicatos médicos, a despeito da possibilidade de geração de demandas por planos de saúde coletivos, responsáveis por uma composição expressiva do mercado, não foram envidados grandes esforços para a regulamentação da atividade privada no setor de saúde. A ausência de política concernentes à regulação originadas no ambiente universitário talvez possa ser entendida ao levar-se em consideração o fato de que a inclusão do tema “sistema supletivo de saúde” nas grades curriculares dos cursos de graduação e pós-graduação é relativamente recente.<sup>146</sup>

Enquanto o Estado se manteve omissos e as pressões vindas de todos os lados dos setores interessados na atividade regulamentatória ainda não se mostravam suficientes, a falta de regras transparentes relativas ao funcionamento do mercado e de instâncias de controle e fiscalização contribuía para o acirramento dos debates e para o aumento da tensão entre usuários e operadoras. O setor, que crescia e se desenvolvia, cujas regras de prestação de serviços não seguiam nenhuma cartilha de procedimentos oficiais deu margem a um ambiente propício ao cometimento de abusos e só não estava totalmente relegado a um auto-controle porque os seguros-saúde obedeciam às regras securitárias de então que entravam em conformidade com questões econômico-financeiras, mas ainda assim dissociadas de padrões mínimos de atendimento a usuários.<sup>147</sup>

Todavia, a despeito da alegada omissão do Estado em prover a regulamentação em termos normativos, como requerido pelo constituinte originário, não é correto afirmar que o setor estava completamente abandonado à própria sorte. Isso porque, seja com intensidade e formas diferentes, a atuação estatal se fazia sentir: por meio do patrocínio de auto-gestões<sup>148</sup>,

---

(USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>146</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>147</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>148</sup>“Autogestão, fem. Modalidade na qual é classificada uma entidade que opera serviços de assistência à saúde ou empresa que se responsabiliza pelo plano privado de assistência à saúde, destinado, exclusivamente, a oferecer cobertura aos empregados ativos de uma ou mais empresas, associados integrantes de determinada categoria profissional, aposentados, pensionistas ou ex-empregados, bem como a seus respectivos grupos familiares definidos. Nota: as autogestões podem ser classificadas em autogestão por RH, autogestão com mantenedor e autogestão sem mantenedor. Ver *Administradora de planos de saúde; Cooperativa médica; Cooperativa odontológica; Filantropia; Medicina de grupo; Modalidade de operadora; Odontologia de grupo;*

nos casos em que servidores públicos eram beneficiários, por meio do subsídio a convênios-empresa, cujo estabelecimento remontava ao regime de exceção democrática, ou, indiretamente, por meio de renúncia fiscal (que possivelmente foi uma das causas para a redução no financiamento destinado ao SUS, tal como apontado anteriormente).<sup>149</sup>

O Código de Defesa do Consumidor, cuja promulgação se deu logo no limiar da década de 90, desempenhou relevante papel na defesa dos interesses dos participantes de planos privados de assistência à saúde. Porém somente a edição da chamada Lei dos Planos de Saúde, antecedida pelo Projeto de Lei supracitado nº 4.425/94 e pela Resolução nº 1.401 do Conselho Federal de Medicina, em 1998 foi capaz de abrandar o acirramento dos conflitos e a pressão exercida pela sociedade.<sup>150</sup>

#### **2.2.4. Lei nº 9.656/98: a relevante mobilização gerada em prol de sua promulgação para a regulamentação do setor**

Como relatado brevemente em linhas anteriores, o processo que culminou com a aprovação, edição e publicação da Lei dos Planos de Saúde, ou Lei nº 9.656/98, teve início com a tramitação do PL nº 4.425/94 o qual, na verdade, recebeu esta numeração ao chegar à Câmara dos Deputados, uma vez que, em sua origem, quando inicialmente proposto pelo senador Ivam Saraiva (PMDB/GO) recebeu a numeração de PL 93/93 voltando-se à proibição de exclusões contratuais de cobertura de enfermidades. Tenso sido aprovado entre os senadores, o PL 93/93 seguiu para a casa legislativa seguinte, local em que, após o moroso processo de apreciação brevemente descrito nas linhas anteriores, a ele foram apensados outros doze projetos de lei, além da sentida influência do poder executivo, que acenava com uma possível intervenção direta na questão, o qual propôs o PL 1.975/96.<sup>151</sup>

---

*Seguradora especializada em saúde.*” BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Glossário temático: saúde suplementar** / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario\\_saude\\_suplementar.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario_saude_suplementar.pdf). Acesso em: 03.09.11.

<sup>149</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>150</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo.** Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>151</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Relata-se que a tramitação do PL nº 4.425/94 foi conturbada não só pelo processo lento e truncado ao qual se submeteu, mas igualmente pelas alterações que o projeto inicial sofreu e que levaram a uma mudança substancial de seu texto original. Isso porque, um ano após a criação da Comissão Especial criada com o fim de apreciar o projeto de lei em questão e seus apensos, o relator designado, deputado Pinheiro Landim, foi acusado de realizar diversas alterações em seu relatório acompanhado da proposta de um PL substitutivo. Tal atitude desagradou a entidades voltadas à proteção de interesses da classe médica e de consumidores, além de ter gerado descontentamento entre os próprios parlamentares, que apontavam uma coincidente aproximação do texto alterado com os interesses das operadoras de planos privados de assistência à saúde.<sup>152</sup>

Dentre os problemas apontados em função da nova redação, a regulamentação ficaria a cargo da Superintendência de Seguros Privados (Susep) e do Ministério da Fazenda. O que equivaleria a deixar a regulação a cargo do próprio setor, ou seja, após um longo processo de discussões e reivindicações dos mais diversos grupos de interesses, algo que frustraria as expectativas criadas e não cumpriria o disposto constitucional adequadamente, ainda que um órgão do executivo tivesse alguma participação na regulação. Ademais, o substitutivo desobrigava a cobertura obrigatória por parte dos planos de saúde de doenças e lesões pré-existentes, o que maculava o objeto principal do projeto original.<sup>153</sup>

De se notar que, pautando a agenda do Legislativo acerca da regulação, elencavam-se os seguintes temas como prioritários: a ampliação das coberturas, o regramento da entrada do capital estrangeiro, a alteração das regras que demarcavam a competição, por intermédio do controle da solvência e das reservas técnicas das empresas que atuavam no setor, além do ressarcimento ao SUS, anteriormente mencionado, nos casos em que pagantes do sistema privado recorressem a seus serviços. Em relação a esta última necessidade, que constituía em pleito, principalmente, dos secretários estaduais de saúde, houve uma tentativa

---

(USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>152</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>153</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

de viabilização, quando no governo do então presidente Itamar Franco, que editou o Decreto Federal nº 1.232/94, porém sem êxito.<sup>154</sup>

Nesse período, que compreendeu discussões dos mais variados matizes, alguns atos públicos, sobretudo na região sudeste, consistiram em marcos acerca da necessidade de se trabalhar a questão com um olhar apurado. Assim, utilizando o lema “Os planos de saúde devem cobrir todas as doenças”, manifestantes se reuniram nas escadarias do Teatro Municipal em São Paulo com o objetivo de alertar os demais acerca da regulamentação dos planos privados. Emblematicamente, estes estavam com os olhos vendados e contavam cerca de duzentas pessoas, que objetivavam deitar luzes sobre a “cegueira” dos que ignoravam os problemas contidos, inclusive, nos projetos de lei discutidos no âmbito legislativo.<sup>155</sup>

Outro marco na luta pela regulamentação em consonância com interesses que abrangessem intenções além daquelas expostas pelas empresas do setor consistiu no Dia Nacional de Luta Pela Regulamentação dos Planos de Saúde que envolveu manifestações não só no eixo Rio-São Paulo como em outras capitais. Participaram do movimento entidades tradicionalmente envolvidas com causas trabalhistas, dentre as quais a Central única dos Trabalhadores (CUT) e a central Geral dos Trabalhadores (CGT), além de outras associações cujas características não eram necessariamente semelhantes àquelas. No dia seguinte uma caravana dirigiu-se à Brasília para promover o tema, promoção essa de responsabilidade do Conselho Nacional de Saúde com o intuito de esclarecer parlamentares sobre dificuldades contidas no relatório da Comissão Especial designada para apreciação do PL nº 4.425 de 1994.<sup>156</sup>

No ano de 1997, já na presidência do país, Fernando Henrique Cardoso, manifesta-se publicamente acerca da necessidade de regulamentação dos planos de saúde no país, contribuindo para expor as fragilidades do sistema e, sobretudo, daqueles que dele

---

<sup>154</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo.** Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>155</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo.** Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>156</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo.** Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

dependiam. Algumas práticas dos planos foram taxadas de “vergonhosas” e vieram acompanhadas de promessas de regulamentação do setor. De acordo com ele, à época: “Existe abuso na questão da idade. De repente, fez sessenta anos, meu caso, já vai ter que pagar uma fortuna para poder continuar no plano, prazos de carência. Enfim, uma série de mecanismos que são inaceitáveis. Acho que o Congresso agora está percebendo a situação. Vai ter que atuar em benefício do mutuário”.<sup>157</sup>

Diante da força política contida no discurso, uma ampla mobilização foi desencadeada de imediato e dirigida ao Senado Federal a fim de que o texto que havia sido aprovado pela Câmara sofresse rejeição ou modificação em razão de problemas descritos anteriormente, como a regulação deixada a cargo da Susep e a exclusão de doenças. A repercussão gerada foi sentida também por parte do Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça dos Ministérios Públicos Estaduais, responsável pela aprovação de uma moção de repúdio ao texto sancionado pela Câmara sugerindo ao Senado que o rejeitasse em sua totalidade. A justificativa de então era a de que a nova redação aprovada pelos deputados representava um imenso e inaceitável retrocesso social e jurídico, que afetaria os quarenta milhões de usuários de planos e seguros privados de então.<sup>158</sup>

O repúdio manifesto pelos procuradores foi acompanhado por trezentas entidades da sociedade civil, segundo apontam os observadores do tema, responsáveis pelo lançamento do manifesto intitulado “Saúde Não é Mercadoria”. O próprio Conselho Nacional de Saúde aprovou por unanimidade outra proposição de rejeição por parte dos senadores do projeto discutido pelos deputados. Até mesmo a Associação Brasileira de Medicina de Grupo – Abramge - estopim do descontentamento gerado com o relatório formulado pelo deputado Pinheiro Landim acusado de apresentar uma proposta cópia daquela elaborada pela Abramge<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> “FHC promete regulamentar os planos de saúde no país”. Correio Braziliense, Brasília, 02/09/1997. In: SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>158</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>159</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo

Coube a esta associação, por sua vez, queixar-se do que entendia ser uma rigidez na regulamentação, tal como proposta. Isso porque, segunda ela, a entrada em vigor da lei, nos termos da redação de então, inviabilizaria a continuação das atividades exercidas especialmente por pequenos planos de saúde das regiões Norte, Nordeste e do interior dos estados da região Sul. Coincidentemente, outras entidades que compõe o sistema privado de assistência à saúde também passaram a enxergar problemas na nova redação. Os planos de saúde de autogestões, semelhantemente, pugnavam por sua exclusão da regulamentação por entenderem que ela impossibilitava a execução de seus serviços. Já as Unimed subitamente passaram a se solidarizar com os consumidores alegando que o projeto não lhes trazia benefícios, além de inviabilizar as cooperativas médicas, “porque o forçava a submeter-se aos estatutos do Susep, adotando normas e procedimentos comuns às seguradoras, além de provocar uma capitalização intensiva”<sup>160</sup>

Já em 1998, como resultado de uma deliberação veiculada no seio do Conselho Nacional de Saúde, após meses que envolveram debates e consultas públicas, foram apresentadas várias propostas que serviram de referencial para entidades da sociedade civil com representatividade junto ao CNS e junto ao movimento pró-regulamentação (liderado por entidades médicas, ONGs de defesa de enfermos e portadores de necessidade especiais, além de órgãos de defesa do consumidor). Dentre as propostas que se destacaram, elencam-se: i) a cobertura universal de todas as doenças, procedimentos e exames (que se compatibiliza com a proibição de exclusão de atendimento a doenças preexistentes, crônicas, congênitas, infecto-contagiosas, além de procedimentos de alta complexidade); ii) o fim dos prazos de carência<sup>161</sup> e limitação do tempo de internação; iii) proibição do aumento das mensalidades em função da

---

(USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>160</sup> C.f “Unimed teme pelo fim do cooperativismo na saúde”. Folha de São Paulo, São Paulo, 19/11/1997. SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>161</sup> Em tempo, há que se apontar o conceito de ‘carência’ veiculado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar: **Carência de plano privado de assistência à saúde**, fem. Período corrido e ininterrupto, contado a partir da data de início da vigência do contrato do plano privado de assistência à saúde, durante o qual o contratante paga as contraprestações pecuniárias, mas ainda não tem acesso a determinadas coberturas previstas no contrato. Nota: os prazos máximos de carência, segundo a Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, são: a) urgência e emergência: 24 horas; b) parto, a partir da 38.a semana de gravidez: 300 dias (o parto que ocorre antes dessa semana gestacional é tratado como um procedimento de urgência); c) demais casos (consultas, exames, internações, cirurgias): 180 dias. BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Glossário temático: saúde suplementar** / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario\\_saude\\_suplementar.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario_saude_suplementar.pdf). Acesso em: 03.09.11.

mudança de faixa etária; iv) livre escolha dos médicos e demais profissionais e serviços de saúde pelos usuários, enfim pagantes; v) ressarcimento ao SUS sempre que comprovado o atendimento de conveniados pelo sistema público de saúde; vi) participação do Ministério da Saúde na elaboração normativa e na atividade fiscalizatória junto aos planos de saúde; proteção adicional aos beneficiários de planos de saúde coletivos que sofrerem demissão ou entrarem com pedidos de aposentadoria;<sup>162</sup>

Em meio ao processo legislativo supracitado, o Conselho Federal de Medicina - CFM deliberou no sentido da ampliação de direitos dos pacientes, acenando com uma conquista há muito desejada, qual seja, uma resolução que obrigasse os planos de saúde privados a oferecer cobertura a todas as doenças reconhecidas pela Organização Mundial de Saúde - OMS. Trata-se da Resolução nº 1.401 aprovada em 1993 a qual, todavia, teve sua legalidade questionada e ainda hoje permanece sendo citada em algumas decisões judiciais, a despeito da tentativa de garantia de uma ampla e total liberdade aos pacientes do momento de escolha do profissional de saúde que lhes atenderia e dos meios diagnósticos e terapêuticos, além do estabelecimento hospitalar em que receberiam atendimento.<sup>163</sup>

Um dos méritos da resolução em questão, porém, foi ter se tornado instrumento de mobilização que desencadeou uma manifestação política voluntária voltada à criação de uma lei de iniciativa do CFM, em que grupos de defesa de patologias específicas (tais como as já citadas AIDS, enfermidades que acometem portadores de problemas renais crônicos, pacientes de saúde mental e hemofílicos) se uniram a órgãos de defesa do consumidor e entidades médicas a fim de denunciar a exclusão de coberturas.<sup>164</sup>

Por fim, a regulamentação compreendeu um processo em que foram percebidos esforços no sentido de priorização de uma modernização/racionalização do setor que atentasse para o estabelecimento no mercado de seguradoras eficientes, cujos interesses mantivessem o

---

<sup>162</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo.** Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>163</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo.** Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>164</sup> SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo.** Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

mínimo de isenção ética em relação a compromissos políticos locais e fossem compartilhados por sindicatos de trabalhadores.<sup>165</sup>

Infelizmente, a mudança dos novos artigos, anteriormente citados, que causaram certa perplexidade, não foi possível no retorno do projeto para reapreciação do Senado Federal, motivo pelo qual as mobilizações geradas por organizações de médicos e consumidores, apoiadas naquele momento pelo ministério da saúde, só obtiveram êxito na exclusão de alguns artigos, com a promessa política de modificação de outros pontos atinentes à matéria por meio da edição de medidas provisórias, assim que sancionada a nova lei, corroborando o envolvimento direto do Executivo com a questão.<sup>166</sup>

Promulgada, a Lei nº 9.656/98, a etapa inicial do processo legislativo foi encerrada contando com a edição complementar de quarenta e quatro medidas provisórias, as quais foram apontadas como o resultado de uma intervenção excessiva por parte do Executivo e de sua incapacidade de implementação de um consenso em torno da conformação da política regulatória da saúde privada no país. Tal fato, observa a doutrina, ia de encontro a uma regulação pactuada sob bases genuinamente democráticas, já que a produção normativa extraordinária e originada por um único poder minimizava a participação do Congresso Nacional e de entidades da sociedade civil no processo criativo de uma legislação que se coadunasse com um conceito ampliado de saúde e legitimasse a proposta de regulação apresentada.<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> BAHIA, Lígia. **Mudanças e padrões das relações público-privado: seguros e planos de saúde no Brasil. 2000.** Tese (Doutorado em Saúde Pública). Faculdade de Medicina. Universidade federal do Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum\\_saude/forum\\_bibliografias/abrangenciadaregulacao/AA10.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/abrangenciadaregulacao/AA10.pdf). Acesso em: 11.06.11

<sup>166</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>167</sup> GAMA, Anete Maria ET al. O espaço da regulamentação dos planos e seguros de saúde no Brasil: notas sobre a ação de instituições governamentais e da sociedade civil. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v.26, nº 60, 2002, p. 71-81. In: TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

### 3. Práticas questionáveis em sede de assistência à saúde no país pelo mercado privado

#### 3.1 Contratos de prestação de serviços em saúde: relações contratuais privadas X direito fundamentais

Um estudo, ainda que breve, das particularidades que envolvem os contratos privados de prestação de serviços em saúde não poderia deixar de deitar luzes sobre as diversas leituras que têm acometido este instrumento de pactuação de interesses. Nesse sentido, ao recuperar-se o paradigma do Estado Liberal, recorda-se a predominância da liberdade formal, que se coadunava com a concepção de igualdade puramente formal, responsável pela conformação da contratualidade clássica em que, ao menos em tese, o contrato era objeto de uma livre discussão entre os pactuantes acerca do teor de suas cláusulas. No período em questão, a alegada neutralidade da ideia do contrato permitia que este fosse protegido sob o escudo da intangibilidade, consubstanciada no preceito de que o acordo de vontades se estabelecia entre sujeitos livres e iguais. Sob a égide deste paradigma, o regime jurídico de contratos alicerçados na vontade marcou as codificações no século XIX.<sup>168</sup>

Como eixos em torno dos quais girava a concepção contratual clássica, emergiram, ou tornaram-se ainda mais evidentes, as expressões “liberdade individual” e “autonomia da vontade”, sob as quais a noção de contrato desenvolveu-se no preciso contexto histórico do Estado Moderno, com ápice coincidente com o predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século supracitado, pano de fundo para a elaboração da teoria do negócio jurídico.<sup>169</sup>

Uma vez predominante a concepção de liberdade formal, a ingerência estatal no âmbito privado não encontrava lugar, em uma evidente alusão à separação dicotômica entre público e privado, tão característica daquele período. Assim sendo, com a sentida e nítida separação entre Estado e sociedade, a autonomia dos particulares assumiu relevância tal que a eles foi deferida, quase que totalmente, a formação de uma ordem privada. O contrato, por sua vez, arquétipo da formalização de vontades bilaterais (ou plurilaterais) dessa mesma ordem, estabeleceu-se segundo a máxima do *pacta sunt servanda* (ou “cumpra-se o

---

<sup>168</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito das relações Sociais) - Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao\\_Schulman.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1). Acesso em: 11.06.11.

<sup>169</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O Contrato – Exigências e Concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 13. In: SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito das relações Sociais) - Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao\\_Schulman.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1). Acesso em: 11.06.11.

pactuado”), segundo a qual, uma vez pactuado, o instrumento assemelhava-se a uma lei entre as partes, sendo sua excoutoriedade de cumprimento obrigatório, suas cláusulas intangíveis, como exposto em linhas anteriores, e seus efeitos relativos (ou limitados) aos pactuantes, sem extensão a terceiros que porventura não estivessem inicialmente abrangidos no acordo celebrado.<sup>170</sup>

As leituras posteriores acerca de como as relações contratuais seriam ou de que modo deveriam se caracterizar-se passou por uma acepção social, que reprimiu a centralidade da autonomia da vontade, a qual passou a sofrer um suposto esvaziamento, e alçou os desníveis de poder entre os contratantes à percepção comum relativas às desigualdades que marcavam os contratos. Nesse aspecto as considerações de Orlando Gomes mostram-se pertinentes já que:

O propósito de dar ao equilíbrio social sentido mais humano e moralizador conduziu a política legislativa para vigorosa limitação da autonomia privada. Dimanam as restrições, mais enérgica e ostensivamente, da direção estatal da economia, que se tornou corrente ate nos países mais apegados ao liberalismo. Em conseqüência, da política intervencionista, deixou de ser livre, em vários contratos, a determinação do seu conteúdo ou de um de seus elementos típicos; em outros, perdeu uma das partes a liberdade de escolher a outra; certas pessoas são obrigadas a contratar; a formação de alguns contratos necessita autorização da autoridade administrativa e assim por diante. Surgiram em conseqüência, novas figuras jurídicas que excedem o modelo clássico de contrato, lhe alteram a configuração e impõe a necessidade de rever seu próprio conceito.<sup>171</sup>

Desta feita, notou-se, sobremaneira, uma abertura da contratualidade clássica para o social atrelada ao fortalecimento da incipiente ideia de justiça material. Entretanto, o advento de uma nova concepção acerca dos contratos foi marcada não por uma aceitação unânime e pacífica daqueles que se dedicavam ao estudo dos pormenores que envolviam a questão. Paulatina e, em função disso, sem trazer rupturas repentinas, a racionalidade do contrato

---

<sup>170</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito das relações Sociais) - Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao\\_Schulman.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1). Acesso em: 11.06.11.

<sup>171</sup> GOMES, Orlando. **Transformações Gerais no Direito das Obrigações**. Sao Paulo: RT, 1976. p. 7. In: SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito das relações Sociais) - Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao\\_Schulman.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1). Acesso em: 11.06.11.

contemporâneo, ainda assim, chocou-se com aquela que caracterizava o contrato na sua acepção mais clássica, em função de uma nova principiologia que lhe acompanhava.<sup>172</sup>

Desse modo, os princípios contratuais clássicos, que abrangem: a força obrigatória dos contratos (contida no preceito *pacta sunt servanda*), a autonomia da vontade e a relatividade entre as partes foram de certo modo flexibilizados por novos princípios, que compreendem: a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico financeiro.<sup>173</sup>

As mudanças em questão fazem parte e auxiliam a compreensão da evolução contemporânea do direito civil, que passa necessariamente pelo advento do Estado Liberal e pela afirmação do individualismo jurídico, antes de se abrir para uma perspectiva mais ampla, que leve em consideração aspectos de desigualdade material. Nesse processo, constitucionalismo e codificação mostraram-se contemporâneos cabendo a cada um, respectivamente, em um primeiro momento, a limitação do Estado e do exercício dos poderes políticos (papel atribuído às Constituições) e o asseguramento do mais amplo espaço de autonomia no plano individual, especialmente no campo econômico, função dos códigos.<sup>174</sup>

Vale dizer que os códigos civis tiveram como referencial central o “homem de bem” (ou de bens) termo que designa o cidadão dotado de patrimônio, membro da burguesia liberal alheio ao controle ou limitações de ordem pública. Este encaixava-se no ideal iluminista de alcance da plenitude a partir do domínio sobre bens materiais, a partir da detenção da propriedade. Nesse aspecto, a liberdade dos modernos se opunha à liberdade dos antigos (que encontrava razão de ser no exercício da política, tratando-se de uma liberdade positiva), vez que se caracterizava como sendo uma liberdade negativa, de não imposição ou não-interferência na esfera de autonomia individual. Assim, livre era aquele que detinha

---

<sup>172</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito das relações Sociais) - Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao\\_Schulman.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1). Acesso em: 11.06.11.

<sup>173</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito das relações Sociais) - Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao\\_Schulman.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1). Acesso em: 11.06.11.

<sup>174</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.36 n. 141 jan/mar. 1999. Disponível em: <http://www.alaerciocardoso.adv.br/arquivos/CONSTITUCIONALIZACAO%20DO%20DIREITO%20CIVIL%20-%20PAULO%20LOBO.pdf>. Acesso em: 08.10.11.

capacidade de usar, gozar e dispor de seus bens irrestritamente, salvo por limitações de ordem pública ou pelos ditames traçados pelos bons costumes.<sup>175</sup>

As etapas que se seguiram à fruição dessa liberdade desmedida, em um primeiro momento conquistada e posteriormente explorada em demasia, levaram à incorporação da liberdade e igualdades jurídicas ao catálogo de direitos das pessoas humanas, posto que nenhuma ordem jurídica democrática pode delas abrir mão. Entretanto, o Estado Social cuja ideologia pode ser traduzida em valores de justiça social ou distributiva, promoveu uma reinterpretação dos postulados anteriores, e aqui a alegoria, segundo a qual a eficácia objetiva dos direitos fundamentais funciona como filtro por meio do qual todo o ordenamento jurídico passa a ser visto, volta a fazer todo sentido.

Após essas considerações, passa-se a uma avaliação contemporânea dos contratos de prestação de serviços em saúde, tendo em vista a incidência do direito fundamental à saúde, posto que esta última constitui objeto principal deste tipo de pactuação, não podendo ser desconsiderada a eficácia horizontal, que vai atingir diretamente as relações entre beneficiários e prestadores deste tipo de serviço, que se sujeitam a todo um escopo normativo que regulamenta o exercício de suas atividades.

Diz-se que a relação entre usuários e operadoras de planos de saúde perfaz típica relação de consumo, sendo, portanto, tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC – caracterizado como norma de ordem pública e interesse social, promulgada a luz de valores resguardados pela Constituição Federal de 1988. Ademais, com o intuito de conferir tratamento específico à questão, foi promulgada a Lei nº 9.656/98 – Lei dos Planos de Saúde – no âmbito da legislação infraconstitucional, além de outras normas aplicáveis à matéria, a serem expostas em momento oportuno.<sup>176</sup>

Para entender a necessidade de tratamento da questão sob uma ótica sensível à incidência da teoria de direitos fundamentais, sobretudo o direito fundamental à saúde, é razoável atentar para o fato de que aquele que busca contratar uma operadora privada de assistência à saúde busca segurança, previsibilidade e, sobretudo, proteção contra riscos

---

<sup>175</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.36 n. 141 jan/mar. 1999. Disponível em: <http://www.alaerciocardoso.adv.br/arquivos/CONSTITUCIONALIZACAO%20DO%20DIREITO%20CIVIL%20-%20PAULO%20LOBO.pdf>. Acesso em: 08.10.11.

<sup>176</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

eventuais e futuros. Seja por que motivo for (novamente, não sendo o objetivo deste trabalho o achincalhamento do sistema público de saúde), enxerga-se no sistema privado uma alternativa aos serviços oferecidos pelo SUS, alternativa essa que se apresenta como aquela que cumprirá satisfatoriamente as expectativas daqueles que a ele recorrem, preservando-se os valores supracitados. Desse modo, verifica-se, na contratação com tais operadoras, a formalização da transferência legal de riscos futuros que envolvem a saúde do consumidor e de seus dependentes, riscos estes que passam a ser de responsabilidade das empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras.<sup>177</sup>

A adesão a um plano de saúde, assim, implica o mínimo de correspondência entre as expectativas nutridas pelo consumidor (que se traduzem não só como meras expectativas, mas como direitos subjetivos de um contratante que paga mensalmente para obter determinado serviço) e o contratado. Semelhante aos contratos de seguros em muitos aspectos, o contrato de plano de saúde, que pode inclusive assumir a forma em questão, tem por objetivo a garantia de indenização contra evento futuro e incerto que atente contra a saúde do contratante, que passa à qualidade de beneficiário.<sup>178</sup>

Esse tipo de contrato tem como objeto principal a transferência onerosa dos riscos relativos à futura necessidade médica ou hospitalar. Dentre os objetivos manifestos pelos consumidores ao contratarem com as empresas desse mercado elencam-se: a efetiva cobertura universal dos riscos à saúde própria e de seus dependentes (objeto de demanda exaustiva quando no processo de regulamentação normativa do setor) e a adequada prestação direta, ou por intermédio de terceiros (quando assim pactuado), dos serviços de assistência médica, odontológica ou de outra ordem pertinente ao objeto “saúde”. Para obtenção de tais objetivos, os consumidores estabelecem relações de convivência e verdadeira dependência com os fornecedores das prestações materiais sob análise, as quais, não raro, perduram por anos a fio, mediante o pagamento, geralmente mensal, de contribuições ou prêmios, ainda que

---

<sup>177</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de assistência à saúde e de assistência médica no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.22, nº64, jul.1995. In: TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>178</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de assistência à saúde e de assistência médica no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.22, nº64, jul.1995. In: TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

durante esse período permaneçam sem usufruir de um único serviço, sujeitando-se às instruções das regulamentadoras dos fornecedores.<sup>179</sup>

Em reconhecimento à situação de vulnerabilidade da pessoa física adquirente de um plano de saúde, o CDC, em atenção à Política Nacional das Relações de Consumo, valoriza a boa-fé e o equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores, vedando a incidência de abusos. A boa-fé objetiva (cujas origens remontam à mitigação da rigidez contratual clássica), cláusula geral incidente sobre os contratos da contemporaneidade, impõe a observância de critérios mínimos, dentre os quais a lealdade, de sorte que constitui dever das partes atentar para direitos e obrigações implícitos e explícitos no instrumento contratual manifestando uma conduta proba e escorreita. O próprio código civil, não obstante seu caráter patrimonialista, acolhe dispositivos que prestigiam a boa-fé e os usos e costumes do local de celebração de um negócio jurídico, permitindo a anulação daqueles constituídos sob condições ilícitas, erro, ignorância ou dolo, em reconhecimento à dignidade da pessoa humana e a igualdade material entre os indivíduos o que, em última instância, reverencia valores constitucionais.<sup>180</sup>

Há que se ressaltar que a doutrina propugna pela existência de fortes ligações entre as razões que levaram o legislador infraconstitucional, que participou da redação do CDC, a adotar a boa-fé objetiva e os valores resguardados no seio da Constituição Federal. Atribui-se, inclusive, a aplicação das ‘cláusulas legais contidas na legislação ordinária’ (tais como a diligência e a boa fé) à existência de valores em consonância com aqueles prestigiados na carta constitucional, a qual, reconhecidamente, fundamenta-se na cidadania, objetiva a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de orientar-se (e orientar toda a construção normativa do ordenamento jurídico) pela prevalência dos direitos humanos.<sup>181</sup>

<sup>179</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de assistência à saúde e de assistência médica no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.22, nº64, jul.1995. In: TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais Superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Acesso em: 31 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 14 de novembro de 2011.

<sup>180</sup> Em tempo, basta uma rápida leitura de alguns artigos, a título de exemplo, do Código Civil para que se comprove o alegado. Art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; Art. 123: “Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados: II – as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita; Art. 138: “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que [leia-se ‘não’] poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Art. 145: “São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa”.BRASIL, Código Civil de 2002. **Lei nº 10.406 de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 11.06.11.

<sup>181</sup> Neste sentido, C.f. arts. 1º, 3º e 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. BRASIL, BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro

Dessa forma, a chamada “nova postura metodológica” adotada pelo legislador infraconstitucional, que, indubitavelmente, reverencia a prevalência de valores existenciais sobre situações patrimoniais, é imputada à incontroversa opção pela tutela da famigerada dignidade da pessoa humana. Desta feita, diz-se que:

(...)em momento de extrema felicidade, no tocante à observância dos princípios constitucionais fundamentais – da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, integrantes do Estado Social de Direito, optou por prestigiar incisivamente os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações, que inequivocamente, restringem a importância antes conferida à vontade individual.<sup>182</sup>

Nestes termos, a Constituição se estabelece como instrumento do processo civilizatório, que alcança máxima hierarquia dentro de um sistema jurídico e toma para si a responsabilidade pela conservação das conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade, garantindo o avanço democrático com vistas à preservação de bens jurídicos socialmente desejáveis, ainda que estes não tenham sido efetivamente alcançados. Caberá ao direito constitucional moderno, por sua vez, investido de força normativa, ordenar e, por conseguinte, conformar a realidade social e política, por meio da imposição de deveres e asseguramento de direitos.<sup>183</sup>

Direcionando-se com o propósito de garantir a fruição de direitos fundamentais pelos indivíduos, além de direcionar o Estado no exercício de suas funções, cabe às normas constitucionais, segundo o princípio da supremacia da Constituição, erigir não um sistema que se esgota em si, mas viabilizar um mecanismo de leitura e interpretação das demais normas jurídicas, ou seja, todas as demais normas infraconstitucionais existentes, estando o Código de Defesa do Consumidor naturalmente incluso em seu plano de delimitação e alcance.<sup>184</sup>

---

de 1988. Artigos 5º a 17. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 11.06.2011.

<sup>182</sup> SLAWINSKI, Cláudia Barbosa Abreu. Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000. *apud* MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de assistência à saúde e de assistência médica no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.22, nº64, jul.1995. In: TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>183</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

<sup>184</sup> SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações judiciais por alegado erro médico**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

Assim, levando em consideração o fato de que o homem jamais deve ser transformado em objeto ou meio para a consecução dos objetivos de outrem, por ser dotado de um valor que o eleva a um patamar acima de quaisquer especulações de ordem material, a Constituição assume uma identidade política, ética e jurídica, traduzida pela dignidade da pessoa humana, que vai informar normas, que por sua vez, informam instrumentos contratuais que as tenham como base.<sup>185</sup>

Sendo assim, o CDC, observando a prevalência da boa-fé nas relações de consumo, mantém a estabilidade dos preceitos constitucionais que informam a legislação como um todo e promove a harmonização desses mesmos princípios com os contratos por eles informados. Nesse sentido, a própria ordem econômica é realçada por um preceito tanto ético quanto econômico, já que a boa-fé também se liga à funcionalidade econômica do contrato e se submete às finalidades econômicas e sociais perseguidas por ele. O contrato passa a ser informado, tanto externa quanto internamente, pela boa-fé e por todos os preceitos que a acompanham. No plano externo, assume uma função social e integra a ordem econômica demonstrando obediência a princípios constitucionais tais como: a justiça social, a solidariedade, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa, dentre outros. No plano interno, o instrumento contratual se porta como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, as quais, por seu turno, se comprometem a garantir a realização dos fins deste instrumento e a plena satisfação recíproca das expectativas postas à mesa.<sup>186</sup>

No que toca às demais características dos contratos de planos de saúde, igualmente presentes em outros contratos de consumo, a forma de participação do usuário/consumidor na avença é marcada pela impossibilidade de transigência sobre as condições de contratação. Trata-se, assim, do famoso contrato de adesão, no qual a um dos pactuantes não resta outra alternativa que não a concordância com os termos do negócio jurídico então formalizado. Segundo Orlando Gomes, nele, compete a uma das partes “aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica”.<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

<sup>186</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.14, abr/jun.1995, p.20-27. In: SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações judiciais por alegado erro médico.** Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>187</sup> GOMES, Orlando. Contratos. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001 *apud* TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais**

O próprio CDC conceitua o contrato de adesão como sendo “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”<sup>188</sup> Sendo assim, o pactuante economicamente mais forte acaba por “ditar as regras do jogo” estabelecendo as condições contratuais mediante um modelo uniforme que se abre a poucas possibilidades de discussão por parte do consumidor, cujo espectro de escolha, não raro, é mínimo e abrange somente sua identificação, o objeto e o preço sob o qual os serviços serão executados. Com os contratos de planos de saúde não é diferente havendo ainda um campo adicional no qual o candidato a beneficiário, para fins de imposição de carência por doença ou lesão pré-existentes, declara suas condições de saúde.<sup>189</sup>

Outra característica dos instrumentos de adesão a serviços prestados por operadoras que atuam no setor de saúde suplementar é o fato de consistirem em contratos cativos de longa duração, ou “contratos de trato sucessivo”, em que a situação de dependência em relação à operadora se perdura no tempo, alimentando-se expectativas legítimas de prestações ininterruptas dos serviços, obviamente enquanto pagos e, mesmo em face de um eventual inadimplemento, espera-se que haja razoabilidade quando da interrupção da assistência à saúde anteriormente contratada. A doutrina especializada denomina tal aspecto do pacto contratual que se estabelece entre consumidores e operadoras de “relação de catividade”. Nele, são lançados métodos de contratação em massa de fornecimento de serviços especiais no mercado, por meio da criação de relações jurídicas marcadas pela complexidade e pela longa duração no tempo, com o envolvimento de uma cadeia de fornecedores organizados entre si.<sup>190</sup>

---

**Superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Acesso em: 31 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>188</sup> BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078/90.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 11.06.11.

<sup>189</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>190</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de assistência à saúde e de assistência médica no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.22, nº64, jul.1995. In: TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

### 3.2 Conflitos, limites e garantias afetos aos titulares do direito à saúde no âmbito das relações privadas

Inevitavelmente, toda relação jurídica, em especial as contratuais, (sobretudo quando revestidas pela forma de contratos de adesão) é passível de questionamentos, seja em razão do meio pelo qual se constituiu, dos mecanismos de adimplemento das obrigações assumidas por cada uma das partes envolvidas, do exaurimento destas mesmas obrigações, dentre outros. Como visto, nas relações contratuais estabelecidas no seio da saúde suplementar, que formalizam a contratação de fornecedores de serviços desse mercado específico, restam configuradas típicas relações de consumo, as quais, regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, promovem uma reinterpretação das normas de natureza privada, e com ela, ponderações na aplicação irrestrita do princípio da autonomia da vontade.<sup>191</sup>

Nesse aspecto, como observado, os princípios constitucionais incidem sobre a elaboração e aplicação das normas hierarquicamente subordinadas à Carta Magna e promovem a ponderação supracitada pela observância da isonomia substancial, dignidade da pessoa humana e realização plena da personalidade individual. Ademais, o CDC apresenta, como resultado da materialização destes princípios, outros deles decorrentes tais como: a já citada boa-fé objetiva, a interpretação mais favorável ao consumidor, a possibilidade de inversão do ônus da prova diante da verossimilhança do pedido ou da hipossuficiência. Todos resultantes da preocupação constitucional com a redução de desigualdades e com o efetivo exercício da cidadania.<sup>192</sup>

Não sendo hermeneuticamente auto-suficiente, o CDC se abre para a interpretação constitucional, nela encontrando fundamento de validade, e as cláusulas contratuais que sofrem sua incidência, por conseguinte, não têm seu exame limitado a um mero controle de ilicitude ou à conformidade com as normas que regulamentam a matéria atinente a seu objeto. Estas cláusulas também servem para que se verifique se determinada atividade econômica atende concretamente a valores constitucionais.<sup>193</sup>

No que toca aos negócios jurídicos envolvendo operadoras de planos privados de assistência à saúde, seus beneficiários têm à disposição tanto o papel equilibrante das relações de consumo regidas pelo CDC, quanto a incidência de normas específicas, que

<sup>191</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais**. 6.ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.p.10.

<sup>192</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: Temas de direito civil. 2.ed. Rio de Janeiro: renovar, 2001. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais**. 6.ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.p.11.

<sup>193</sup> TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: Temas de direito civil. 2.ed. Rio de Janeiro: renovar, 2001. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais**. 6.ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.p.11.

regulamentam pontos sensíveis relativos à saúde suplementar e que lhe conferem detalhamento específico, dentre as quais a Lei nº 9.656/98, cujo processo de elaboração foi objeto de análises detidas no subcapítulo anterior.<sup>194</sup>

Ambos, CDC e Lei nº 9.656/98, estabelecem uma relação de complementaridade recíproca e harmônica, quando no trato da matéria “saúde suplementar”, sendo responsabilidade desta última o esclarecimento acerca de minúcias cujo tratamento por meio do Código seria indesejável, dado a maior generalidade que lhe é característica e a sua vocação para a conformação de perspectivas e diretrizes, sendo sua aplicação requerida quando a Lei dos Planos de Saúde se fizer silente. Vale ressaltar que a aplicação de ambas, porém, é concomitante, inexistindo razão para a alegação de “conflito de leis no tempo”.<sup>195</sup>

Na relação de complementação recíproca que se estabelece, o usuário se beneficia em razão da existência de todo um conjunto normativo destinado à sua proteção, caso tenha eventuais problemas com os contratos pactuados com as operadoras, os quais se mostram cada vez mais freqüentes. Por meio do diálogo estabelecido entre a norma inferior e a superveniente, cria-se um arcabouço de proteção jurídica a demandas que venham à tona.

Neste sentido, assumimos que o usuário é alçado à categoria de consumidor<sup>196</sup> em função da equiparação feita pelo próprio CDC, que permite o desfrute de benefícios destinados a essa categoria por parte: i) da coletividade de pessoas; ii) de todas as vítimas de um acidente de consumo; iii) de todas as pessoas expostas a práticas abusivas. Ainda que difícil a individualização de cada um dos consumidores, reconhece-se a existência de interesses legítimos e, desta forma, equipara-se, por fim, a consumidor toda uma coletividade de pessoas que tenham intervindo em uma relação de consumo.<sup>197</sup>

---

<sup>194</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>195</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>196</sup> Em tempo, trazer o conceito aplicado pelo CDC a consumidor parece adequado. Segundo o referido código, em seu art. 2º, “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Código de Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078/90.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 11.06.11.

<sup>197</sup> SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações judiciais por alegado erro médico.** Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

Desse modo, igualam-se a consumidores a universalidade, o conjunto de consumidores de produtos ou serviços, ou grupo, classe ou categoria destes, desde que se relacionem a determinados produtos ou serviços, sendo que, se estes últimos provocarem algum dano, a equiparação de um grupo ou categoria a consumidor confere ao lesado os instrumentos-jurídicos necessários à obtenção de uma reparação tanto mais justa e completa quanto possível por parte dos responsáveis pela lesão. No âmbito dos contratos de planos de saúde, em que há milhões<sup>198</sup> de contratantes ou potenciais contratantes existe uma manifesta presença de interesses coletivos por uma pluralidade indeterminada ou indeterminável de titulares cujo objeto de interesse mostra-se indivisível, cuja satisfação aproveita ao conjunto e onde uma postergação na fruição destes é potencialmente danosa.<sup>199</sup>

Se antes da promulgação do CDC a discussão acerca da natureza jurídica da relação médico-paciente era recorrente e havia indagações com vistas à sua classificação como pertencente a uma relação contratual ou extracontratual, hoje aquela encontra-se pacificada<sup>200</sup>. Entende-se, atualmente, que, via de regra, trata-se de uma relação contratual que admite em casos excepcionais a extracontratualidade. A análise do art. 2º do Código em questão não dificulta a caracterização do paciente como consumidor dos serviços médicos, tendo-se em vista tratar-se de pessoa física que contrata e apresenta-se como destinatário final de um serviço contratado por determinado profissional. Se o contrato é pactuado com sociedade empresária (hospitais, clínicas, operadoras de planos de saúde), a caracterização da

---

<sup>198</sup> De se destacar que, em relação aos efetivos contratantes de planos de saúde, “a análise dos dados da PNAD 2008 indica que *mais de 45, 7 milhões de indivíduos estão vinculados a planos de assistência médica no país* [grifo nosso] representando 24,1% da população. Destes, a maioria (77,4%) está vinculada a planos privados de saúde e a minoria (22,6%) a planos públicos. A maior parte dos 35,4 milhões de beneficiários de planos privados de assistência médica possui apenas um plano (88,8% ou 31,4 milhões de pessoas) e uma pequena parcela destes (11,2% ou 3,9 milhões de pessoas) possui mais de um plano. Entre esses 3,9 milhões, 69,6% (ou 2,7 milhões de pessoas) possuem entre seus planos um plano exclusivamente odontológico, enquanto os 30,4% restantes não possuem plano odontológico, ou seja, os dois ou mais planos aos quais estão vinculados são médico-hospitalares.” As informações aqui constantes foram fornecidas pela própria Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – que se valeu de dados do inquérito populacional fornecido pela Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios, realizada pelo IBGE. Assim, o PNAD/IBGE, forneceu dados do PNAD 2008, que contemplaram informações sobre acesso e utilização de serviços de saúde e coletaram “importante leque de análise de interesses para a saúde suplementar”. BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar: Beneficiários, operadoras e planos**. Rio de Janeiro: ANS, 2010. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario\\_saude\\_suplementar.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario_saude_suplementar.pdf). Acesso em: 11.06.11.

<sup>199</sup> MOREIRA. José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. Tutela dos interesses difusos. São Paulo, MAX Limon, 1984. In: SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações judiciais por alegado erro médico**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010. p. 198. Acesso em: 31 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>.

<sup>200</sup> Aqui, aplica-se o disposto na súmula de nº 469 proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”, âmbito no qual se discute a relação médico-paciente neste trabalho.

situação em questão fica tão mais evidente, em função da finalidade lucrativa, a qual se estabelece, geralmente, por meio da assunção de uma obrigação de resultado pela pessoa jurídica contratada.<sup>201</sup>

Nesse sentido, entende-se não só que a relação médico-paciente configura típica relação de consumo como também que, assim sendo, esta pode e deve ser regulada pelo aparato normativo e igualmente pela burocracia estatal, dado o bem de relevância pública que constitui objeto primordial nestas relações. Alcançando o *status* de norma de ordem pública e interesse social, a abrangência do CDC, se desejável, não pode ser afastada. Nesse sentido, Genival França faz a seguinte colocação:

Dizer que este Código do Consumidor é uma intervenção indevida do poder público nas relações de consumo, notadamente no que se refere às ações de saúde, é um equívoco, porque o dever do Estado na garantia dos direitos sociais implica necessariamente na rotura com a política social restritiva, em busca da universalização da cidadania. Se o Estado fica apenas exercendo a simples função bancária de compra de serviços, dificilmente teremos o controle da estrutura de proteção dos bens públicos. O entendimento atual é que a saúde é uma função pública, de caráter social, que se exerce para garantir o direito universal e equitativo de acesso aos serviços em seus diversos níveis. E mais: é preciso rever o conceito de cidadania. Ele não pode ser entendido apenas no seu aspecto jurídico-civil, senão, ainda, nas garantias sociais, corolário de uma efetiva prática democrática. E o setor saúde ganha uma certa magnitude em face de sua abrangência social, a partir do pacto entre o Governo e a Sociedade, com vistas às melhores condições de vida da população.<sup>202</sup>

Por outro lado, assumir que o paciente, uma vez beneficiário no âmbito dos contratos de prestação de serviços por entes privados, é um consumidor por equiparação nem sempre implica tratar a saúde sob uma ótica aprazível, sobretudo quando deitamos luzes sobre o problema da “mercantilização da prestação de serviços em saúde”, para usar uma expressão utilizada por Schulman. Para este autor, o debate em torno da tutela dos contratos de planos de saúde não pode deixar de levar em consideração discussões em torno da visualização da saúde como mercadoria, *commodity* ou um negócio puro e simplesmente, o que pode influir

---

<sup>201</sup> SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações judiciais por alegado erro médico.** Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>202</sup> GOMES, Julio Cezar Meirelles; FRANÇA, Genival Velloso. Erro médico: um enfoque sobre sua origem e suas conseqüência. São Paulo: Guanabara Koogan (Grupo GEN), 2002. *apud* SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações judiciais por alegado erro médico.** Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

na degeneração do modo em que estes serviços são prestados. A mercantilização em questão tem sido assinalada sob diversos aspectos e nela a saúde parece ter seu caráter de bem de relevância público mitigado pela lógica de mercado, que a simplifica a ponto de vislumbrá-la estritamente como um produto que deve ser ofertado, vendido, consumido. Como resultado dessa ótica degenerada nota-se a modificação das relações médico-paciente cuja qualidade passa a ser maculada.<sup>203</sup>

A medicina, outrora vista como a “arte-ciência” voltada à proteção do ser humano, passa a ter sua repersonalização cobrada, vez que uma atenção mais apurada com as condições específicas de cada caso se perde em meio a uma prática médica que deixou de priorizar não só a enfermidade, como também a pessoa que dela padece. Assim, o tratamento de determinadas doenças passa a ser padronizado e se subordina a uma lógica de maximização de ganhos tal que, desconsideradas as particularidades de cada paciente, as consultas têm seu tempo reduzido, exames complementares desnecessários são requeridos, optam-se por tratamentos mais convenientes e lucrativos e, claro, perde-se a qualidade dos exames clínicos.<sup>204</sup>

Por essa razão, é compreensível a explosão de ações judiciais contra operadoras privadas de assistência à saúde, que se dão tanto por meio de demandas individuais, quanto pela via coletiva, a exemplo de ações movidas por entidades de defesa do consumidor, tais como o IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – associação sem fins lucrativos organizada por consumidores em defesa da categoria a qual, segundo dados próprios, já moveu nove ações civis públicas, atuando individualmente ou em litisconsórcio ativo com o Ministério Público Federal, em face de operadoras de planos de saúde e da própria Agência Nacional de Saúde Suplementar e da União, as quais figuraram no pólo passivo.<sup>205</sup>

Dentre as ações promovidas pelo instituto, contemplaram-se: discussões promovidas em sede de ações judiciais questionando os reajustes abusivos aplicados por

---

<sup>203</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito das relações Sociais) - Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao\\_Schulman.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1). Acesso em: 11.06.11.

<sup>204</sup> SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito das relações Sociais) - Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao\\_Schulman.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1). Acesso em: 11.06.11.

<sup>205</sup> Tais dados foram colhidos da página virtual do próprio Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Disponível em: [http://www.idec.org.br/aj\\_proc\\_lista.asp?tp=PLANSAUDE](http://www.idec.org.br/aj_proc_lista.asp?tp=PLANSAUDE). Acesso em: 11.06.11.

diversas operadoras, a elaboração e publicação de guias orientando a população acerca dos planos de saúde, a participação na Câmara de Saúde Suplementar (órgão consultivo da ANS) e nas câmaras técnicas dos órgãos com a reivindicação de providências com vistas à efetivação da proteção de consumidores, além da atuação junto à organização do Fórum Nacional de Regulamentação dos Planos e Seguros de Saúde.<sup>206</sup>

Iniciativas como as descritas, tanto no plano individual quanto por parte de entidades que compõe a sociedade civil, corroboram a tese de industrialização da medicina, segundo a qual há uma “aparente aproximação entre hospitais e fábricas” em função da mercantilização da prestação dos serviços na área de saúde, a qual envolve controle de custos, fragmentação no atendimento, incorporação de novas tecnologias e tratamentos, todos, não obstante os benefícios que possam trazer, aparentemente mais voltados à lógica do mercado que ao aprimoramento da relação que se estabelece entre o usuário e fornecedor. Nesse sentido, são pertinentes as observações contidas no Manual do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS:

Se a proteção à atenção à saúde deve ser uma preocupação constante por parte do Estado, o mesmo ocorre diante da contenção de custos por parte das operadoras de planos e seguros de saúde. Em uma atividade econômica fortemente marcada pela primazia da oferta e em um modelo assistencial que privilegia a ‘fragmentação do paciente’ por especialidades, e que estimula o consumo de tecnologia, muitas vezes, em detrimento da própria relação profissional de saúde/paciente, a preocupação com a espiral crescente de custos é consequência natural.<sup>207</sup>

Outro aspecto sintomático em relação à questão da mercantilização em discussão diz respeito à defasagem no ensino da medicina, curso em que se tem percebido uma maior predileção por especializações – tendo em vista uma maior rentabilidade- em detrimento da clínica geral. Nesse sentido, incidem críticas segundo as quais nota-se há algum tempo um fenômeno denominado de “colonização empresarial do médico” originada no seio da própria universidade e que se estende até o ambiente de trabalho destes profissionais, cuja ação tem raízes na larga propaganda e na defasada densidade teórica acerca da realidade científica. Outra origem apontada para o problema é a afirmação categórica de tendências

---

<sup>206</sup> Tais informações colhem-se da página virtual do próprio Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Disponível em: [http://www.idec.org.br/areas\\_categoria.asp?categoria=10](http://www.idec.org.br/areas_categoria.asp?categoria=10). Acesso em: 11.06.11.

<sup>207</sup> BARROCA, Joao Luis (Coord.). Conselho Nacional de Secretarios de Saude. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007. (Colecao progestores – para entender a gestão do SUS, v. 11). p. 65-66..Disponível em: << <http://www.conass.org.br/publicacao/index.html>>>. Acesso em: Acesso em: 11.06.11.

individuais que não se sustentam em bases confiáveis, mas tão somente em opiniões e “achismos” deslocados de corroboração acadêmico-científica.<sup>208</sup>

Hoje parece haver uma inversão de prioridades em relação à saúde sob o prisma axiológico. Com frequência, alega-se a escassez de recursos no setor de saúde pública, para justificar tais e quais adoções de determinados métodos ou, pior, para dar razão a omissões em determinadas prestações de serviços. Já no setor privado, se a alegação de falta de recursos financeiros fosse escandalosamente utilizada como justificativa para um corte de custos que prejudicasse o atendimento do beneficiário, ainda assim as operadoras privadas não teriam razão, em função de ser delas a assunção de riscos pela atividade. Entretanto, de modo velado, nota-se que a lógica do mercado é que impera na administração de empresas que atuam nesse ramo da atividade econômica, daí porque os conflitos entre contratantes e contratados eclodem numa quantidade maior que a razoável.

A manifestação de determinados tipos de comportamentos considerados abusivos pelas empresas que atuam no mercado de saúde suplementar possibilitam que o beneficiário que se sentir lesado recorra tanto às vias administrativas quanto judiciais com vistas à satisfação de sua pretensão. Por tratar-se de “setor socialmente sensível”, em função da tutela direta de um dos direitos fundamentais tidos como mais caros, a necessidade de regulamentação do mercado de planos de saúde não se satisfaz com o clássico modelo de agência reguladora, em que se nota uma mera regulação da atividade econômico-financeira, sendo, portanto, necessária uma atuação que garanta, de fato, o respeito e a efetivação do direito à saúde.<sup>209</sup>

Com vistas à satisfação do cumprimento do dispositivo constitucional que imputava ao Estado o dever de regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde, inclusive, e especialmente, como hoje se nota, aqueles prestados por pessoas jurídicas de direito privado, o aparato burocrático estatal, informado por uma perspectiva objetiva de proteção a direitos fundamentais (cuja presente pode se fazer sentir também na criação de órgãos de proteção a direitos que alcancem esses *status*), delegou o exercício da função

---

<sup>208</sup> SANTOS Jr., Júlio César Monteiro dos. Avaliação médica: o consumo na medicina e a mercantilização da saúde. **Revista Brasileira de Coloproctologia**, Rio de Janeiro, Sociedade Brasileira de Coloproctologia, v.26, n.1, p. 70-85. Jan/mar.2006. Disponível em: << [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-98802006000100011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-98802006000100011&script=sci_arttext)>>. Acesso em: 11.06.11.

<sup>209</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11

regulatória à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, através da Lei nº 9.961/00. Entretanto, a Agência em questão tem sido acusada de falhar em sua missão, em diversos aspectos, dado margem para que usuários insatisfeitos recorram ao Judiciário para garantia de seus direitos.<sup>210</sup>

A conseqüência anteriormente citada da referida omissão (a corrida à Justiça consubstanciada na lesão à direito subjetivo) traz transtornos mais do que desnecessários, talvez um tanto quanto desumanos, para os usuários de planos privados de assistência à saúde. Estes, a despeito de terem arcado com mensalidades que, não raro, comprometem parcela significativa de seus rendimentos, em um momento de fragilidade física ou mental (quando têm a própria saúde ou a de seus dependentes maculada e necessitam da prestação de serviços de saúde pelos quais sempre pagaram) se vêem às voltas com negativas de atendimento por parte das operadoras, que lançam mão de uma série de argumentos de alegada base contratual, muitas vezes ilícita ou ilegítima, consubstanciada na autonomia privada.

Como será possível observar, à guisa de conclusão, a referida “expressão do fenômeno do poder privado” (para utilizar fórmula descrita na obra de André Rufino do Vale<sup>211</sup>) das operadoras que atuam no setor da saúde suplementar, pode ser combatida pela teoria que admite a incidência da eficácia dos direitos fundamentais (e aqui o direito fundamental à saúde ganha destaque por razões óbvias) nas relações privadas, sejam elas no âmbito pessoa física X pessoa física ou pessoa física X pessoa jurídica.

Apesar de não aplicada diretamente à questão objeto deste estudo, a referida teoria já encontra ressonância junto à jurisprudência, como se pode notar, a título de exemplo, nas palavras proferidas na ementa de acórdão relativo ao HC 93874/RJ de relatoria do ministro Arnaldo Esteves de Lima:

**1. Os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal, contemplados na dimensão objetiva, consistem em norte para atuação valorativa do Estado na realização do bem comum. Já na dimensão subjetiva, permitem ao indivíduo se sobrepôr à arbitrariedade estatal. 2. O Estado tem o dever de proteção dos indivíduos frente ao próprio poder estatal (eficácia vertical), bem como em face da própria sociedade, justificando a eficácia horizontal dos direitos humanos nas relações particulares. 3. Não há falar em sobreposição de um direito fundamental sobre outro. Eles**

---

<sup>210</sup> TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11

<sup>211</sup> VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. p.190.

devem coexistir simultaneamente. Havendo aparente conflito entre eles, deve o magistrado buscar o verdadeiro significado da norma, em harmonia com as finalidades precípua do texto constitucional, ponderando entre os valores em análise, e optar por aquele que melhor resguarde a sociedade e o Estado Democrático. 4. **Os direitos e garantias fundamentais, por possuírem característica essencial no Estado Democrático, não podem servir de esteio para impunidade de condutas ilícitas**, razão por que não vislumbro constrangimento ilegal na captação de provas por meio da quebra do sigilo de correspondência, direito assegurado no art. 5º, XII, da CF, mas que não detém, por certo, natureza absoluta. (STJ – HC 97336/RJ – HABEAS CORPUS 2007/0305250-1 – 5ª Turma – Relator: Ministro Arnaldo Esteves de Lima – J. 15/06/10 DJe 02//08/2010)  
[grifa-se]

Necessário aqui o esclarecimento acerca de alguns dos conflitos mais elementares (e recorrentes) estabelecidos entre usuários e operadoras de planos privados de assistência à saúde, cuja análise permite entrever as garantias que assistem àqueles, à luz da incidência horizontal de normas fundamentais, bem como alguns limites (legítimos) estabelecidos em benefício dos planos.

Alguns dos procedimentos adotados pelas operadoras que atuam no mercado de saúde suplementar chegam a ser chamados de “armadilhas dos planos de saúde”, os quais devem encontrar na legislação o campo normativo adequado a sua rejeição<sup>212</sup>. Tais procedimentos são aqueles que deram maior ensejo ao questionamento pelas vias judiciais, dentre os quais se destacam: a) o aumento abusivo dos prêmios a serem pagos em função da mudança de faixa etária; b) reajustes anuais nas mensalidades acima da inflação; c) reajustes surpresas; d) negação de atendimento em função de mora ou inadimplemento; e) alegação de doença preexistente como justificativa para negação de atendimento; f) invocação de procedimentos estéticos como justificativa para negação de atendimento; g) atendimento parcial; h) limitações de internações; i) descredenciamento abusivo de prestadores diretos de serviços; j) estabelecimento de longos prazos de carência; l) exclusões e limitações de coberturas.<sup>213</sup>

No que toca ao aumento abusivo de mensalidades única e exclusivamente em função da mudança de faixa etária, a grande prejudicada passa a ser a população de idosos que compõe a sociedade, a qual passa por um processo denominado de “exclusão pecuniária”. Importa ressaltar que, para os contratos de planos de saúde firmados entre 1998 e 2003, antes

<sup>212</sup>Brasil. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. IDEC. Seu plano de saúde. Conheça os abusos e armadilhas. São Paulo, 2007. p.32. Disponível em: <http://www.idec.org.br/tema/saude>. Acesso em: 08.11.11

<sup>213</sup> Brasil. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. IDEC. Seu plano de saúde. Conheça os abusos e armadilhas. São Paulo, 2007. p.32. Disponível em: <http://www.idec.org.br/tema/saude>. Acesso em: 08.11.11

da vigência do Estatuto do Idoso, a regra ditada pela ANS previa a criação de sete faixas etárias sobre as quais incidiria um aumento máximo de 500% entre elas, fazendo-se uma única ressalva: a proibição de reajuste para consumidores sexagenários cuja adesão ao plano superasse dez anos.<sup>214</sup>

Posteriormente, com a criação do referido estatuto, foram padronizadas dez faixas etárias como tentativa de diluição da proporção de aumento de mensalidades, isso para os contratos com vigência a partir de 2004, mantida a mesma porcentagem de aumento de antes. Apesar da movimentação estatal no sentido da contenção dos aumentos abusivos, o IDEC denuncia que a previsão contida no Estatuto do Idoso, que proíbe os aumentos em questão<sup>215</sup>, deveria ser aplicada a todos os contratos, independente de sua assinatura. Cabe destacar que, para os planos antigos (pactuados antes da vigência da Lei nº 9.658/98), a mudança em função da idade é vedada caso o contrato não a preveja expressamente.<sup>216</sup>

Em relação a reajustes anuais que ultrapassem a inflação e aos reajustes surpresa há que se atentar para algumas questões. Em primeiro lugar, a própria ANS tem autorizado o reajuste maior que a inflação, o que, de certo modo, tem conferido legitimidade a uma postura criticável por parte daquela agência. Entretanto há uma diferenciação para o reajuste nos contratos novos e antigos (pré e pós Lei nº 9.658/98). Em relação aos primeiros, o reajuste anual na data de aniversário do plano deve ser previamente aprovado pela agência, devendo sua previsão ser explícita ao longo do contrato.<sup>217</sup>

Já para os planos antigos, o critério de reajuste fica adstrito às cláusulas estabelecidas no contrato, que não deve trazer previsões vagas como “variações monetárias” ou “aumento de acordo com os custos médico-hospitalares”, o que acaba por constituir uma prática ilegal por caracterizarem aumentos-surpresa para o consumidor. Os reajustes surpresa geralmente tomam a forma de reajustes por sinistralidade ou por revisão técnica. O primeiro é ilegal, já que acarreta uma variação unilateral no preço sem previsão no contrato e constitui uma imposição por parte do setor de saúde suplementar, que utiliza a justificativa de que o

---

<sup>214</sup> Brasil. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. IDEC. Seu plano de saúde. Conheça os abusos e armadilhas. São Paulo, 2007. p.32. Disponível em: <http://www.idec.org.br/tema/saude>. Acesso em: 08.11.11

<sup>215</sup> A proibição do referido aumento se extrai da interpretação do parágrafo 3º do art. 15 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) segundo o qual: “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.” C.f. BRASIL. Estatuto do Idoso. Lei nº 10.741/03. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm). Acesso em: 08.11.11.

<sup>216</sup> Brasil. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. IDEC. Seu plano de saúde. Conheça os abusos e armadilhas. São Paulo, 2007. p.32. Disponível em: <http://www.idec.org.br/tema/saude>. Acesso em: 08.11.11

<sup>217</sup> Brasil. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. IDEC. Seu plano de saúde. Conheça os abusos e armadilhas. São Paulo, 2007. p.32. Disponível em: <http://www.idec.org.br/tema/saude>. Acesso em: 08.11.11

número de procedimentos cobertos foi superior que aqueles inicialmente previstos para o mesmo período. Já a revisão técnica, apesar de criada pela ANS, é igualmente evitada por vícios de ilegalidade, segundo o IDEC, por também configurar aumento unilateral e inadequado de mensalidade e, além disso, permitir a redução da rede credenciada de hospitais, a redução de coberturas e a co-participação dos beneficiários no pagamento de serviços utilizados.<sup>218</sup>

A recusa de atendimento em função de mora, largamente prevista em contratos antigos, configura cláusula abusiva, em razão da penalização com multas e juros, já aplicável ao consumidor que atrase o adimplemento de sua obrigação. Ademais, a Lei dos Planos de Saúde permite a suspensão ou cancelamento unilateral do contrato unicamente se o consumidor permanecer em mora por mais de sessenta dias (ou, para os contratos novos, em caso de fraude), devendo ser previamente notificado até o quinquagésimo dia.

A alegação de doenças preexistentes como mecanismo de exclusão de cobertura, além de não obter nenhuma fundamentação do ponto de vista da medicina (já que a determinação do exato momento de surgimento de uma doença é, muitas vezes, impossível), consiste em alegação combatida pelo Judiciário embasada sobretudo no CDC. Entretanto, há chancela oficial da referida prática pela ANS, que elaborou uma lista de procedimentos aos quais os usuários que incidam na cobertura parcial temporária (aquela destinada a quem se apresente doenças preexistentes à assinatura do contrato) não têm acesso por um período de carência de dois anos, a despeito do prejuízo que isso possa causar à saúde dos beneficiários.<sup>219</sup>

Outra medida capciosa da qual as operadoras lançam mão consiste na alegação de que determinado procedimento consiste, na verdade, em intervenção puramente estética, medida supérflua que autorizaria a recusa de cobertura. Contudo, tais alegações se voltam para negar assistência em casos de cirurgias decorrentes de obesidade mórbida, redução de mama para correção de coluna e até mesmo cirurgias plásticas reconstrutivas decorrentes de

---

<sup>218</sup> Brasil. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. IDEC. Seu plano de saúde. Conheça os abusos e armadilhas. São Paulo, 2007. p.32. Disponível em: <http://www.idec.org.br/tema/saude>. Acesso em: 08.11.11

<sup>219</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. IDEC. Seu plano de saúde. Conheça os abusos e armadilhas. São Paulo, 2007. p.44. Brasil. Disponível em: <http://www.idec.org.br/tema/saude>. Acesso em: 08.11.11

tratamento de câncer, cuja cobertura é obrigatória e explicitamente exigida pela Lei de Planos de Saúde.<sup>220</sup>

Um dos problemas enfrentados pelos beneficiários de planos privados consiste na limitação do atendimento, a depender da necessidade do contratante ou de seus dependentes. Em casos de assistência à saúde mental, muitos contratos antigos simplesmente se recusavam a cobrir. Nos contratos novos, não obstante a previsão de cobertura obrigatória, esta é irrisoriamente limitada a: i) doze sessões de psicoterapia de crise por ano (cuja duração máxima é de doze semanas para o atendimento intensivo); ii) trinta dias de internação por ano em hospital ou enfermaria psiquiátrica, desde que em situações de crise; iii) oito semanas por ano de tratamento em regime de hospital-dia ou cento e oitenta para alguns diagnósticos; iv) quinze dias de internação em hospital geral para pacientes intoxicados ou crise de abstinência em razão de dependência química que demande hospitalização. Ou seja, não é preciso discorrer acerca da falta de razoabilidade na determinação de prazos de internação ou limitação de procedimentos a pacientes de saúde mental e afirmar que, do modo como a questão está posta, prejudica-se o desenvolvimento de um trabalho sério e contínuo por parte dos profissionais de saúde e, como se não bastasse, agrava-se o quadro de um enfermo que já se mostra vulnerável, a quem não resta arcar com novas despesas, acionar a Justiça ou, ainda que pagante, recorrer ao SUS. Outra curiosidade trágica é a limitação da obrigatoriedade de realização de transplantes somente em casos de rins e córneas, não restando cobertos procedimentos que envolvam transplante de medula, fígado ou coração, por exemplo.<sup>221</sup>

O descredenciamento repentino de hospitais, laboratórios, médicos e outros serviços prestados na área de saúde, prática lamentavelmente comum no meio em questão, não raro surpreende o consumidor, que já havia agendado previamente determinado procedimento. Contudo, esta prática foi autorizada a partir de 1999, cabendo à operadora que promove a substituição proceder a uma troca equivalente, devendo a mudança ser comunicada à ANS e aos consumidores com antecedência mínima de trinta dias.<sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> BRASIL. Lei nº 9.656/98. Art. 10-A. “Cabe às operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º desta Lei, por meio de sua rede de unidades conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer. (Incluído pela Lei nº 10.223, de 2001)”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm)>. Acesso em: 08.11.11

<sup>221</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. IDEC. Seu plano de saúde. Conheça os abusos e armadilhas. São Paulo, 2007. p.48. Disponível em: <http://www.idec.org.br/tema/saude>. Acesso em: 08.11.11.

<sup>222</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. IDEC. Seu plano de saúde. Conheça os abusos e armadilhas. São Paulo, 2007. p.54. Disponível em: <http://www.idec.org.br/tema/saude>. Acesso em: 08.11.11.

Em relação às carências, objeto de questionamento em função das restrições que impõem para o início da fruição das benesses proporcionadas pelos contratos, por períodos muitas vezes longos, cabe destacar recentíssima inovação: trata-se da possibilidade de migração de aposentados e ex-funcionários aposentados e demitidos que mantiverem o plano de saúde mesmo após o desligamento da empresa para planos privados individuais sem necessidade de cumprimento de nova carência.<sup>223</sup>

Por fim, no que toca a exclusões e limitações de coberturas, importa observar que esta é uma prática, apesar de indiscriminadamente empregada pelas operadoras de assistência privada à saúde, reconhecidamente ilegal dada a farta jurisprudência que se posiciona a favor dos consumidores, no sentido de que estes recebam um tratamento completo, o qual foi, inclusive, acolhido pela nova lei, que estabelece a obrigatoriedade de cobertura, por parte dos planos de saúde, de todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - CID.<sup>224</sup>

Desse modo, uma posição não contemplativa em relação a tratamento de doenças crônicas, infecciosas, a exclusão de biópsias, procedimentos quimioterápicos, a negativa de fornecimento de órteses e próteses, dentre outras recusas absurdas, posto que os serviços são pagos e consistem em reivindicações que remontam ao processo de regulamentação do setor de saúde suplementar quando nos anos 90, como exposto no capítulo anterior, são alguns dos exemplos de posturas adotadas pelas operadoras e que tornam mais do que adequada a incidência horizontal de garantias fundamentais e princípios constitucionais (atinentes não só ao direito à saúde, como à dignidade da pessoa humana, a defesa do consumidor, para citar somente alguns exemplos) no âmbito das relações privadas estabelecidas entre beneficiários e planos privados.

---

<sup>223</sup> Trata-se de Resolução Normativa nº 279 de 25/11/11. Disponível em: << <http://www.ans.gov.br/index.php/ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/1194-ans-define-regras-para-a-manutencao-de-plano-de-saude-por-demitidos-e-aposentados>>>. Acesso em: 26 de novembro de 2011.

<sup>224</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. IDEC. Seu plano de saúde. Conheça os abusos e armadilhas. São Paulo, 2007. p.41-42. Disponível em: <http://www.idec.org.br/tema/saude>. Acesso em: 08.11.11

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob o pano de fundo do Estado Constitucional, os direitos fundamentais alcançaram gradativamente, porém com destacada consistência, o posto de eixo paradigmático das construções teóricas acerca da necessidade de proteção da esfera de liberdades de cada indivíduo. Vistos, em um primeiro momento, como instrumentos de oponibilidade subjetiva contra ingerências indevidas, sobretudo por parte do Estado, pode-se afirmar que, reconhecido o seu duplo dimensionamento, a distinção da eficácia objetiva (sem que seja negligenciada a relevância das eficácias irradiante e dirigente) possibilitou erigi-los à categoria de “pautas principiológicas”<sup>225</sup> a direcionar o Estado na construção do ordenamento jurídico e a conformar a sociedade, a qual, ao atentar para as normas heterônomas emanadas dos entes estatais, deve orientar sua dinâmica peculiar respeitando os valores elencados como prioritários por toda uma comunidade.

Superada a necessidade de demonstração de que um exercício arbitrário e desmedido do poder estatal reclama a incidência de uma eficácia vertical de direitos fundamentais como mecanismo de proteção do indivíduo frente o Estado, o aumento da complexidade nas relações sociais implica, semelhantemente, o reconhecimento de que direitos fundamentais também têm uma incidência externa ou horizontal.

Reconhecidamente, há sempre quem se oponha e não admita a hipótese supracitada e, como se procurou demonstrar, existem construções doutrinárias que apontam os eventuais “perigos” que advém tanto do reconhecimento quanto da recusa em se admiti-la. Porém, mesmo em sede da chamada doutrina negativista, que neste trabalho foi alegoricamente representada pela doutrina da “state action”, dadas as suas feições liberais, colhe-se dos julgados elencados a título de exemplo a percepção de que os tribunais norte-americanos cederam, em determinados momentos, ainda que por meio de uma jurisprudência oscilante, ao reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Tal fato, como se procurou demonstrar, aponta para a dedução de que considerar o direito privado como esfera de livre atuação de particulares imunes à incidência das normas protetivas assim qualificadas pelo constituinte (seja ele originário ou derivado) não encontra ressonância

---

<sup>225</sup> Expressão utilizada por: VALE, André Rufino do **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.p.211.

mesmo em meio à doutrina que milita em prol da concepção liberal mais clássica de direitos fundamentais.

Em relação às doutrinas que admitem a eficácia horizontal, objeto de discussão deste estudo, que aqui foram representadas pelas teorias indireta (mediata) ou direta (imediata) nota-se uma certa tendência de exclusão de uma pela outra, a despeito do fato de que a primeira, ao objetivar-se como termo conciliador entre as teorias negativistas e as partidárias da incidência imediata, hesita, em certa medida, entre a defesa da autonomia privada e a necessidade de tutela das garantias fundamentais.

Postas as bases doutrinárias sobre as quais se assentam as considerações que conferem subsídio à eficácia horizontal de direitos fundamentais, procurou-se, em seguida, demonstrar como a teoria em questão poderia ser utilizada na defesa de um direito fundamental que aqui foi considerado prioritário e essencial às discussões apresentadas - o direito fundamental à saúde – sem que com isso deixássemos de atentar para as demais garantias, princípios e valores que orbitam a questão e também constituem elementos normativos constitucionais de importância singular para sua compreensão.

Para tanto, foi feita uma breve análise do setor de saúde suplementar, objeto das mais variadas críticas e mola propulsora das indagações iniciais que motivaram o desenvolvimento do presente trabalho. Em razão do comportamento muitas vezes desarrazoado das operadoras privadas de assistência à saúde, que protagonizam a prestação de serviços de saúde em âmbito privado, foi sentida uma necessidade de questionamento acerca das práticas abusivas que caracterizam um setor cuja “matéria-prima” consiste na oferta de bens tidos como de relevância pública, sem os quais a plena fruição do direito à vida, em última instância, resta prejudicada.

Como foi demonstrado, a expansão do setor de saúde suplementar está intimamente ligada a (acredita-se) bem intencionada universalização da prestação de serviços públicos em saúde, a qual, por uma série de fatores, ainda vacila na consecução dos objetivos inicialmente propostos com a criação do SUS. Tal peculiaridade no arranjo e na estruturação das políticas de saúde nacionais, ao lado da leniência de um Estado que se manteve inerte por um período aproximado de dez anos (que aqui compreende a previsão inicial de regulamentação positivada em 1988 e concretizada ao final de 1998, por meio da edição de lei específica) permitiu que um setor, que deveria ser regulamentado e fiscalizado por expressa determinação constitucional, se desenvolvesse por meio de uma auto-regulamentação embasada em um conjunto de determinações executivas próprias que repercutiram em posturas largamente criticadas por aqueles que sofriam os reflexos diretos da omissão estatal:

“pacientes-consumidores”, prestadores diretos dos serviços contratados (dentre os quais se compreendem médicos, enfermeiros, dentistas, dentre outros) e as próprias empresas que atuavam no mercado suplementar.

Entretanto, hoje, mesmo após um moroso processo legislativo com vistas a uma adequada regulamentação do mercado de saúde suplementar, em que foram apresentadas diversas propostas e sugestões dos principais atores sociais envolvidos apontando para as distorções do sistema, as bases legislativas que o sustentam não têm demonstrado força suficiente perante o apetite desenfreado pela maximização de lucros das empresas, que deturpam o conceito de autonomia privada e impõem cláusulas, no âmbito de contratos de adesão, por demais abusivas, que restringem a prestação de serviços que, uma vez pagos, deveriam, segundo um critério de racionalidade e razoabilidade mínimos, ser prestados.

Felizmente, a opção do Estado brasileiro por uma Carta Magna que constitui o eixo estruturante de todo o ordenamento e cujos princípios, regras e valores orientam a construção das normas infraconstitucionais permitiu vislumbrar no Código de Defesa do Consumidor, ao lado das demais normas aplicáveis aos casos concretos eventualmente trazidos a lume, um dos principais parâmetros de defesa dos beneficiários e seus dependentes perante a imposição de condições intoleráveis por parte dos grupos que prestam assistência médico-hospitalar privada no país.

Por fim, nota-se que o direito fundamental à proteção à saúde (aqui delimitado por considerações acerca do mercado de saúde suplementar), que deveria se materializar por meio da ação concreta dos três poderes da república, tem sido objeto crescente de litígios, em razão dos comportamentos reprováveis perpetrados pelos planos privados, que consistem em ações, brevemente descritas no capítulo final desta obra, qualificadas por instituições de defesa do consumidor como verdadeiras “armadilhas” contra os beneficiários.

Nota-se, por meio da crescente discussão empreendida nos canais sensíveis à política exacerbadamente capitalista empreendida pelos empresas de saúde, que a postura do Legislativo na regulamentação do setor e as políticas desenvolvidas pelo Executivo, sobretudo pela criação da ANS, com vistas a exercer um controle mais eficaz (o qual, porém, tem sido objeto de críticas), têm restado insuficientes, fatos estes que acabam por conferir legitimidade a um juízo de reprovação exercido pelo Judiciário. Este último, no âmbito da prestação jurisdicional, poderá levar em consideração hipóteses de aplicação horizontal de direitos fundamentais entre particulares como mecanismo de censura ao comportamento manifesto pelos planos de saúde.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.14, abr/jun.1995,p.20-27.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARANHA, Márcio Iório (Org.). BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. **Direito Sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Disponível em: << [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito\\_sanitarioVol1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol1.pdf) >>. Acesso em: 08.11.11

BARROCA, Joao Luis (Coord.). Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007. (Coleção progestores – para entender a gestão do SUS, v. 11). Disponível em: << <http://www.conass.org.br/publicacao/index.html> >>. Acesso em: 01 de setembro de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

BAHIA, Lígia. **Mudanças e padrões das relações público-privado: seguros e planos de saúde no Brasil. 2000**. Tese (Doutorado em Saúde Pública). Faculdade de Medicina. Universidade federal do Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum\\_saude/forum\\_bibliografias/abranenciadaregulacao/AA10.pdf](http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/abranenciadaregulacao/AA10.pdf). Acesso em: 11.06.11

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Glossário temático: saúde suplementar** / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario\\_saude\\_suplementar.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario_saude_suplementar.pdf). Acesso em: 03.09.11.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigos 5º a 17. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 11.06.2011.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 9.656/1998. **Diário Oficial da União**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm). Acesso em: 11.06.2011.

\_\_\_\_\_. Código de Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078/90**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 11.06.11.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar: Beneficiários, operadoras e planos**. Rio de Janeiro:

ANS,X2010.XDisponívelXem:[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario\\_saude\\_suplementar.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/glossario_saude_suplementar.pdf). Acesso em: 02. 11. 2011.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007. Disponível em: <http://www.conass.org.br/arquivos/file/miolo%20livro%2012.pdf>. Acesso em: 08.11.11

\_\_\_\_\_. Código Civil de 2002. **Lei nº 10.406 de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 11.06.11.

\_\_\_\_\_. Código de Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078/90**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 03.09.11

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. IDEC. Seu plano de saúde. Conheça os abusos e armadilhas. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.idec.org.br/tema/saude>. Acesso em: 08.11.11

\_\_\_\_\_. Estatuto do Idoso. **Lei nº 10.741/03**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm). Acesso em: 08.11.11.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.2.ed.Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

\_\_\_\_\_. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Constitucionalização do Direito Civil e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066798174218181901.pdf> Acesso em: 13. 10. 2011.

FILHO FRANCA, Marcílio Toscano Franca. FRANCA, Nevita Maria Pessoa de Aquino. **A força normativa das diretrizes do Conselho Nacional de Saúde sobre a EC n.29/2000**. R. CEJ, Brasília, n.30,p1318,jul/set.2005.Disponível em:[http://ufpb.academia.edu/MarcilioFranca/Papers/758251/A\\_FORCA\\_NORMATIVA\\_DAS\\_DIRETRIZES\\_DO\\_CONSELHO\\_NACIONAL](http://ufpb.academia.edu/MarcilioFranca/Papers/758251/A_FORCA_NORMATIVA_DAS_DIRETRIZES_DO_CONSELHO_NACIONAL). Acesso em: 11.06.11.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais**. 6.ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÄBERLE, Peter. Pluralismo y Constitución. **Estudios de Teoria Constitucional de la sociedad abierta**. Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda. Ed. Tecnos, 2002.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.36 n. 141 jan/mar. 1999.Disponível em: <http://www.alaerciocardoso.adv.br/arquivos/CONSTITUCIONALIZACAO%20DO%20DIRITO%20CIVIL%20-%20PAULO%20LOBO.pdf>. Acesso em: 08.10.11.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm) Acesso em: 11.06.11.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

\_\_\_\_\_.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEZ, Marcos Vinícius Lopes. **A constituição dirigente realmente morreu?** Disponível em: <http://www.viajuridica.com.br/doutrina.asp>. Acesso em: 08.10.11.

PEREIRA, Carlos. **O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas**. Projeto de Cooperação Técnica Internacional 914 BRA 1078. Formulação de políticas públicas para o setor de saúde suplementar no Brasil. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg\\_saudevol3t1.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/reg_saudevol3t1.pdf). Acesso em: 11.06.11.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y El Estado Constitucional. **Série de Teoria Jurídica y Filosofía del derecho**,n.23. Bogotá/Colombia, 2002.

Revista VEJA. Editora ABRIL. Edição 2243 – ano 44 – nº 46 – 16 de novembro de 2011. pgs. 17-21.

SANTOS Jr., Júlio César Monteiro dos. Avaliação médica: o consumo na medicina e a mercantilização da saúde. **Revista Brasileira de Coloproctologia**, Rio de Janeiro, Sociedade Brasileira de Coloproctologia, v.26, n.1, p. 70-85. Jan/mar.2006. Disponível em: << [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-98802006000100011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-98802006000100011&script=sci_arttext)>>. Acesso em: 01 de setembro de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico. Ano I – Vol. I – N.º. 1 – Abril de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf). Acesso em: 13.09.11.

\_\_\_\_\_.W. apud Humenhuk, 2002, **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839&p=2>. Acesso em: 11.06.11.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/200-artigos-nov-2007/5948-direitos-fundamentais-e->

direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais. Acesso em: 11.06.11.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SCAPIN, Andréia Cristina. **A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às ações judiciais por alegado erro médico**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/fr.php>. Acesso em: 11.06.11.

SCHULMAN, Gabriel. **Direito fundamental no plano de saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea**. Dissertação (Mestrado em Direito das relações Sociais) - Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao\\_Schulman.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1). Acesso em: 11.06.11.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/pt-br.php>. Acesso em: 11.06.11.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Brasília, 2006.

\_\_\_\_\_. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.