XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

MARA DARCANCHY

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Francisco Cardozo Oliveira, Mara Darcanchy – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-366-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Fundamentais. 3. Relações do Trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS II

Apresentação

O presente livro registra pesquisas, relatos empíricos e reflexões críticas de estudiosos e profissionais do Direito que, alicerçados na sistemática discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais, abordam temas das áreas trabalhista, social e empresarial, em evidente compromisso com a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Na perspectiva de concretizar o objetivo de valorização da pesquisa interinstitucional como uma contínua necessidade de reformulação axiológica, por meio do diálogo permanente entre diversificadas visões, culturas e referências, a obra divulga artigos apresentados no GT "Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais", durante o XXV Congresso do CONPEDI realizado na cidade de Curitiba, em dezembro de 2016.

ABIMAEL ORTIZ BARROS e VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR apresentam estudo que coloca em evidência a necessidade de que entidades do Sistema S de serviços sociais autônomos, como entes de cooperação estatal, entreguem mais cursos gratuitos para a sociedade, ampliando assim a inclusão social.

EDUARDO TORRES ROBERTI e ARIEL SALETE DE MORAES JUNIOR discorrem sobre a promoção do trabalho e as suas significações na pós-modernidade, demonstrando que é imprescindível a redução da desigualdade e a superação do desemprego, para a produção de relevantes realizações sociais.

FABIANO CARVALHO e CAMILA MARTINELLI SABONGI em análise construída a partir da realidade e de dados catalogados, desenvolvem questionamento sobre as dificuldades do cumprimento de cotas para a contratação da pessoa com deficiência como desafio para a efetivação do respectivo direito fundamental ao trabalho, medida de inserção social e de consolidação da dignidade humana e da plena cidadania.

FERNANDA MENEZES LEITE e JAIR APARECIDO CARDOSO também na temática protetiva à pessoa com deficiência delineia o arcabouço jurídico do direito internacional do trabalho analisando os âmbitos de aplicação e interpretação das normas da OIT no Brasil.

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA e WILSON KREDENS DA PAZ abordam a importância dos efeitos jurídicos e econômicos da concepção jurisprudencial de essencialidade dos bens para a atividade empresarial na recuperação judicial, compondo uma base sólida para a solução de questões emergentes.

FRANCISCO ERCÍLIO MOURA e ANTONIO TORQUILHO PRAXEDES oferecem uma valiosa contribuição para a área trabalhista, com substancial pesquisa sobre a possibilidade de fragilização da relação de emprego no Brasil por meio da terceirização e da desregulação laboral.

ILDETE REGINA VALE DA SILVA e VIVIANE CANDEIA PAZ investigam a relação de emprego dispondo sobre a sua proteção constitucional contra a despedida sem justa causa ou arbitrária.

LUCIANA DE TOLEDO TEMER LULIA e ERIKA KAZUMI KASHIWAGI revelam aspectos da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas na sociedade pós-moderna.

LUIZ EDUARDO DIAS CARDOSO sob a ótica dos direitos fundamentais, explica as condições de concessão de aposentadoria a estrangeiro residente no Brasil, inclusive com a possibilidade de soma de tempo trabalhado no exterior.

MÁRCIA MARGARETE DOS SANTOS LIMA apresenta interessante texto com base em sua profunda experiência com atividades de trabalhadores no âmbito do Terceiro Setor.

MILENA ZAMPIERI SELLMANN e SUHEL SARHAN JUNIOR desenvolve completo estudo sobre a importância, as condições e principais aspectos do contrato de franquia e o direito social ao trabalho como meios de concretização da justiça social.

RENATO CHAGAS MACHADO e THIAGO CUSTODIO PEREIRA discutem o problema da vigência da convenção 158 da OIT no Brasil, analisando a sua ratificação e denúncia frente às normas internas e princípios que regem os tratados internacionais de direitos humanos.

RODRIGO ESPIÚCA DOS ANJOS SIQUEIRA e THAIS JANAINA WENCZENOVICZ em excelente artigo analisam vários casos constantes da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná), com base na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

SERGIO LOPES ITURVIDE e SANDRA MARA MACIEL DE LIMA levantam questões como o papel dos órgãos gestores da mão de obra em nossos portos e os resultados das inovações tecnológicas, em face à eficácia dos direitos fundamentais do trabalhador avulso com as inovações da lei 12.815/2013.

THIAGO PENIDO MARTINS apresenta uma leitura da judicialização da saúde, com debate relativo a direitos e obrigações dos convênios, a partir da eficácia dos direitos à saúde, à liberdade contratual e à liberdade de iniciativa.

Agradecendo a todos que tornaram possível esta obra, desejamos ótima leitura!

Prof. Dr. Francisco Cardozo Oliveira - Unicuritiba

Profa. Dra. Mara Darcanchy - UNIB

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE DAS RELAÇÕES PRIVADAS: UMA LEITURA A PARTIR DA EFICÁCIA DOS DIREITOS À SAÚDE, À LIBERDADE CONTRATUAL E À LIBERDADE DE INICIATIVA

JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD DE LAS RELACIONES PRIVADAS: UNA LECTURA DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS A LA SALUD, LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y LA LIBERTAD DE INICIATIVA

Thiago Penido Martins

Resumo

o artigo tem como objetivo realizar o estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, especialmente da eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários. Podem as operadoras de planos privados de assistência à saúde serem compelidas a cobrir procedimentos médicos e hospitalares não considerados obrigatórios ou que não sejam objetos do contrato, em nome da eficácia direta do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas particulares? Os particulares estão obrigados a assegurar e realizar direitos fundamentais sociais de natureza prestacional a outros particulares?

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direito à saúde, Planos de saúde, Cobertura, Eficácia dos direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

el artículo tiene como objetivo el estudio de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas, especialmente la eficacia de la derecho a la salud en la relación jurídica entre los proveedores de seguros privados de asistencia sanitaria y sus beneficiarios. ¿Están los proveedores de seguros privados de atención de la salud obligados a cubrir los procedimientos médicos y hospitalarios no obligatorios o que no son objetos del contrato en nombre de la eficacia del derecho fundamental a la salud? Los particulares están obligados a garantizar y realizar los derechos sociales fundamentales naturaleza prestacional a otras personas?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos fundamentales, Derecho a la salud, Cobertura, La efectividad de los derechos fundamentales

1 - Introdução

Hodiernamente, as principais controvérsias jurídicas envolvendo as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários versam sobre a cobertura de procedimentos médico-hospitalares. As demandas judiciais, em sua maioria, dizem respeito a ações propostas pelos beneficiários mediante as quais pretendem que as operadoras de planos privados de assistência à saúde sejam obrigadas a cobrir e custear procedimentos médico-hospitalares ou eventos de saúde cuja cobertura não se encontra previamente contratada.[1]

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

Os casos judiciais atinentes à cobertura de procedimentos médico-hospitalares pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde raramente adentram na discussão do relevante tema da eficácia do direito fundamental à saúde no âmbito das relações jurídicas entre particulares, quedando a análise restrita, na maioria das vezes, a abusividade das cláusulas contratuais limitadoras da cobertura, sob a perspectiva das normas jurídicas de natureza consumerista.[2] Nesse sentido são as observações de SARMENTO, segundo as quais:

> (...) na jurisprudência brasileira ocorre um fenômeno de certa forma curioso. Não são tão escassas as decisões judiciais utilizando diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado. Porém, com raras exceções, esses julgamentos não são precedidos de fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Na verdade, somente agora vem encontrando eco nos nossos pretórios a fértil discussão sobre condicionamentos e limites para aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada. (SARMENTO, 2008, p. 250)

---

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

[2]

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

2 O direito à saúde na legislação infraconstitucional

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

Conforme preceitos normativos contidos na Lei Federal n.º 8.080 de 1990, em consonância com aqueles contidos no artigo 196 do texto constitucional, a saúde constitui direito fundamental de todos os indivíduos, sendo dever do poder estatal prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, dever que, todavia, não exclui os deveres atribuídos aos particulares e à sociedade como um todo.[3] Ainda em conformidade com o referido diploma legal e com os preceitos constitucionais contidos no artigo 199 do texto constitucional, nos serviços privados de assistência à saúde é permitida à atuação direta da iniciativa privada, que poderá desenvolver atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde, observados os limites estabelecidos em lei.

Em razão da essencialidade e relevância do direito à saúde, partindo da premissa da hipossuficiência dos indivíduos, o legislador ainda editou a Lei Federal n.º 9.656 de 1998, diploma normativo específico destinado a regulamentar a atuação da iniciativa privada no fornecimento de serviços de planos e seguros privados de assistência à saúde. Além do mais, o poder público, com o objetivo de fiscalizar a qualidade dos serviços prestados em saúde,

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

criou, através da edição da Lei Federal n.º 9.961 de 2000, agência reguladora específica para disciplinar as atividades de prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada, denominada de Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia federal, incumbida de fiscalizar e monitorar o mercado de saúde suplementar, regulamentando as relações jurídicas contratuais entre as seguradoras e operadoras de planos privados de saúde e seus beneficiários.

Além deste extenso arcabouço normativo, destinado a regulamentar e concretizar o direito à saúde tutelado pelo texto constitucional, destaca-se que as atividades desempenhadas pelas seguradoras e operadoras de plano de assistência à saúde, por configurarem relações jurídicas de natureza consumerista, ainda estão submetidas aos preceitos normativos contidos na Lei Federal n.º 8.078 de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, o qual tem por desiderato precípuo tutelar os direitos do consumidor, conferindo-lhes maior lastro protetivo, ao, por exemplo, prever a nulidade das cláusulas abusivas, ao atribuir às operadoras de planos privados de assistência à saúde os deveres contratuais de transparência, de informação, ao permitir a inversão do ônus da prova no âmbito no âmbito da relação processual, dentre outras normas protetivas aos direitos do beneficiário consumidor.

3 A densificação legislativa do direito à saúde nas relações entre particulares

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

Este diploma legal constitui, portanto, verdadeiro estatuto jurídico de proteção aos beneficiários consumidores, inclusive amparado pelo princípio da proibição do retrocesso. Com o intuito de conferir máxima efetividade e proteção ao direito à saúde, limitou consideravelmente a autonomia privada e liberdade contratual das operadoras de planos privados de assistência à saúde, ao estabelecer a obrigatoriedade de que todo plano privado de

assistência à saúde promova, necessariamente, a cobertura de rol obrigatório de procedimentos médico-hospitalares.[4]

A Lei Federal nº 9.656 de 1998, em seu artigo 10, objetivando proteger os beneficiários, instituiu rol de procedimentos e eventos em saúde que são de cobertura obrigatória pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, dando origem ao denominado plano referência de assistência à saúde, que possui conteúdo predeterminado, proporcionando ao beneficiário cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, que compreende partos e tratamentos realizados exclusivamente em território nacional, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde.

A Lei Federal nº 9.656 de 1998, além de disciplinar o plano referência, regulamenta a existência de outras cinco modalidades segmentadas de planos privados de assistência à saúde, explicitando, em cada uma delas, de forma detalhada, as exigências mínimas de cobertura contratual de procedimentos médicos e eventos em saúde. Tratam-se do plano ambulatorial, disciplinado pelo inciso I, do artigo 12, o plano hospitalar, disciplinado pelo inciso II, do artigo 12, o plano obstétrico, disciplinado pelo inciso III, do artigo 12, o plano odontológico, disciplinado pelo inciso IV, do artigo 12, além do plano completo. Além do mais, o artigo 10, estabelece rol de procedimentos e eventos em saúde que expressamente não são de cobertura obrigatória,[5] em razão de sua não essencialidade.

Em todas as modalidades de planos privados de assistência à saúde as operadoras estão obrigadas a prestar aos seus beneficiários consumidores, além dos eventos e procedimentos contratados, ao menos os procedimentos médicos considerados obrigatórios e indispensáveis para a proteção da saúde humana, conforme determinação estabelecida pela

---

[4] Atualmente encontra-se em vigor a Resolução Normativa RN nº. 338 de 21 de outubro de 2013, cuja elaboração contou com a efetiva participação dos representantes do setor, através das reuniões e trabalhos desenvolvidos pelos grupos técnicos, e possibilitou a participação de toda a sociedade através de Consulta Pública. O novo normativo é composto pelo corpo da RN nº 338/2013, que norteia a atenção à saúde na saúde suplementar e pelos anexos I, que lista os procedimentos de cobertura mínima obrigatória, II, que define as diretrizes de utilização para alguns procedimentos, III, que dispõe as diretrizes clínicas na saúde suplementar e IV, que apresenta os Protocolos de Utilização. A RN nº 338/2013 conta com 3.194 procedimentos dispostos em quatro grandes capítulos: Procedimentos Gerais; Procedimentos Clínicos, Ambulatoriais e Hospitalares; Procedimentos Cirúrgicos e Invasivos e procedimentos Diagnósticos e Terapêuticos e podem ser classificados de acordo com a segmentação contratada.

[5] São eles: tratamento clínico ou cirúrgico experimental; procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; inseminação artificial; tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; tratamentos ilícitos ou antiéticos; casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Agência Nacional de Saúde Suplementar, em consonância com as diretrizes elaboradas pela Organização Mundial de Saúde. NÓBREGA, analisando a obrigatoriedade de cobertura de procedimentos médicos pelas operadoras de planos privados de saúde, tece as seguintes considerações:

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

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

Conforme destaca NÓBREGA, a proteção contratual atribuída pelo legislador aos beneficiários consumidores com estabelecimento de plano referência teve por objetivo, “impedir que o fornecedor se aproveite da vulnerabilidade do consumidor para procurar ganho fácil.” Ao dar origem ao arcabouço normativo contido na Lei Federal n.º 9.656 de 1998, o legislador exerceu a importante função de concretização e regulamentação do direito fundamental à saúde no âmbito das relações jurídicas entre particulares, restringindo parcela da autonomia privada, da livre iniciativa e da liberdade contratual das empresas operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Verifica-se, portanto, que a questão da cobertura de procedimentos médicos foi objeto de disciplina específica pelo legislador, que possui a tarefa precípua, na condição de instância democraticamente legitimada, de proceder às ponderações entre a proteção do direito à saúde e o grau necessário de restrição à autonomia privada e à liberdade contratual das operadoras de planos privados de assistência à saúde. Nesse sentido, na apreciação do caso concreto, as ponderações e decisões materializadas pelos órgãos legislativos não poderão ser

desconsideradas pelo intérprete aplicador, tendo em vista que, a princípio, "a harmonização entre os deveres de solidariedade e o espaço de liberdade dos particulares é tarefa para o legislador, como instância democraticamente legitimada para proceder a complexas ponderações de interesse, envolvendo valores tão abstratos e incorpóreos.[6] Segundo entendimento adotado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a aplicação direta dos direitos fundamentais terá lugar quando:

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

SARMENTO sustenta, portanto, na esteira dos principais defensores da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, que as opções legislativas adotadas pelo legislador deverão ser respeitadas pelo intérprete e por aqueles que exercem a função jurisdicional. A existência de prévias ponderações realizadas entre direitos fundamentais e valores consagrados constitucionalmente, como as realizadas pelo legislador ao editar o arcabouço normativo da Lei Federal n.º 9.656 de 1998, mediante o qual houve a ponderação dos direitos fundamentais à saúde e autonomia privada, deve ser respeitada pelo intérprete.[7]

4 Eficácia do direito à saúde e judicialização das relações entre as operadoras de planos privados de saúde e seus beneficiários

O intérprete não pode se olvidar que, em princípio, o direito a saúde é dever do poder público, sendo juridicamente inadequado sustentar que os particulares estejam, em todas as situações, diretamente vinculados ao direito fundamental à saúde ao ponto de se impor obrigações de prestar serviços, realizar procedimentos ou fornecer medicamentos fora aqueles considerados obrigatórios e que tenham sido objeto de contratação pelo beneficiário. Assim, as operadoras de plano de assistência à saúde, fora os procedimentos e eventos em saúde considerados de cobertura obrigatória, não se encontram diretamente vinculadas ao direito à

---

[6] SARMENTO, 2008, p. 297.

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

saúde ao ponto de serem obrigadas a cobrir procedimentos médicos que não foram objetos do contrato.

O Estado jurisdicional não pode agir contrariamente ou em desconformidade com o Estado regulador e impor ao particular a obrigação de cobrir procedimentos para além daqueles objeto do contrato, cujo conteúdo já foi objeto de regulamentação legislativa e mediante a edição de regulamentos específicos expedidos pelas agências regulatórias, sob pena de violação ao princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Propositor de uma solução diferenciada, mas simpático à teoria eficácia indireta dos direitos fundamentais de natureza social, STEINMETZ sustenta de forma veemente que os particulares "não estão obrigados, ante o direito fundamental social à saúde, a criar hospitais, postos ou ambulatórios de saúde nem a pagar tratamentos médicos para outros particulares", por não constituir "dever jurídico-constitucional dos particulares, por força dos direitos fundamentais a prestações, propor, planejar e executar políticas sociais e econômicas – embora delas possam participar como colaboradores ou em parcerias." Pondera que a concretização do direito à saúde, enquanto direito fundamental social, além de constituir dever do poder público, nos termos do texto constitucional:

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

Se quando da celebração do contrato de plano privado de assistência à saúde o beneficiário, devidamente informado acerca da extensão da cobertura proporcionada por cada uma das modalidades de planos de assistência a saúde, em conformidade com as normas regulamentatórias, ciente da existência de outras modalidades de planos com cobertura mais abrangente[8], opta, por questões econômicas ou por livre manifestação da vontade, por contratar o plano referência ou com cobertura menos abrangente, não poderá pleitear judicialmente da operadora de planos privados de assistência à saúde, que sejam cobertos

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

procedimentos médicos não considerados obrigatórios ou que não foram objetos de contratação, com fundamento direto e exclusivo no direito fundamental à saúde. SARLET, um dos principais defensores da eficácia direta dos direitos fundamentais sociais nas relações jurídicas entre particulares, posiciona-se no sentido de que é necessário apreciar a questão com cautela, sendo necessário ponderar as peculiaridades do caso concreto:

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

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

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

Ressalte-se, se a cláusula contratual que estabelece a exclusão for elaborada em estrita observância ao conjunto de normas protetivas estabelecidas pela Lei Federal n.º 9.656 de 1998, e, portanto, não preveja a exclusão de procedimento ou evento em saúde considerado, para aquela modalidade de plano de saúde contratada, de cobertura obrigatória, não há sequer

como cogitar a sua abusividade, com fundamento nos preceitos legais contidos no artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor.

O reconhecimento da abusividade de cláusula de exclusão, neste caso, implicaria no reconhecimento indireto da inadequação das normas da Lei Federal n.º 9.656 de 1998, bem como das diretrizes estabelecidas pela Organização Mundial da Saúde e Agência Nacional de Saúde Suplementar face ao direito fundamental à saúde, o que não pode prosperar. Nessa hipótese os órgãos jurisdicionais teriam que assumir o ônus argumentativo de demonstrar a inconstitucionalidade das normas jurídicas contidas na Lei Federal n.º 9.656 de 1998.

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

Há que se levar em consideração que o ordenamento jurídico também assegura aos particulares os direitos fundamentais à liberdade e à livre iniciativa, bem como a autonomia privada. Não é o fato de ser o particular detentor de poder financeiro que o tornará necessariamente devedor de prestações materiais não contratadas ou não consideradas legalmente obrigatórias em nome do direito fundamental à saúde.

A admissão de uma eficácia irrestrita e incondicionada do direito à saúde no âmbito das relações jurídicas entre as operadoras de planos privados de saúde e seus beneficiários e, até mesmo, em relação aos terceiros não beneficiários[9], ao ponto de torná-las obrigadas a cobrir procedimentos ou tratamentos médicos não obrigatórios ou que não foram contratados, viola o direito fundamental à livre iniciativa, autonomia privada e liberdade contratual, arrostando a própria eficácia do princípio da preservação da empresa.

Que as empresas operadoras de planos privados de assistência à saúde possuem responsabilidade social é inegável. Contudo, a responsabilidade social não pode ser deturpada ao ponto de se transferir aos particulares o dever de realizar um direito social de cunho

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

prestacional cuja consecução é dever precípuo do poder público, dando origem a um verdadeiro solidarismo jurídico.[10] Destaca SAMPAIO JÚNIOR:

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

A adesão incondicionada e irrefletida a uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, especialmente dos direitos da natureza social, como é o caso do direito à saúde, redundaria em problema de difícil e complexa solução, "saber até que ponto a constituição pode determinar o modo pelo qual os indivíduos devem conduzir suas vidas".[11] A aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares não pode desconsiderar que nossa ordem constitucional assegura aos indivíduos um espaço de autorregulação civil, que deve ser protegido.[12]

Neste sentido é que BILBAO UBILLOS adverte para o fato de que é necessário ter cautela para não se converter todas as questões jurídicas da vida civil em conflitos entre direitos fundamentais, ao se formular o seguinte questionamento "não estaremos pedindo em demasia à Constituição?"[13] Para CANOTILHO, a despeito da ordem privada não estar divorciada da ordem constitucional, sofrendo seus influxos, é preciso se atentar para os riscos e indesejáveis conseqüências da banalização da adoção da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, ao assim se manifestar:

---

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

[11] PEREIRA, 2006, p. 192.

[12] Nesse sentido, relevantes são as considerações tecidas por NOVAIS, segundo o qual: "*Nas relações entre particulares, tudo o que não é proibido é permitido. Obviamente, se a tese da eficácia directa levasse verdadeiramente a sério as suas premissas, há muito que teria remetido esta máxima para o museu de antiguidades: só seria permitido tudo o que não fosse proibido, mas que simultaneamente não contrariasse, entre outros, o princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da segurança jurídica, o princípio da socialidade e, mas que isso, qualquer uma das infindáveis refracções em que se desenvolve o alargado elenco dos direitos fundamentais de qualquer Constituição ou Estado de Direito."* (2007, p. 376).

[13] Segundo o autor: *"No estaremos pidiendo demasiado a la Constitución".* (2006, p. 301).

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

A atividade de concretização do direito à saúde em relações jurídicas entre particulares não pode assumir as vestes de um discurso comunitarista, marcado pelo assistencialismo ou paternalismo jurídico, bem como pelo desmensurado ativismo judicial, ao ponto de inviabilizar a própria existência das operadoras de planos privados de assistência à saúde. Conforme destaca CANOTILHO, "os juízes não podem se transformar em conformadores sociais"[14].

BARROSO, ao dissertar sobre a atuação dos órgãos jurisdicionais na concretização do direito à saúde tece relevantes considerações sobre os limites imanentes a esta função estatal, ao sustentar que "o Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação"[15], entretanto, "não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos"[16]. E citando AMADO, conclui "querer ser mais do que se é, é ser menos". [17]

Nesse diapasão, diante de situação em que se verifique que um beneficiário necessita de procedimento ou evento não coberto pelo plano privado de assistência à saúde, não sendo aquele procedimento previsto como de cobertura obrigatória pela legislação de regência e objeto do contrato, não se está a sustentar que ao indivíduo deve ser negada a tutela judicial do direito fundamental à saúde, mas tão-somente que, esta tutela seja deferida para obrigar o poder público, e não o particular, operadora de planos privados de assistência à saúde, a

[14] CANOTILHO, 2003a, p. 946.

[15] BARROSO, 2009, p. 13.

[16] BARROSO, 2009, p. 13.

[17] Apud, BARROSO, 2009, p. 13.

custear o procedimento ou evento necessário, uma vez que é dever precípuo do poder público, em nosso ordenamento jurídico, promover a saúde através de políticas sociais e econômicas.[18]

A transferência ao particular da obrigação de concretizar o direito a saúde, quando o texto constitucional atribui este dever ao poder público, representa inquestionável afronta aos direitos fundamentais à livre iniciativa, liberdade contratual e autonomia privada.[19] Conforme destaca BARROSO:

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

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

---

[18] O Supremo Tribunal Federal possui remançosa jurisprudência no sentido de ser dever do poder público asssegurar as condições básicias para a efetividade do direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição da República. RE 556.886/ES (adenocarcinoma de próstata); AI 457.544/RS (artrite reumatóide); AI 583.067/RS (cardiopatia isquêmica grave); RE 393.175-AgR/RS (esquizofrenia paranóide); RE 198.265/RS (fenilcetonúria); AI 570.455/RS (glaucoma crônico); AI 635.475/PR (hepatite "c"); AI 634.282/PR (hiperprolactinemia); RE 273.834-AgR/RS (HIV); RE 556.288/ES (insuficiência coronariana); AI 620.393/MG (leucemia mielóide crônica); AI 676.926/RJ (lipoparatireoidismo); AI 468.961/MG (lúpus eritematoso sistêmico); RE 568.073/RN (melanoma com acometimento cerebral); RE 523.725/ES (migatia mitocondrial); AI 547.758/RS (neoplasia maligna cerebral); AI 626.570/RS (neoplasia maligna cerebral); RE 557.548/MG (osteomielite crônica); AI 452.312/RS (paralisia cerebral); AI 645.736/RS (processo expansivo intracraniano); RE 248.304/RS (status marmóreo); AI 647.296/SC (transplante renal).

[19] Conforme destaca STERN, mesmo nas relações entre particulares em que há uma desigualdade fática entre os sujeitos de direito envolvidos, não há como igualá-la a uma relação entre indivíduo e o poder estatal, já que não resta afastado do caráter jurídico-privado da relação, bem como a nota de subordinação, peculiar as relações jurídicas que envolvem o poder público. (1987, 1591). Destaca-se, ainda, excerto do voto preferido pelo Ministro Marco Aurélio na ADI 1.950, cujo objeto era a análise da constitucionalidade de lei estadual que previa a obrigação de particulares de garantirem a estudantes o direito ao pagamento de meia-entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer. Segundo destacou o Ministro, *"essa forma de dispor, entretanto, com interferência de fundo na livre iniciativa, sem uma contrapartida, cumprimentando o Estado – e a premissa é esta – com chapéu alheio, é consentânea com a Constituição Federal? (...) Não vejo como se fixar esse ônus, que acaba sendo suportado, ante a transferência, pela sociedade, tendo em conta a majoração da entrada para aqueles que não gozam do benefício, mediante uma norma, repito, não razoável, porque nela não se contém a contrapartida, ou seja, uma compensação – havendo uma desvantagem siginificativa – da perda por aqueles que se lançam ao mercado, na vida comercial, e precisam fugir à morte civil nesta mesma vida comercial, que é a falência."*(BRASIL, STF, ADI 1.590/SP, Rel. Eros Grau, Pleno, Dj 03/11/2005).

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

Salutar é o entendimento de MATEUS, no sentido de que o fato do beneficiário ter contratado plano privado de assistência à saúde menos completo, no exercício de sua autonomia privada, não lhe retira a possibilidade de pleitear face ao poder público o custeio de procedimentos e eventos de saúde não cobertos pelo contrato de prestação de serviços de saúde, tendo em vista que "como a saúde é garantida tanto pelo Estado quanto pela sociedade, é possível, em respeito à autonomia da vontade, que parte seja prestada pelo Plano de Saúde, e parte pelo Estado."[20]

Obviamente que em casos de urgência ou emergência, constatado que o beneficiário necessita de procedimento não coberto pelo plano de assistência a saúde contratado, sendo inviável a sua transferência para um hospital mantido pelo poder público, sem prejuízo à sua vida ou à integridade física, deverá a operadora de plano privado de assistência a saúde, em nome da proteção ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, cobrir o procedimento pleiteado, ressalvado, nesta hipótese, o direito de ser ressarcida pelo poder público pelos custos com a realização daquele procedimento.[21]

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

---

[20] MATEUS, 2008, p. 143.

[21] Até mesmo porque, no caso inverso esta regra é aplicável. Caso um indivíduo possua plano privado de assistência à saúde e, ainda assim, recorra ao sistema público de assistência à saúde, a Lei 9.656/98 assegura o ressarcimento ao poder público com base na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP). O entendimento de que as operadoras de planos privados de assistência à saúde deverão ser ressarcidas pelo erário público em razão dos serviços prestados em razão de determinação judicial, quando se tratarem de procedimento e eventos em saúde não contratados ou de cobertura não obrigatória é defendido por FUX (2000, p. 298-299).

As operadoras de planos privados de assistência à saúde, além de estarem indireta vinculadas aos direito à saúde, haja vista sua obrigação de concretizar o direito à saúde nos limites estabelecidos pela legislação infraconstitucional que disciplina e regulamenta as suas atividades de prestação de serviços médico-hospitalares, somente em hipóteses excepcionalíssimas[22], a partir de um juízo de ponderação que leve em consideração as peculiaridades do caso concreto, estarão diretamente vinculadas ao direito fundamental à saúde, como na hipótese acima exposta, em que a salvaguarda do direito à vida, integridade física e à dignidade da pessoa humana tornaram imperiosa a atuação do particular na efetivação deste direito constitucionalmente assegurado aos indivíduos, inclusive, em proteção ao mínimo existencial.[23] SARMENTO assim se manifesta:

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

Ademais, ao contrário do que possa parecer, há que se destacar que as teorias da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares não são autoexcludentes, mas sim complementares. Ambas podem atuar na garantia da eficácia dos direitos fundamentais, tal como proposto por CANOTILHO e ALEXY. O que se deve ter em vista é que, existindo legislação disciplinando e concretizando o conteúdo de determinado direito fundamental, como ocorre em nosso ordenamento jurídico com o direito à saúde, em que existem dois importantes diplomas normativos, deve-se sempre levar em consideração as ponderações realizadas pelo legislador, as quais somente poderão ser

---

[22] Neste sentido se posiciona FUX, para quem: *"o rompimento do contrato, e em última análise da própria ratio essendi constitucional, somente deve ser engendrado nas situações-limite, em que não haja outra solução para salvar a vida humana senão recorrer ao subsídio particular. Caso contrário, a promiscuidade do uso do setor privado fora do pactuado, através de liminares, encerrará decisão 'supostamente caridosa' porquanto olvida as carências relegadas a outros que também precisam da saúde financeira das entidades securitárias. Como coloquialmente se diz nopródigo vernáculo brasileiro."* (2000, p. 298-299).

[23] Observa SARLET que: *"O fato de se reconhecer – como Daniel Sarmento – a necessidade de elevada dose de prudência e, portanto, de bom senso, no reconhecimento de direitos subjetivos a prestações tendo por destinatários particulares, não poderá, por sua vez, levar à negação de tais direitos. Ademais, a eficácia – inclusive direta – das normas de direitos fundamentais sociais na esfera das relações entre particulares não se resume (e nem poderia) ao reconhecimento de posições jurídico-subjetivas de cunho prestacional, como, de resto, igualmente demonstrou Daniel Sarmento, referindo-se, em outras possibilidades, a efeitos negativos como ocorre com a aplicação do princípio da proibição de retrocesso, aqui apenas citada para ilustrar a assertiva."* (SARLET, 2006, p. 592).

afastadas caso se constate que a concretização efetuada pelo legislador não se deu de forma adequada àquela almejada pela ordem constitucional vigente.

Nessa hipótese, a partir de interpretação conforme a Constituição e do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, se deverá atribuir às normas jurídicas interpretação condizente com os objetivos almejados pelo constituinte. Não sendo possível interpretá-las conforme à Constituição, diante de sua incompatibilidade com o texto constitucional, deverá haver a declaração de sua inconstitucionalidade.

Não se pode olvidar também do princípio da legalidade que estabelece que ninguém será obrigado a fazer algo ou deixar de fazer, senão em virtude de lei, ainda mais quando se está diante de obrigações a prestações positivas. Conforme sustenta STEINMETZ, o intérprete assumirá o ônus argumentativo de apresentar razões jurídico-constitucionais de peso para afastar ou adequar a solução legislativa construída:

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

Nesse sentido, MARQUES sustenta que o direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais, deve ter seu conteúdo respeitado e concretizado nos termos e em conformidade com a legislação infraconstitucional, bem como em observância à exigência de tutela e proteção da dignidade da pessoa humana, caso a legislação infraconstitucional não tenha suficiente e adequadamente estabelecido a proteção que é necessária.

Constatada a inexistência ou a incompletude da legislação destinada a atribuir concretude ao direito fundamental, com base em um método tópico sistemático, a partir da análise das pecularidades e especificidades do caso concreto, ponderando os direitos fundamentais em conflito, competirá aos órgãos jurisdicionais concretizar o direito fundamental mediante o reconhecimento de sua eficácia direta no âmbito das relações jurídicas entre particulares.[24]

---

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

Além de se avaliar a autenticidade das vontades externalizadas pelos sujeitos quando da celebração do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, se se respeitou os deveres contratuais de informação, transparência e boa-fé, deverá ser analisado se o procedimento médico pleiteado é obrigatório ou não, bem como se a não cobertura do procedimento importará em risco para a vida ou integridade física do beneficiário, dentre outras peculiaridades inerentes ao caso concreto, eis que o direito à saúde, em sua dimensão prestacional, torna a atividade de ponderação ainda mais complexa do que aquela realizada quando se está diante de direito de cunho defesivo.[25]

Sem adentrar no mérito da imprescindibilidade ou essencialidade dos procedimentos e eventos em saúde considerados de cobertura obrigatória, bem como sem se questionar se determinados procedimentos ou eventos em saúde deveriam estar inseridos ou não na relação de procedimentos de cobertura obrigatória, haja vista tratar-se de ponderação a ser realizada por especialistas[26], fato é que o estabelecimento do rol de procedimentos de cobertura obrigatória e a garantia de sua observância pelos órgãos jurisdicionais, quando instigados a apreciarem demandas judiciais envolvendo pedidos de cobertura de procedimentos ou eventos em saúde não considerados obrigatórios ou que não tenham sido objeto de contratação, atribui segurança jurídica às relações jurídicas aperfeiçoadas entre operadoras de planos privados de saúde e beneficiários.[27]

Além de se garantir aos beneficiários procedimentos considerados como essenciais à proteção dos direitos fundamentais à saúde, integridade física e vida, o estabelecimento da referida relação atribui transparência às relações jurídicas, bem como segurança jurídica às operadoras de planos privados de assistência à saúde que, quando da celebração dos contratos de prestação de serviços médicos, passam a ter ciência da extensão de suas obrigações, ou

---

[25] Neste sentido SARMENTO: *"entendemos que, além da autonomia privada e de considerações a propósito da desigualdade material entre as partes, outros fatores também devem entrar na ponderação necessária ao reconhecimento da vinculação de um particular a um direito social prestacional, dentro de um caso concreto. Portanto, trata-se de uma ponderação ainda mais complexa do que aquela realizada para resolução de controvérsias envolvendo a eficácia dos direitos individuais de defesa na esfera privada."* (2008, p. 305).

[26] Segundo destaca BARROSO: *"O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da administração pública."* (2009, p. 35). SAMPAIO JÚNIOR, *"Há, porém, que se fazer uma ressalva no tocante ao paternalismo que se revela na jurisprudência, aqui designado pretoriano, que se refere à conduta do magistrado que, examinando o caso concreto, é tomado do mesmo espírito de humanidade que notabilizou o bom juiz Magnaud. Presume-se, para o bem da sociedade, que o processo legislativo, em suas mais variadas etapas, leva em consideração uma série de dados e estudos que não estão disponíveis para o magistrado no momento de prolatar a sua decisão."* (2007, p. 4827).

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

seja, da relação de procedimentos e eventos em saúde que estarão obrigadas a custear. Nesta linha de entendimento, conforme destaca CRUZ, os direitos fundamentais devem ajudar "a compor a essência de um sistema jurídico que pretenda legitimamente estabilizar as expectativas sociais de comportamento. Dessa forma, exigem respeito para sua natureza deontológica de modo a evitar a desnaturação do Direito em Política."[28]

No que concerne às operadoras de planos de saúde, a elaboração de uma relação de procedimentos e eventos em saúde de cobertura obrigatória, conjugado com sua efetiva observância e respeito pelos órgãos jurisdicionais, além de estabilizar e conferir segurança às relações jurídicas entre estes particulares, protegendo as legítimas expectativas dos particulares, assegura a mutualidade e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de plano de saúde, propiciando a preservação da empresa e, ao mesmo tempo, assegurando que a cobertura de determinado procedimento a um não prejudique o atendimento aos demais beneficiários.

Em uma relação contratual em que a liberdade contratual e a autonomia privada estão previamente conformadas à necessidade de proteção do direito à saúde, a prévia regulamentação das obrigações que estarão à cargo das operadoras de planos privados de assistência à saúde permite-lhes assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação de serviços médicos, pois, em se tratando de atividade empresarial, é risco das operadoras de planos privados de assistência à saúde "avaliar os custos e riscos, devendo socializar as perdas, ou seja, contar com todos os riscos que poderão vir a correr no curso do investimento, ao calcular o preço de seus serviços"[29], razão pela qual devem ter efetiva ciência de suas obrigações contratuais para que possam calcular os custos, pois se calcularem mal o erro não poderá ser imputado ao beneficiário consumidor, em razão da proteção que lhe é conferida pela legislação.

Considerações Finais

É necessário conferir segurança jurídica às relações jurídicas entabuladas entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários, protegendo a legítima expectativa das operadoras, que deverão, no momento da celebração do contrato, observando os preceitos normativos contidos na legislação de regência, ter efetiva ciência da

[28] CRUZ, 2007, p.354.

[29] SILVA, 2007, p. 180.

exata extensão de suas obrigações para com seus beneficiários, de forma a poder celebrar contrato em que seja garantido o equilíbrio econômico-financeiro para as partes interessadas.

As atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem estar ao alvedrio de subjetivismos e ativismos judiciais que, desprezando totalmente a legislação infraconstitucional existente, fruto da atuação legítima e democrática do poder legiferante, impõe obrigações não previstas como obrigatórias ou que não tenham sido objeto de contrato. A despeito de ter o texto constitucional estabelecido o princípio da solidariedade entre o poder público e a sociedade civil em relação ao direito a saúde, esta solidariedade não pode ser, em toda e qualquer situação, interpretada de forma a se estender aos particulares obrigações de cobrir e custear procedimentos médicos, de fornecer medicamentos ou a concretizar outras prestações materiais, sob o fundamento de que o direito à saúde possui eficácia direta e imediata nas relações jurídicas privadas.

Isto porque, este dever é atribuído, nos termos do artigo 196 do texto constitucional, precipuamente, ao poder público, que terá que desenvolver políticas públicas de pleno acesso e promoção da saúde. Os particulares estão vinculados apenas indiretamente ao direito fundamental à saúde e, apenas em situações excepcionais, justificáveis do ponto de vista constitucional, esta vinculação se dará de forma direta e imediata. A imposição aos particulares de deveres à prestações de saúde, fora das hipóteses legalmente ou contratualmente previstas, colide com o princípio da liberdade de iniciativa, insculpido no inciso IV, do artigo 170, da Constituição da República, e, portanto, com a economia de mercado, bem como representa afronta aos direitos fundamentais à liberdade, à propriedade e à autonomia privada, aos princípios da legalidade, separação de poderes e segurança jurídica.

Se a pretensão é majorar o grau de proteção ao direito à saúde, que se proceda democrática e legitimamente à inclusão de outros procedimentos no rol de procedimentos de cobertura obrigatória, pois, ao menos desta forma, as operadoras de planos privados de assistência à saúde terão efetiva ciência de quais são suas exatas obrigações perante o beneficiário, mensurando de forma precisa os custos e riscos dos serviços a serem prestados, assegurando o equilíbrio da relação contratual.

Não se pode compreender a saúde suplementar como uma extensão da saúde pública, ao ponto de justificar uma idêntica vinculação das operadoras de planos privados de assistência à saúde àquela verificada em relação ao poder público. Nem a Constituição, nem a legislação infraconstitucional estabelecem o dever das operadoras de oferecerem assistência à saúde de forma integral e irrestrita, em substituição ao dever do Estado. Tal interpretação traria consequências incomensuráveis para o mercado.

O hermeneuta, além de observar a legislação infraconstitucional, que estabeleceu procedimentos de cobertura obrigatória, bem como os impactos econômicos de uma decisão judicial que obrigue à operadora de plano privado de assistência à saúde a custear procedimento ou evento em saúde de cobertura não obrigatória ou que não tenha sido objeto do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, deverá considerar em sua decisão a existência de fundado risco à vida, saúde ou integridade física do beneficiário, para, nessas hipóteses, afastar as ponderações já realizadas pelo legislador e determinar que a operadora de plano privado de assistência à saúde seja compelida cobrir procedimento ou evento em saúde de cobertura não obrigatória ou que não tenha sido objeto de contratação, sem prejuízo de eventual direito de regresso contra o poder público.

É preciso ter sensatez e cautela, pois sob o pretexto de proteger e garantir a máxima eficácia do direito à saúde, mediante a incondicional aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre as operadoras de planos privados de assistência à saúde e seus beneficiários, poderá, reversamente, se estar, na realidade, priorizando um direito individual em detrimento do direito de toda uma coletividade de beneficiários. Sustentar irrefletidamente a eficácia direta do direito fundamental à saúde nas relações jurídica privadas pode implicar na própria supressão do espaço de autoregulação civil assegurado pela ordem constitucional, decorrente da tutela conferida à liberdade e à autonomia privada, bem como em afronta direta ao princípio da liberdade de iniciativa e do direito de propriedade, em decorrência da transferência indevida de um ônus público aos particulares.

Nesse diapasão, reconhecendo a grandiosidade e complexidade do tema, buscou-se apresentar críticas, questionamentos e apontamentos que possam ser úteis para o aperfeiçoamento do estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, bem como contribuir para a elaboração de soluções capazes conciliarem a normatividade e efetividade do direito fundamental à saúde, com a indispensável proteção dos direitos fundamentais à autonomia privada, liberdade, propriedade, liberdade de iniciativa, legalidade e segurança jurídica, todos imprescindíveis às relações de direito privado, tutelando, pilares do Estado Democrático de Direito.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2014.

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

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLTET, Ingo Wolfgang. (Orgs.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado.** Coimbra: Almedina, 2007, p.145-163.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004. p.190-215.

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

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

FUX, Luiz. Tutela Antecipada e Plano Privado de Saúde. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito & Medicina. aspectos jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.283-300.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 162 p.

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

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

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Desigualdade social, solidariedade jurídica e os seus reflexos no direito contratual brasileiro. In: Conpedi; Centro Universitário de Maringá. (Org.). **Anais do XVIII Encontro Nacional do Conpedi.** 1ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, v. 1, p. 7278-7293.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007a. 503 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36, p. 54-104, 2000.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 362 p.

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

STERN, Klaus. **Derecho Del Estado de la Republica Federal Alemana.** Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón (Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

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