UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: ASPECTOS CRÍTICOS DA FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

SANDRA KRIEGER GONÇALVES

Itajaí-SC
2015

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: ASPECTOS CRÍTICOS DA FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

SANDRA KRIEGER GONÇALVES

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Cesar Luiz Pasold

Itajaí-SC
2015

AGRADECIMENTOS

A Deus, em quem repousa minha fé e minha convicção de que os acontecimentos da vida humana contêm em si um propósito divino.

Ao Professor Doutor Cesar Luiz Pasold, que é para mim um modelo de Advogado, Professor e Pesquisador, pelo seu caráter e compromisso com a Ciência Jurídica, meu sincero agradecimento por todo o seu tempo, atenção e suporte na realização desta pesquisa.

À minha mãe, Dinorah, pelo exemplo de pessoa que é, e muito especialmente, pela revisão vernacular efetuada com a paciência e o carinho que lhe são peculiares.

A Pablo Dietrich, jovem advogado, pela inestimável colaboração e pelas discussões de sábados em sua agradável companhia.

A João Vitor Krieger, pela pesquisa e pelas traduções do idioma alemão.

A Jair Barros, por me convencer de que sonhos são possíveis e de que faz parte do pensamento racional acreditar em si mesmo.

Ao Advogado e Mestre Levi Hülse, por partilhar comigo as dificuldades e as alegrias na vida acadêmica e pelo carinho e amizade.

Aos Advogados João Gabriel Krieger, Patrícia Christen Buerger, Fábio Alexandre Loes, Juliana Schütz Machado, Rodrigo Stachoviak Palermo e Clênio Denardini Pereira, integrantes da Sociedade Krieger Advogados, pelo apoio intelectual, pelas preciosas contribuições e por compreenderem minhas ausências.

Ao corpo docente do Programa de Doutorado da UNIVALI e muito especialmente à Msc. Jaqueline Moretti Quintero, grande companheira de viagem, por sua atenção e presteza.

DEDICATÓRIA

À Professora Doutora Patrícia Luíza Kegel, minha amiga de longos anos, por partilhar comigo belas horas e momentos difíceis, que fazem parte da vida, por nunca deixar de me emprestar sua lealdade, sua perspicácia e sua cultura jurídica, em intermináveis conversas regadas a vinho, sem prejuízo da lucidez de suas ideias.

Aos meus filhos João Gabriel, João Vítor e Maria Eduarda, pelo olhar que refresca a alma, pelo abraço que conforta e por existirem em minha vida.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 05 de fevereiro de 2015.

SANDRA KRIEGER GONÇALVES
Doutoranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.	Ano
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
coord.	coordenação
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ed.	edição
et al.	e outros
n.	número
org.	organização
p.	página

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que a autora considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Constituição: é a ordenação racional de determinada comunidade por meio de um documento, no qual se fixam os limites do poder dos governantes, estipulando-se um conjunto de normas que estatuem as competências dos órgãos do Estado e disciplinam as interações e controles mútuos entre esses órgãos, bem como estabelecem diretrizes valorativo-programáticas que vinculam o Estado a ações positivas de concretização de direitos fundamentais, no intuito de prover às necessidades coletivas e difusas de seus membros.[1]

Constitucionalismo: movimento indispensável à garantia e efetivação dos direitos em dada Sociedade, cuja força está em erguer, num primeiro momento, o Princípio do governo limitado pela ordem jurídico-constitucional para, em seguida, exigir prestações positivas e fraternais ao governo, no sentido da necessidade de este assegurar e concretizar os Direitos Fundamentais dos seus administrados.[2]

Constitucionalismo Clássico: é o segmento inicial do movimento constitucionalista, caracterizado pela existência de um conjunto de Princípios, escritos ou não, limitativos do poder do monarca.[3]

Constitucionalismo Contemporâneo: é o "[...] movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo [...]sob a bandeira 'neoconstitucionalista' defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores;

---

[1]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado nas obras CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 46.; e MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64.

[2]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 45; e NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 33.

[3]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 46.

uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo".[4]

Constitucionalismo Moderno: é o segmento do movimento constitucionalista, erigido a partir do século XVII, que critica a forma tradicional de domínio político, fomentando uma nova ordenação, na qual o Estado Democrático de Direito assume suas feições.[5]

Direito: é o conjunto de normas (regras e princípios) genéricas e abstratas que disciplinam a vida em determinada Sociedade, e cuja imperatividade é garantida pelo Estado[6].

Direito de Saúde Suplementar: sub-ramo do direito econômico que disciplina tanto em caráter técnico, quanto em caráter financeiro, a atividade de prestação coletiva, empresarial ou liberal de assistência privada à saúde, bem como as relações jurídicas entre todos os segmentos sociais envolvidos no respectivo setor, a saber, governo, operadores de mercado, prestadores de serviços médicos e consumidores, sob o jugo da regulação estatal.[7]

Direito à Saúde: constitui-se em Direito Público Subjetivo de todos à promoção, proteção e recuperação da integridade físico-psíquica, bem como à redução dos riscos de tê-la de alguma forma prejudicada ou mitigada, incumbindo ao Poder Público efetivar e implantar políticas socioeconômicas que garantam aos cidadãos o acesso universal à assistência médico-hospitalar.[8]

Direito Econômico: ramo da Ciência Jurídica destinado ao estudo e compreensão dos fenômenos econômicos e seu impacto nas relações jurídicas, adotando como

---

[4]Conceito operacional baseado na obra STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva. p. 36-37.

[5]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988; e CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 46.

[6] Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-9.

[7]Conceito Operacional baseado na obra FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7.

[8]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 27.

primazia as atividades econômicas existentes e tendo por finalidade regulamentar a atividade econômica do mercado, estabelecendo limites e parâmetros para empresas privadas e públicas através do estabelecimento de uma política econômica no sentido de concretização dos ditames e princípios constitucionais.[9]

Direitos Fundamentais: direitos assentes na ordem jurídico-constitucional, em dado tempo e espaço, que radicam no Direito natural e que transcendem o próprio poder constituinte como princípios axiológicos fundamentais; constituem normas limitativas do poder dos governantes, que obstaculizam infringências na esfera jurídica dos indivíduos. Possuem caráter aberto e valorativo, do que resulta neste ponto a sua sinonímia com Princípios Constitucionais.[10]

Direitos Humanos: preceitos de caráter universal, reconhecidos desde o direito natural e que perpassam as fronteiras das nações e adquirem um caráter permanente, servindo como instrumento de proteção dos direitos inerentes ao ser humano; situam-se no plano dos fins últimos da pessoa, da Sociedade e do Estado de conformidade com o sentido da vida e da liberdade.[11]

Direitos Sociais: são espécies de Direitos Fundamentais de segunda geração, que se caracterizam como liberdades positivas, cuja finalidade é melhorar as condições de vida dos indivíduos, dando primazia à igualdade entre estes e exigindo do Estado ações prestacionais para tanto.[12]

Estado Democrático de Direito: nascido a partir do constitucionalismo surgido no

---

[9] Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 37.

[10]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais**: Notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregório Peces-Barba. *In:* VALLE, Juliano Keller et MARCELINO JR., Julio Cesar. (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição**.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 191; e MIRANDA, Jorge. **A evolução dos Direitos Fundamentais até os tempos contemporâneos.** *In*: BERTOLDI, Márcia Rodrigues et SPOSATO, Karyna Batista (coord). Direitos Humanos: entre a utopia e a contemporaneidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 83

[11]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado nas obras DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e cidadania**. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2004. p. 9.; GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais**: Notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregório Peces-Barba. *In:* VALLE, Juliano Keller et MARCELINO JR., Julio Cesar. (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade:** Estado, Direito e Constituição**.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 191; e MIRANDA, Jorge. **A evolução dos Direitos Fundamentais até os tempos contemporâneos.** *In*: BERTOLDI, Márcia Rodrigues et SPOSATO, Karyna Batista (coord). Direitos Humanos: entre a utopia e a contemporaneidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 97

[12]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 205.

segundo pós-guerra, fundamenta-se na conjugação da democracia e nos Direitos Fundamentais, vinculado a uma Constituição. É o Estado juridicamente limitado pelos Direitos Fundamentais e vinculado à sua defesa e promoção, que se constitui a partir dos Princípios de Igualdade, Legalidade, Segurança Jurídica e Divisão de Poderes.[13]

Estado Social de Direito: sustenta-se na própria concepção do Estado de Direito e, como tal, não renega as conquistas do liberalismo individual, porém agrega conteúdo finalístico ao poder público e exige o bem-estar e desenvolvimento social por meio de prestações estatais.[14]

Função Social do Contrato: atributo principiológico do contrato, que estabelece a primazia da sua destinação social, com escopo de pôr fim às avenças ou cláusulas abusivas, em sentido amplo, que violem direitos, sobretudo os fundamentais, como a vida, saúde, respeito, liberdade, moradia, educação e outros, de maneira a fazer prevalecer o interesse público sobre o privado.[15]

Judicialização: mecanismo através do qual o Poder Judiciário atua, mediante provocação do interessado e no bojo de um litígio, formulando políticas públicas, revendo decisões dos outros poderes ou intervindo nas relações jurídicas contratuais, relativizando suas condições em prol de uma das partes contratantes a partir de premissas fundadas no estabelecimento de Justiça Social, nos Direitos Fundamentais e nos Princípios Constitucionais.[16]

Mínimo Existencial: decorre da dignidade da pessoa humana e constitui obrigação inarredável do Poder Público, segundo a qual o Estado deve assegurar a intangibilidade das situações materiais indispensáveis à existência digna da pessoa, existência não apenas como experiência física, mas também intelectual e

---

[13]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado nas obras NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 33; e STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 96-107.

[14]STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da produção do direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 37-38.

[15] RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 21.

[16]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra BRANDÃO, R. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, mai/ago/2013.

espiritual.[17]

Neoconstitucionalismo: é o segmento do movimento constitucionalista, erigido a partir do século XXI, que propugna, além da limitação do poder político, a efetividade da Constituição, sobretudo dos direitos e garantias fundamentais e se caracteriza pela superação da supremacia legislativa do Poder Parlamentar.[18]

Operadora de Plano de Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de assistência privada à saúde.[19]

Plano de Saúde: é o objeto do contrato de assistência privada à saúde, em que a Operadora de Plano de Saúde se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus financeiro nas hipóteses em que ocorram eventuais sinistros cobertos, ao passo que o beneficiário se obriga à contraprestação pecuniária.[20]

Princípio: consiste no mandamento nuclear de um sistema que lhe fornece harmonia e lhe serve de critério de compreensão e inteligência, constituindo-se, nesse sentido, instrumento de enfrentamento da discricionariedade judicial.[21]

Princípios Constitucionais: são os mandamentos básicos de um sistema insertos na Constituição de dada Sociedade, e, por tal razão, dotados de força normativa superior em face dos demais Princípios. Caracterizam e definem valorativamente a ordem constitucional, constituindo-se, nesse sentido, instrumentos de enfrentamento

---

[17]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 247.

[18]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado nas obras BARROSO. Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar./abr. 2006; e MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61.

[19]BRASIL. Lei nº. 9.656, DE 3 DE JUNHO DE 1998. Que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso: 12/12/2014.

[20]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 167.

[21]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado nas obras MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 545; e STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 516.

da discricionariedade judicial e definição valorativa do futuro da respectiva Sociedade.[22]

Saúde: é o completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de enfermidade.[23]

Saúde Suplementar: é o segmento do mercado de saúde que desempenha funções de prestação de serviços não remunerados pelo setor público e seus órgãos oficiais de custeio.[24]

Sociedade: é o elemento criador e mantenedor do Estado e, como tal, caracteriza-se por visar à consecução dos interesses daqueles que a integram no sentido de um fim comum.[25]

Tutela Jurisdicional: é espécie de tutela jurídica com a qual o Estado assegura, por meio de órgãos e procedimentos especificados em lei, a proteção a Direitos e compensação no caso de violação deles, desde que preenchidos os requisitos para tanto.[26]

Reserva do Possível: determina que a efetividade dos Direitos prestacionais esteja condicionada à existência de recursos financeiros e orçamentários capazes de realizar, no plano dos fatos, aquilo que a Constituição estabelece como dever prestacional do Estado.[27]

---

[22]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1984. v. 1. p. 42; e STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 516.

[23] Conceito operacional baseado na Organização Mundial da Saúde – OMS, disponível em http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/a6dc29004745977ea06af43fbc4c6735/A+ANVISA+NA+REDU%C3%87%C3%83O+%C3%80+EXPOSI%C3%87%C3%83O+INVOLUNT%C3%81RIA+%C3%80+FUMA%C3%87A+DO+TABACO_Nov09_M.doc?MOD=AJPERES. Acesso: 16/03/2015.

[24]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 113.

[25]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado nas obras PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 2 ed. Florianópolis: Estudantil, 1988. p. 73 em diante; DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 48; e PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 169.

[26]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2 ed . São Paulo: RT, 2008.

[27]Conceito operacional por composição da Doutoranda, baseado na obra SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.

SUMÁRIO

RESUMO **16**

ABSTRACT **18**

RESUMEN **20**

INTRODUÇÃO **22**

1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DA ORIGEM À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 ..... **28**

1.1 Constitucionalismo: considerações gerais 28

1.2 Aportes relacionados ao reconhecimento dos direitos fundamentais 35

1.3 Direitos Fundamentais: conceito, natureza, dimensões e Direitos à prestação *stricto sensu* 50

1.4 Direito à Saúde: considerações gerais 72

1.5 Direito à Saúde nas Constituições brasileiras 76

1.6 Princípio Constitucionais relacionados ao Direito à Saúde na CRFB/88 87

2 A SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL **117**

2.1 Sistemas de Saúde 117

2.2 Sistema Suplementar e Direito de Saúde Suplementar no Brasil 124

2.3 As operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde 124

2.4 Teoria geral dos contratos e contrato de Plano Privado de Assistência à Saúde 148

2.5 A relação de consumo estabelecida entre o contratante e contratado de um Plano de Saúde 164

2.6 Aspectos de Direito Econômico na relação contratual dos Planos Privados de Assistência à Saúde 169

3 CONTORNOS TEÓRICOS NAS OBRAS SELECIONADAS DE HANS KELSEN, ROBERT ALEXY E RONALD DWORKIN **184**

3.1 Considerações iniciais 184

3.2 Contribuição de Hans Kelsen 188

3.3 A decisão judicial na obra teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy 193

3.4 Aportes teóricos em Ronald Dworkin 211

4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS DO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR **232**

4.1 Considerações iniciais 232

4.2 Cláusula contratual e transplante de órgãos 238

4.3 Cláusula contratual e medicamento experimental importado 251

4.4 Cláusula contratual e medicamento para uso domiciliar 259

4.5 Ainda sobre a validade ou invalidade dos contratos de Plano de Saúde: boa-fé e equilíbrio

dos contratos 264
4.6 Breves considerações: o novo Código de Processo Civil e a fundamentação das decisões judiciais 274

CONCLUSÕES 283

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS 292

RESUMO

O Constitucionalismo teve suas bases cunhadas por fatos histórico-sociais advindos da intrínseca relação existente entre Sociedade, Direito e Estado. Sua evolução exige uma nova feição que seja capaz de fornecer meios à coexistência social de realidade mutável, inclusive modificando a organização estatal. Os Direitos Sociais, tidos como Direitos Fundamentais de segunda dimensão, na evolução do Constitucionalismo criam nova perspectiva na relação entre Estado e indivíduo, ao estabelecer obrigações ao Estado, que é guindado a provedor da subsistência digna do indivíduo. Dentre os Direitos Fundamentais Sociais insere-se o Direito à Saúde em dupla feição. A primeira concede liberdade positiva ao indivíduo e reconhece a capacidade deste de decidir sobre sua própria Saúde; a segunda manifesta-se por meio de posição subjetiva que outorga ao Poder Público e ao particular conduta que não prejudique ou mitigue o estado psicofísico do indivíduo, ou seja, impõe um dever de abstenção. A CRFB/88 foi a primeira a tratar de forma ampla o Direito à Saúde e a criar o sistema privado de assistência à Saúde. Assim, além do sistema público, pessoas naturais e jurídicas (hospitais, clínicas, Operadoras de Plano de Saúde) podem prestar serviços mediante pagamento dos próprios beneficiários. No âmbito da efetivação do Direito à Saúde, constata-se que o modelo de intervenção judicial, criado a partir de um protagonismo judicial que tem como objetivo a realização de Justiça Social e a diminuição das desigualdades, acarreta a relativização dos Contratos a partir de uma visão de microjustiça; parametriza os sistemas público e privado e adota, nas decisões que envolvem contratos, fundamentos jurídicos incompatíveis com o discurso jurisdicional proposto. A recepção de teorias jurídicas estrangeiras de forma equivocada no Brasil resultou em uma mixagem teórica, que se efetiva no momento da prolação da decisão judicial. Em outros termos, o julgador – vinculado ao contexto teórico no qual está inserido – se utiliza das recepções e as une em seu discurso jurídico, com a finalidade de incorporar autoridade a esse ato decisório. A presente Tese está inserida na Linha de Pesquisa: Principiologia Constitucional e Política do Direito.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Direito Fundamental à Saúde. Sistemas de Saúde. Saúde Suplementar. Fundamentação da Decisão Judicial.

ABSTRACT

The bases of constitutionalism were forged by the historical and social facts arising from the intrinsic relationship between Society, Law and State. Its evolution requires a new feature, able to provide a basis for social coexistence in an ever changing reality, including rearranging the State organization. Social Rights, seen as second-dimension Fundamental Rights in the evolution of Constitutionalism, create a new perspective on this relationship between State and individual, establishing obligations of the State and lifting it to the status of provider of a dignified existence for the individual. The Right to Health falls within the context of Fundamental Social Rights in two senses. The first grants positive freedom to individuals and recognizes their capacity to decide about their own health; the second is manifested by the subjective position that grants to the State, and to the private individual, conducts that do not harm or mitigate the psychophysical state of the individual, i.e. they impose a duty of abstention. The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 was the first to deal broadly with the right to health, and was responsible for creating the private health care system. Thus, in addition to the public system, both individuals and legal entities (e.g. hospitals, clinics, and health Plan Operators) can provide services through payment by the beneficiaries themselves. Within the framework of the realization of the Right to Health, it is evident that the judicial intervention model, created from a judicial protagonism that aims to achieve social justice and reduce inequality, leads to the relativization of Contracts from a standpoint of micro-justice; parameterizes the public and private systems; and, in decisions involving contracts, adopts legal bases that are incompatible with the proposed jurisdictional discourse. The erroneous reception of foreign legal theories in Brazil resulted in a theoretical mixing, which come into effect at the time of delivery of the judgment. In other words, the judge - linked to the theoretical context in which he/she is inserted - uses such receptions and combines them in his/her legal discourse, in order to lend weight to the judgment. This Thesis is part of the line of research: Constitutional Principles and Law Policy.

Keywords: Constitutionalism. Fundamental Right to Health. Health Systems. Supplemental Health. Rationale of Judicial Decision

RESUMEN

El Constitucionalismo tuvo sus bases acuñadas por hechos histórico-sociales derivados de la intrínseca relación existente entre Sociedad, Derecho y Estado. Su evolución exige una nueva característica que sea capaz de proporcionar medios a la coexistencia social de una realidad mutable, incluyendo la modificación de la organización estatal. Los Derechos Sociales, tomados como Derechos Fundamentales de segunda dimensión, crean una nueva perspectiva en la evolución del Constitucionalismo en la relación entre Estado e individuo, al establecer las obligaciones del Estado, que es ascendido a proveedor de la subsistencia digna del individuo. Entre los Derechos Fundamentales Sociales se incluye el Derecho a la Salud con una doble característica. La primera le concede libertad positiva al individuo y reconoce la capacidad del mismo para decidir respecto a su propia salud; la segunda se manifiesta por medio de posición subjetiva que le concede al Poder Público y al particular un determinado comportamiento que no perjudique o mitigue el estado psicofísico del individuo, en otras palabras, le impone un deber de abstención. La CRFB/88 fue la primera que trató de forma amplia el Derecho a la Salud y fue responsable por crear el sistema privado de asistencia a la salud; así, además del sistema público, las personas naturales y jurídicas (hospitales, clínicas, operadoras de planes de salud) pueden prestar servicios por medio del pago de los propios beneficiarios. En el ámbito de la concreción del Derecho a la Salud, se constata que el modelo de intervención judicial, creado desde un protagonismo judicial que tiene como objetivo la realización de la Justicia Social y la disminución de las desigualdades, requiere la relativización de los Contratos desde un punto de vista de micro justicia; parametriza el sistema público y privado y adopta, en las decisiones que involucran contratos, fundamentos jurídicos incompatibles con el discurso jurisdiccional propuesto. La recepción de teorías jurídicas extranjeras de forma equivocada en Brasil ha resultado en una mezcla teórica que se concretiza en el momento del pronunciamiento de la decisión judicial. En otros términos, el juzgador – vinculado al contexto teórico en cual está inserto – utiliza las recepciones y las une en su discurso jurídico con el objetivo de incorporar autoridad a ese acto decisorio. La presente Tesis pertenece a la Línea de Investigación: Principiología

Constitucional y Política del Derecho.

Palabras clave: Constitucionalismo. Derecho Fundamental a la Salud. Sistemas de Salud. Salud Suplementaria. Fundamentación de la Decisión Judicial.

INTRODUÇÃO

O Objeto da presente Tese de Doutorado em Ciência Jurídica é refletir sobre a efetivação do Direito à Saúde e analisar os problemas decorrentes da fundamentação utilizada pelo Poder Judiciário no momento de intervir nas relações jurídicas respectivas, sobretudo naquelas realizadas em sede de Saúde Suplementar.

O Objetivo Institucional deste relatório de pesquisa é uma Tese de Doutorado para a obtenção do título de Doutor pelo Curso de Doutorado do PPCJ em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

O Objetivo Científico deste trabalho é formular uma análise – à luz da teoria principiológica constitucional e dos Direitos Fundamentais em suas diversas dimensões, dos reflexos da interpretação judicial considerando o contexto normativo no qual se insere o Direito de Saúde Suplementar.

Na busca de tal desiderato, são extraídas algumas e específicas proposições teóricas desenvolvidas a partir do positivismo jurídico de Hans Kelsen, da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy e das formulações em torno da discricionariedade judicial desenvolvidas por Ronald Dworkin, que se julgam pertinentes à discussão acerca da fundamentação das decisões judiciais.

Não foi Objeto desta Tese a análise teórica destes três autores ou das correntes de pensamento jurídico no qual estes se inserem, mas de referi-las como integrantes de um senso comum teórico que se reflete nas decisões judiciais que tratam do Direito de Saúde Suplementar.

Em abordagem que tem por escopo tratar da evolução do Constitucionalismo e dos fatos históricos que acompanharam esse movimento, faz-se uma referência teórica aos Princípios Constitucionais e infraconstitucionais pertinentes e sua interpretação pelo Poder Judiciário. Ademais, destacam-se os contornos teóricos relacionados ao Direito à Saúde e especificidades técnicas pertinentes ao Direito de Saúde Suplementar.

Para o equacionamento do problema foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) a evolução do Constitucionalismo foi determinante para a solidificação

dos Direitos Fundamentais e para a construção do Estado Democrático de Direito, bem como para o reconhecimento dos Direitos Sociais como Direitos Fundamentais de segunda geração, que estabeleceram Direitos obrigacionais ao Estado no sentido de provedor da subsistência digna do indivíduo;

b) no âmbito da efetivação do Direito à Saúde, o modelo de intervenção judicial criado a partir de um protagonismo judicial, que tem como objetivo a realização de Justiça Social e a diminuição das desigualdades, acarreta a relativização dos contratos a partir de uma visão de microjustiça; parametriza os sistemas público e privado e adota, nas decisões que envolvem contratos, fundamentos jurídicos incompatíveis com o discurso jurisdicional proposto;

c) as decisões em torno do Direito Fundamental à Saúde estabelecem sua efetivação a partir de uma eficácia horizontal que é operacionalizada pelo não reconhecimento da existência de dois sistemas jurídicos distintos: um de direito público, prestado pelo Estado e um de direito privado, regulado pelo Direito de Saúde Suplementar.

Por fim, elenca-se a seguinte variável: o fenômeno da judicialização do Direito da Saúde Suplementar gera um comportamento oportunista[28] pelos sujeitos de direito, pois, de um lado, os contratantes do plano de saúde não precisam acatar as disposições contratuais porque têm convicção de que estas serão relativizadas se postas em conflito; de outro lado, as prestadoras do serviço se veem premidas a projetar seus custos com uma margem maior de ganho para suportar sua incerteza, afetando a transparência e a boa fé nas relações comerciais.[29]

O resultado do trabalho de estudo e análise das hipóteses está exposto na presente Tese e a seguir é sintetizado.

No Capítulo 1º. apresentar-se-á o desenvolvimento histórico do Constitucionalismo, com suas bases remotas e próximas. Expor-se-ão, igualmente, os elementos determinantes à evolução do Constitucionalismo no tempo e no espaço, bem como serão expostos, em seguida, os fatores responsáveis pelo

[28]Expressão cunhada pelo Direito Econômico *In:* PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 4-14.

[29]"As pessoas não têm ideia de como os reajustes são calculados, e eles são uma das maiores causas de tensão nas relações entre usuários e planos de saúde". *In:* VARELLA, Drauzio; CESCHIN, Mauricio. **A saúde dos planos de saúde**: os desafios da assistência privada no Brasil. São Paulo: Paralela, 2014. p. 123.

surgimento dos Direitos Fundamentais. Para tanto, serão abordados os fatos histórico-sociais relevantes e os movimentos responsáveis por arraigar, no cenário mundial, os Direitos Fundamentais. Por fim, tratar-se-á nesse Capítulo dos Direitos Fundamentais propriamente ditos, seu conceito e natureza, suas dimensões e seu plano de eficácia. Em seguida, afunilando o assunto desenvolvido na primeira parte do Capítulo 1º. e dispondo sobre as considerações iniciais do tema, cuidar-se-á da previsão do Direito à Saúde nas Constituições brasileiras e, por fim, dos Princípios Constitucionais relacionados ao Direito à Saúde. Optar-se-á, no momento da exposição dos Princípios Constitucionais relacionados ao Direito à Saúde, por uma análise conjunta com decisões judiciais destacadas, no afã de estabelecer a necessária correlação.

O Capítulo 2º. será dedicado à legislação infraconstitucional relativa ao Direito Fundamental à Saúde, ou seja, expor-se-á o desenvolvimento histórico iniciado pelo Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Em seguida, a Lei dos Planos de Saúde será tratada, visto que é o instrumento normativo específico da assistência privada à saúde; ademais, serão expostas de forma descritiva as normas jurídicas relativas à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Ainda no plano legislativo, são destacados alguns institutos advindos do Código Civil na qualidade de legislação contratual supletiva. Por fim, far-se-á rápida incursão pela análise econômica do Direito, com o propósito de colher as balizas das relações entre o Direito e a Economia que influem nos contratos do setor como instrumentos dotados da capacidade de materializar promessas e intenções e garantir que os direitos sejam exercidos.

O Capítulo 3º. versará sobre alguns referenciais teóricos aptos a proceder a uma análise em torno da decisão judicial e a forma como sua fundamentação vem sendo produzida. O que se pretende aquilatar são exatamente os paradigmas que servem de base aos raciocínios desenvolvidos por juízes e tribunais quando do momento da prolação de uma decisão judicial, a partir da formulação teórica desenvolvida por Lenio Streck em suas obras jurídicas e artigos científicos mais recentes.[30] Partindo da formulação do autor segundo a qual as decisões judiciais

[30]Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da produção do direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

são produto da denominada mixagem teórica, serão destacados três pensamentos jurídicos que influem implícita ou explicitamente nas decisões judiciais dos Tribunais no âmbito brasileiro, mormente naquelas que adquirem especial relevo ao tema que se propõe desenvolver, que são os pensamentos de Hans Kelsen, Robert Alexy e Ronald Dworkin. Inicialmente, destacar-se-á, a partir do normativismo kelseniano, o problema da discricionariedade judicial. Em seguida, também no intuito de analisar a fundamentação da decisão judicial sob o viés da ponderação alexyana, serão trazidos alguns aportes extraídos a partir da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Ao fim, serão abordados alguns excertos do pensamento de Ronald Dworkin, cujas proposições teóricas conduzem à reflexão acerca da atuação do Judiciário no sentido da intervenção em âmbito político e principiológico, abandonando fronteiras impostas pelo direito em suas escolas filosóficas serôdias — tais como o positivismo, dando destaque à distinção realizada pelo autor entre *hard case* e *easy case* e a seus argumentos em torno do julgamento político, entre outros fatores adiante abordados.

No Capítulo 4º., serão abordadas algumas decisões judiciais eleitas a título ilustrativo, com vistas a explicitar seu conteúdo e proceder a uma reflexão acerca da fundamentação dessas mesmas decisões em torno dos Contratos de Assistência à Saúde. A análise formulada leva em conta, também e entre outros fatores, a discricionariedade (arbitrariedade), a feudalização do Direito, a violação da lei, a subversão do texto normativo, a utilização injustificada (e não explicitada) de argumentos de autoridade, a interpretação hermética, a ponderação alexyana e o neoconstitucionalismo, como meios suficientes para que os julgadores criem um substrato normativo até então inexistente. Com o fim de atender tal propósito, será investigado reflexivamente como são fundamentadas algumas das decisões judiciais emanadas do Superior Tribunal de Justiça, as quais têm por resultado a configuração das estipulações contratuais com carga de abusividade capaz de

---

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; STRECK, Lenio Luiz. Consultor Jurídico. **Por que tanto se descumpre a lei e ninguém faz nada?** 14/11/2013. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpre-lei-ninguem-faz-nada?imprimir=1. Acesso: 25/11/2014; STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!** Consultor Jurídico. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law. Acesso: 21/01/2015; STRECK, Lenio Luiz. **Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!** Consultor Jurídico. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta. Acesso: 21/01/2015.

nulificar os contratos. E proceder-se-á ao cotejo de decisões que entendem abusivas as cláusulas que restringem ou não contemplam cobertura a transplantes, medicamentos e que tratam de princípios de boa fé e função social do contrato. O capítulo finaliza com algumas considerações que se julgam pertinentes à luz da nova legislação a ser efetivada no novo Código de Processo Civil.

A presente Tese se encerra com a Conclusão, na qual serão apresentados pontos destacados dos estudos e das reflexões realizadas, a partir das hipóteses formuladas. Destarte, nela parágrafos cruciais serão reproduzidos, com o mesmo teor que foram abordados nos capítulos. Nesse momento não serão indicadas referências às fontes consultadas nas Conclusões, pois ao longo de todo o desenvolvimento do texto desta Tese haverá extrema cautela em indicar devidamente, em nota de rodapé, todas as fontes utilizadas.

O Método utilizado na fase de Investigação foi o Método Dedutivo; na fase de Tratamento dos Dados foi empregado o Método Histórico em conexão com o Analítico, sob o aporte que é conferido por Norberto BOBBIO[31]. No presente Relatório Final de Pesquisa a Base Lógica utilizada é a Indutiva.

Foram acionadas as técnicas do Referente[32,] da Categoria[33], do Conceito Operacional[34], da Pesquisa Bibliográfica[35] e do Fichamento.[36]

---

[31] Para constatar a percepção bobbeana sobre o Método Histórico em conexão com o Método Analítico é recomendável ler: BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória**. De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997. Título original: De senectute, p. 145.; BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. Título original: Thomas Hobbes, p. iii; e, BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda**: razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 1 reimp. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995. Título original: Destra e sinistra: ragioni e significati di una distinzione política, p. 15. Ver também: PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, especificamente p.193 e 203.

[32]"[...] explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". *In:* PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 209.

[33]"[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia" (sic). *In:* PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 197.

[34]"[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias (sic) expostas". *In:* PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 198.

[35]"Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". *In* PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 207.

[36]"Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo

Nesta Tese de Doutorado as categorias principais estão grafadas com a letra inicial maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados no glossário inicial, no texto e em rodapé, conforme sua importância e pertinência.

Referente previamente estabelecido". *In:* PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 201-202.

CAPÍTULO 1

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DA ORIGEM À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

1.1 CONSTITUCIONALISMO: CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Constitucionalismo, como técnica de liberdade,[37] detém inquestionável dimensão temporal-histórica em permanente evolução, e está inserido neste contexto para uma necessária perspectiva dos denominados Estados Constitucionais[38] e o que desses se desencadeia, nos limites e finalidades deste estudo.

Seu desenvolvimento no decorrer da história deu-se segundo as peculiaridades dos Estados da Europa em sua passagem do absolutismo para novos modelos estatais. Assim, considerando a perspectiva histórica, política, econômica e social, merecem destaque, na Europa, a Inglaterra e a França, e na América, os Estados Unidos, cujos papéis foram preponderantes para o Constitucionalismo.[39]

Lecionam BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO que o

> [...] Constitucionalismo não é hoje termo neutro de uso meramente descritivo, dado que engloba em seu significado o valor que antes estava implícito nas palavras Constituição e constitucional (um complexo de concepções políticas e de valores morais), procurando separar as soluções contingentes (por exemplo, a monarquia constitucional) daquelas que foram sempre suas características permanentes. [...].[40]

---

[37]Expressão extraída de MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de Política**. 11 ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1. Título Original: **Dizionario di política**. p. 246. Verbete: Constitucionalismo.

[38]Conforme SARLET, MARINONI e MITIDIERO, "[...] sob o rótulo de Estados Constitucionais, é possível identificar determinados modelos [...] reunidos em pelo menos três grupos, designadamente, o Estado Constitucional Liberal (Estado Liberal de Direito), o Estado Constitucional Social (o Estado Social de Direito) e o Estado Democrático de Direito [...] ou mesmo um Estado Socioambiental e Democrático de Direito. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012. p. 51.

[39]DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 169.

[40]MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de Política**. 11 ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1 Título Original: **Dizionario di política**. p. 247. Verbete: Constitucionalismo.

Por outro lado, a concepção do Constitucionalismo Moderno, cuja base reside nos modelos inglês, norte-americano e francês, deu-se a partir dos séculos XVII e XVIII.[41] Todavia, há registro de alguns dos fundamentos do Constitucionalismo no estado medieval, por força da Constituição Costumeira que reconheceu a "[...] organização da sociedade, os Direitos individuais e o poder político".[42]

Registre-se, nessa linha, que a ideia segundo a qual o Estado seria moldado pelo indivíduo e o poder estatal limitado por regras específicas remonta à antiguidade. Com efeito, um viés do Constitucionalismo, ainda que sem as características que determinam que assim seja reconhecido, aparece na antiguidade como mecanismo de limitação do poder político, sobretudo quando confere aos profetas do Estado teocrático da época a autoridade para intervir nos atos governamentais que ferissem os *limites bíblicos.*[43] De igual sorte, no século V o modelo das Cidades-Estados gregas.[44]

A concepção de uma lei fundamental surgida no Estado Moderno não é, todavia, aquela contemplada pelos juristas e políticos da Antiguidade. Na Grécia, onde o estudo das diversas Constituições das Cidades-Estados foi procedido por Aristóteles[45], o conteúdo normativo dessas não conduz à primazia da liberdade nem se dissocia do sistema político.[46]

O pensamento preconizado, entre outros, pelos filósofos ARISTÓTELES e PLATÃO continha proposições "[...] para uma organização política que consideravam ideal, não refletindo uma situação jurídica".[47] Em outro mas idêntico viés, estão as

---

[41]SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: RT, 2012. p. 37.

[42]Conforme DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45.

[43]Nos termos do Pastor Sérgio Paulo Ribeiro Lyra, em seu artigo Uma Questão de Limites, os limites bíblicos são balizas impostas pela Bíblia Sagrada (Deus) aos seres humanos, uma espécie de código de conduta cristã. Nota-se nitidamente isso na carta aos Romanos 12.1-2. Artigo disponível em http://ultimato.com.br/sites/paralelo10/2012/04/uma-questao-de-limites/. Acesso: 23/07/2013.

[44]LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constituición**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970. p. 154.

[45] Sobre este tema merece registro a obra **A Política,** de Aristóteles, na qual este pensador grego analisou as Constituições de sua época – a mesma das *polis* – a fim de concluir os acertos e erros destas, a tal ponto que seu estudo constituiu-se no mais vasto sobre a temática. Cf. ARISTÓTELES. A Política. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título Original: La Politique. p. 253-321.

[46]MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 158.

[47]DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI.

leis e códigos Romano e de Hamurabi, cujas normas foram impostas pelos governantes com vistas a sedimentar seus próprios interesses.

Com um necessário recorte da concepção de lei fundamental como apenas surgida no Estado Moderno e com muita atenção à crítica enfática de PILATI[48] a Friedrich Engels, segundo o qual não se podem utilizar categorias modernas para realidades que não são simétricas, merece registro que "[...] o público-privado romano operava sem a mediação de um ente pessoa jurídica, como o Estado Moderno, separado dos cidadãos".[49]

Analisar o conteúdo da elaboração de tais ordens normativas, em cada época e com as suas próprias nuances, é fundamental para a contextualização do tema, com a cautela de não se aplicar a realidades distintas idênticos conceitos, o que por certo deformaria a perspectiva que se pretende atribuir neste estudo.

Com tal propósito, infere-se que o sentido jurídico do vocábulo "Constituição"[50-51] teve seu marco inicial na Inglaterra durante a Idade Média. A Constituição costumeira, originada pelo combate ao absolutismo monárquico inglês, assinalou as conquistas advindas para organização do poder, da Sociedade[52] e do

---

São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.

[48]PILATI, José Isaac. A Propriedade na Teoria Pós-Moderna do Direito: perfil constitucional e infraconstitucional. *In:* SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar (Org.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 193-195.

[49]PILATI, José Isaac. A Propriedade na Teoria Pós-Moderna do Direito: perfil constitucional e infraconstitucional. *In:* SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar (Org.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 193.

[50]Para KELSEN, o sentido jurídico da Constituição pode ser avaliado sob dois pontos distintos. O primeiro é afeito à forma, entendendo a Constituição como um documento; ao passo que o segundo vê a Constituição como fundamento de validade da ordem jurídico-positiva, uma vez que seu conteúdo recai sobre a criação de normas jurídicas. *In:* KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes,1996. Título original: Reine Rechtslehre. p. 247.

[51]MORAES conceitua o vocábulo como "[...] a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos" *In:* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 6. Nessa mesma linha de conceituação, MENDES e BRANCO afirmam ser a Constituição, no sentido material do atual Constitucionalismo, "[...] o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos. Compõem a Constituição também, sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da preservação da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político. Essas normas garantem às pessoas uma posição fundamental ante o poder público (direitos fundamentais)". *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64.

[52]A palavra Sociedade deve ser escrita com o S maiúsculo, visto que para PASOLD "[...] se a Categoria ESTADO merece ser grafada com a letra E em maiúscula, muito mais merece a Categoria

estabelecimento dos Direitos individuais com liberdade e justiça.[53]

SALDANHA obtempera que

> A contraposição política entre ingleses e franceses implicou sem dúvida duas visões diversas da sociedade e dos homens, e se projetou sobre dois diferentes modos de conceber o Estado e a Constituição: de um lado o Estado conceitualmente monárquico e entretanto parlamentar, com uma "constituição" dita costumeira, e do outro o Estado pós-feudal embebido de racionalismo e ânimo polêmico. Naquele, um direito parcialmente consuetudinário e marcado por emblemas históricos, neste um direito sistematizado e posto por escrito, entendido quase intemporalmente como ordem.[54]

O Constitucionalismo Moderno, surgido no século XVIII e resultante da ruptura histórica que estabeleceu uma ordem jurídica que se espraiou sobre as relações dos governantes e governados, assim exprimindo uma regra de Direito obrigatória e cuja supremacia conforma o poder político, reestrutura o Estado, limita o governo e dota o indivíduo de poder frente à ordem estatal.

No mesmo século na América do Norte, quando as ex-colônias Inglesas declararam-se independentes e transformaram-se em Estados, surge a Constituição escrita como marco fundamental e determinante para o modelo de Sociedade que, organizada através de normas fundamentais dimanadas do povo, obrigava não apenas os cidadãos, mas também os governantes.[55]

Conforme BOBBIO,

> Ao princípio da separação dos poderes, ou melhor, às duas versões que dele apresentaram Montesquieu e Kant[56], se juntaram no século XIX duas

---

SOCIEDADE ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E em maiúscula, também e principalmente a criatura/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S em maiúscula". *In*: PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: Ideias e Ferramentas Úteis para o Pesquisador do Direito. 8 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003. p. 200-201. (sublinhado no original).

[53]DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45.

[54]SALDANHA, Nelson. **As ideias constitucionais em uma perspectiva histórica**. *In:* BRANDÃO, Cláudio, SALDANHA, Nélson et FREITAS, Ricardo. (Coord.). **História do Direito e do Pensamento Jurídico em perspectiva.** São Paulo: Atlas, 2012. p. 220.

[55]DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.

[56]BONAVIDES leciona que "Pouco importa que o liberalismo depois 'descubra' a doutrina de Kant ou que seja ele, junto com Montesquieu, alçado ao trono ideológico da burguesia. O doutrinarismo inconsciente do *terceiro estado,* a quem reconhecidamente se liga a sua obra, em nada diminui, porém, o merecimento do filósofo e o caráter idealista de sua construção estatal. Quando a Liberdade estiver em perigo e o Direito abalado em seus últimos alicerces, haverá sempre, na história das

> teorias que hoje é frequente identificar com o Constitucionalismo: referimo-nos à teoria das garantias, na França, e ao Estado de direito ou Rechtsstaat, na Alemanha.
> A teoria das garantias, que tem seu principal teórico em Benjamin Costant[57], acentua sobremaneira em polêmica com Rousseau e com a interpretação jacobina da vontade geral, a necessidade de tutelar, no plano constitucional, os direitos fundamentais do indivíduo, ou seja, a liberdade pessoal, a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa, e, finalmente, a inviolabilidade da propriedade privada.[58]

O *Rechtsstaat*[59] com origem na Prússia, no limiar do século XIX, pressupõe que o Direito dá a moldura e a conformação para as ações estatais exercidas pelo aparato burocrático ao qual pertencem os governantes, juízes e servidores públicos. Em consequência, a partir de tal Interpretação, os Direitos individuais são apenas fruto da limitação de poder do Estado e a ordem jurídica não contempla o antagonismo entre poder e Direitos individuais. O soberano está em tal contexto submetido ao império da lei.[60-61]

Já na Inglaterra, exsurge o Princípio do *rule of law*, postulado que indica o "governo da lei" ou "regra do direito" e que preconiza a igualdade entre os indivíduos e o Governo, a independência dos juízes para julgar com base nos precedentes e conforme o sistema da *common law.*[62-*63*]

---

ideias, a imperiosa necessidade de um retorno a Kant." *In:* BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 118.

[57]Analisando a história, BONAVIDES afirma que "Benjamin Constant foi, possivelmente, o primeiro em perceber, com toda a acuidade de um publicista profundo, a verdadeira antítese entre a liberdade antiga e a liberdade moderna, projetando sobre as contradições inexplicáveis da Revolução Francesa um jato de luz, que nos permite dissipar o velho equívoco sobre a suposta consistência da aliança estabelecida entre o pensamento liberal e o pensamento democrático, a qual ocultava, todavia, como fórmula de compromisso, dissidência mais profunda, cujas razões só ulteriormente se desenharam com nitidez. [...] Se algum documento há de reivindicar na História o título de manifesto político do liberalismo, será este, incontestavelmente, o discurso de Constant sobre a liberdade dos antigos comparada com a dos modernos." *In:* BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 145.

[58]MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de Política**. 11 ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1. Título Original: Dizionario di política. p. 250. Verbete: Constitucionalismo.

[59]Expressão que significa "Estado de Direito".

[60]MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de Política**. 11 ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1. Título Original: Dizionario di política. p. 252. Verbete: Constitucionalismo.

[61]CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 96.

[62]Para SOARES, "A primeira acepção de *Common Law*, é de "direito comum", ou seja, aquele nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes estas constituídas pelo Rei e a ele subordinadas diretamente, e que acabaria por suplantar os direitos costumeiros e particulares [...]; "O segundo sentido de *Common Law* se refere ao contraste" entre o direito produzido pelos Juízes e

Podem ser atribuídas ao Princípio do *rule of law* quatro dimensões básicas: a primeira, derivada da *Magna Charta* de 1215, preconiza a observância ao devido processo legal, ou seja, o processo justo e subordinado à lei; a segunda dimensão assenta a preponderância das leis e dos costumes ao poder discricionário do soberano; a terceira impõe a soberania do parlamento em superioridade aos atos do executivo; a quarta dimensão, por fim, estabelece como significado a igualdade de acesso à Justiça por todos os indivíduos.[64]

A sujeição de todos – povo e governantes – ao império do Direito resulta na configuração do Estado de Direito como delimitador do poder, de maneira que o Estado teria como objetivo permanente e único a defesa da segurança e da ordem pública sem intervenção regulatória na vida privada do indivíduo.

Em consequência, sedimentaram-se o *stare decisis*[65] *e* o rule of Law, este último remontando ao século XII. Ambos, pois, consolidaram o Direito baseado na conformação das decisões dos juízes inferiores ao entendimento das cortes superiores.[66]

Na lição de FERREIRA FILHO:

> **Common Law, rule of law, due processo of law, equal protection of the laws**, essas expressões e as ideias que exprimem passaram com os

---

o direito contido nas leis e constituições federal e estaduais e demais legislações existentes. *In:* SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law****:* Introdução ao direito nos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 32-37.

[63]Extrai-se de DAVID que "A *common law* não é considerada uma criação do soberano; baseada na razão, ela é essencialmente obra de personalidades importantes que, encarregadas da missão de velar pela administração da justiça, foram igualmente encarregadas da missão de decidir o desenvolvimento do direito. Essas personalidades são os juízes das Cortes superiores". *In:* DAVID, René. **O Direito Inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 18. Título Original: Le droit anglais.

[64]CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 93-94.

[65]Expressão latina derivada do brocardo *"stare decisis et non quieta movere",* cujo significado designa literalmente ficar com as coisas decididas ou fixar precedentes que servirão de base para os julgamentos futuros. *In:* MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **Considerações acerca da doutrina do stare decisis do sistema norte-americano e sua importação no direito brasileiro**. Disponível em http://atualidadesdodireito.com.br/pedropaulomedeiros/2011/12/05/consideracoes-acerca-da-doutrina-do-stare-decisis-do-sistema-norte-americano-e-sua-importacao-no-sistema-brasileiro/. Acesso: 26/11/2013.

[66]DAVID aduz que "A Inglaterra é o país da Europa em que as liberdades públicas foram mais cedo protegidas contra o despotismo do soberano. Não é ela, porém, o país da Declaração dos Direitos do Homem. A Inglaterra nunca conheceu tais Declarações. [...] não há, na Inglaterra, Constituição que proclame os direitos e as liberdades dos indivíduos, existem apenas regras, ritos processuais que assegurem esses direitos e essas liberdades, e são essas regras, esses ritos que formam a Constituição da Inglaterra". *In:* DAVID, René. **O Direito Inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 18. Título Original: Le droit anglais.

> ingleses para a América do Norte. Essa herança não foi esquecida, ao contrário. Os tribunais americanos, e em primeiro lugar a Suprema Corte, souberam usar dessas fórmulas que flexibilizaram decisões, dando uma importante contribuição para o desenvolvimento da doutrina dos direitos fundamentais, nos séculos XIX e XX.[67]

A limitação do poder político pela lei é, ainda que incipiente na história do Constitucionalismo, o principal marco temporal da Idade Média, ante a ausência de mecanismos capazes de controlar o exercício do poder e conferir garantias aos cidadãos. A concretização da primazia da lei estabelece-se, pois, no Constitucionalismo Moderno[68] com as Constituições escritas e com o sentido social atribuído pela Constituição mexicana de 1917 e pela Constituição alemã de 1919.

Como características relevantes da fase moderna do Constitucionalismo, destacam-se a aceitação dos Direitos de personalidade e dignidade individual; a legitimidade do povo como titular do poder político, fundamento da Democracia, que somente se legitima quando exercido em nome do tecido social; limitação de poder da autoridade; organização do Estado; supremacia da Constituição.[69]

O Constitucionalismo francês – anota CANOTILHO, em expressão cunhada por SANCHES – revela-se um "Constitucionalismo sem Constituição", em face do paradoxo decorrente da "supremacia da constituição" neutralizada pela "primazia da lei".[70] Tal constatação decorre da existência de mecanismos capazes de garantir eficácia ao Princípio da legalidade na Administração, mas sem garantir com eficácia os Direitos contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Ao considerar a concepção atual, MÖLLER pondera que "[...] o modelo francês não era de Constitucionalismo, mas representou uma migração do poder absoluto do rei para o poder absoluto da Assembleia".[71]

O surgimento do Estado constitucional está, portanto, atrelado ao Estado

---

[67]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30-31. (grifos no original)
[68]MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de Política**. 11 ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1. Título Original: Dizionario di política. p. 246-258. Verbete: Constitucionalismo.
[69]TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 444-447.
[70]CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 96
[71]MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 148.

liberal, que repousa na ideia de liberdade necessariamente imbricada em limitação de todo o poder político, e, assim, com o Estado reduzido minimamente às funções que exerce perante a Sociedade.

1.2 APORTES HISTÓRICOS RELACIONADOS AO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para os fins que aqui se colimam, isto é, demonstrar o surgimento dos Direitos Fundamentais, máxime à saúde, imperioso tecer-se brevíssimas considerações acerca dos fatos histórico-sociais e seus efeitos no Estado[72], Direito e Movimento Constitucionalista.[73]

O Constitucionalismo teve suas bases cunhadas por fatos histórico-sociais justificáveis em face da relação existente entre Sociedade, Direito e Estado[74] e entre estes e a História.[75-76] As mudanças de fato, pois, repercutem diretamente no Direito e no Estado, bem como no Constitucionalismo como movimento relacionado, de forma a exigirem-lhes nova feição que seja capaz de fornecer meios à coexistência social[77] de realidade mutável[78], inclusive modificando a organização estatal.

Não é por outra razão que assevera CORDEIRO:

> A referência, ainda que breve, à origem e ao desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais se constitui em etapa prévia e essencial de qualquer pesquisa na área. Com efeito, as razões pelas quais os direitos fundamentais foram instituídos e a forma como a sociedade foi evoluindo ao longo do tempo são fatores que têm de ser levados em consideração,

---

[72]Entendido, seguindo-se a doutrina de Dalmo de Abreu DALLARI, como "[...] a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território". *In:* DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119.
[73]Ressalte-se que será dada primazia aos fatos relacionados ao movimento Constitucionalista.
[74]Inclusive, alguns estudiosos entendem que todo Estado é "de direito", não existindo Estado sem Direito, havendo, por conseguinte, redundância na expressão "Estado de Direito". *In:* SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 44.
[75]O Constitucionalismo, como movimento jurídico-político-social que é, estaria intimamente ligado ao Estado, Sociedade e Direito.
[76]"O direito é direito conformado pela história e não se pode compreender sem a sua história". *In:* PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antonio Francisco de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. Título original: Staatsrecht: Grundrechte. p. 48.
[77]MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1. p. 2.
[78]REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 183.

> sobretudo em face das profundas transformações havidas nas relações sociais desde a instauração do Estado Constitucional. Essas questões, descontextualizadas dos paradigmas de cada época, não conseguem atribuir uma fundamentação razoável ao reconhecimento da jusfundamentalidade dos direitos [...] e do seu caráter de direito subjetivo de cunho individual e coletivo [...].[79]

Assim sendo, ao analisar os aparatos teóricos ensejadores dos Direitos individuais, merece destaque o jusnaturalismo, uma vez que, como leciona SALDANHA, "[...] a aparição da ideia de direitos, no plural e com dimensão subjetiva, correspondeu a um dos efeitos do jusnaturalismo, e ao mesmo tempo a um dos lados do chamado individualismo burguês".[80-81]

Permite-se inferir que o significado histórico do jusnaturalismo para o Estado Moderno e sua concepção para o Constitucionalismo advêm das premissas impostas pela "lei natural" ao Estado. Dito de outro modo, a "lei natural" consiste na imposição de limites éticos e das inúmeras tentativas de efetivação da limitação de poder soberano e da proteção à vida, à liberdade e da garantia do homem contra o Estado totalitário.

Principiada no século XVI, cresce a doutrina jusnaturalista[82] alcançando o seu auge nos séculos XVII e XVIII, haja vista o aparato das teorias contratualistas e jusracionalistas em geral, ambas resultantes da laicização do Direito natural e inspiradas de forma determinante pelo Iluminismo.

Os valores de liberdade e dignidade extraídos do Direito natural são fonte

---

[79]CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais**: Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial, O Papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21.

[80]SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 47.

[81]Embora se afirme que os Direitos Fundamentais surgiram no terceiro milênio a. C. no antigo Egito e na Mesopotâmia, a sua efetiva positivação ocorreu em 1690 a. C. com o Código de Hamurabi, prevendo ineditamente um rol de direitos estendido a todos os homens. Entretanto, foi posteriormente com a Lei das Doze Tábuas que os direitos a liberdade, propriedade e proteção restaram expressos na citada lei. Afirmando-se, com efeito, que daí se originaram na prática. *In*: MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7. Contudo, tratar-se-á apenas do tema a partir do jusnaturalismo.

[82]As linhas evolutivas da doutrina jusnaturalista no pensamento clássico, na Idade Moderna e no pensamento moderno são abordadas por BOBBIO, segundo o qual "As várias formas do apelo ao direito natural constantemente reiterado nas teorias políticas medievais e modernas sobre os limites do poder soberano, até o fim do século XVIII, raramente ecoam entre os atuais defensores da liberdade. É um sinal evidente de que o mito do direito natural – um direito que nasce da natureza benfazeja, porque assim quis Deus ou porque ela é intrinsecamente divina – está esgotado, e só ressurge para rapidamente voltar a morrer." *In:* BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 72.

determinante para a construção do humanismo racionalista de Hugo Grocio, cuja premissa é a razão como fundamento do direito.[83]

Dito de outro modo, a doutrina do Direito natural surge para emancipar o homem, tornando-o senhor de si e cônscio de sua autonomia perante o mundo. A verdade não seria mais revelada por Deus; e sim consequência da racionalidade inata ao homem e à sua condição como ser independente e apto a descobrir a verdade das coisas por meio da razão.[84]

A esse respeito ponderam WOLKMER e LEITE:

> As teses de que os homens possuem direitos naturais que antecedem qualquer sociedade política se fortaleceram no século XVIII com a Declaração de Virgínia (1776) e com a Declaração Francesa de 1789. Tais direitos, que se afirmam como direitos dos indivíduos considerados 'inalienáveis e sagrados', materializam reivindicações concretas acerca de valores históricos, sobretudo referentes à liberdade e à dignidade humana. O processo de reconhecimento e afirmação de direitos do homem chamados de 'fundamentais' constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental. Esse processo do nascimento de direitos novos referentes ao homem, ainda que favorecido pelos ideais da cultura liberal-burguesa e pela doutrina do jusnaturalismo, deve-se em grande parte, como assinala Norberto Bobbio, à conexão com as transformações da sociedade.[85]

Para RADBRUCH, nessa perspectiva, o Direito natural tem as mais variadas formas de manifestação, ora reforçando o Direito posto, ora o enfraquecendo, conforme o período enfocado. Em todo caso, as suas manifestações são reivindicatórias, porquanto implicam mudanças de fato, com o fito de viabilizar melhores condições ao homem, uma vez que estas lhe são devidas *ad natura*.[86]

A divisão do Direito natural, historicamente considerado, impõe dois períodos, o antigo e o moderno. O Direito natural da antiguidade surge nas cidades-estados gregas aproximadamente no Século VIII a.C., durando até a Escola Clássica do Direito Natural, Século XVII d.C., época reputada moderna.

A partir daí distinguiram-se os conceitos de filosofia do Direito, doutrina

---

[83]GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. Título Original: De iure belli ac pacis. p. 33-65.
[84]BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4 ed. São Paulo: ATLAS, 2005. p. 227.
[85]WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os "Novos" Direitos no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 4.
[86]RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1997. Título original: Rechtsphilosophie. p. 60 e segs.

dos Direitos naturais e doutrina cristã, até então mal-entendidos por força de circunstâncias comuns aos três, mormente à universalidade e ao caráter abstrato, crítico e reflexivo.

Isso ocorreu por conta da Escola Clássica do Direito Natural, já referida, – da qual, além de GRÓCIO, fazem parte MILTON (1608-1674), PUFENDORF (1632-1694) e LOCKE (1632-1704)[87] na qualidade de expoentes e advogados do Direito natural aritmético, lógico e racional –, cujo condão foi acarretar o divórcio entre os aludidos conceitos, antes confundidos[88], e assim propiciar terreno fértil aos subsequentes fatos históricos.

A razão era definida à época[89] como Direito de submeter tudo a crivo, isto é, criticar autonomamente as imposições, não aceitando dogmas. Daí o movimento contra a intolerância e abusos da Igreja Católica e do Estado, que impunham arbitrariamente todo tipo de conduta e pensamento ao indivíduo. Inevitável, portanto, ação crítica contrária a tais imposições, uma vez que o Iluminismo trazia em si inerente caráter crítico e revolucionário.

Aduz PÉREZ-LUNO:

> El ciclo cultural de la modernidad, en el que se inscribe el movimiento ilustrado, tuvo como valores-guía en el plano filosófico los ideales kantianos de la racionalidad, la dignidad, la emancipacion y el cosmopolitismo; mientras que en el político-jurídico se expresaba en los consabidos ideales de la "tricolor": liberdad, igualdad y fraternidade.[90]

A Revolução Francesa[91], movimento calcado nesses ideais, surgiu como tentativa de romper os grilhões tradicionais que acompanhavam o homem de há muito, superando-se a óptica de que homens nasciam diferentes, alguns melhores,

---

[87]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 39-40.

[88]GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. Título Original: De iure belli ac pacis. p. 33-65.

[89]Século XVIII.

[90]Tradução livre da Doutoranda: O ciclo cultural da modernidade, no qual se inscreve o movimento iluminista, teve como valor-guia no plano filosófico os ideais kantianos da racionalidade, da dignidade, da emancipação e do cosmopolitismo; enquanto que no plano político-jurídico se expressava nos consabidos ideais da "tricolor": liberdade, igualdade e fraternidade. *In*- PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 17.

[91]A revolução é o único meio possível para mudar o Estado "[...] quando por inadequação de sua organização, ou por despreparo ou maus propósitos de seus dirigentes, adote uma rigidez institucional que impeça a integração dos novos fatores de influência, ou até mesmo que formalize uma ordem conflitante com a realidade." *In:* DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 142.

outros piores, para a visão de que todos nascem iguais e que inexiste hierarquia entre os seres sociais.

A esse respeito, leciona BOBBIO que,

> [...] enquanto os indivíduos eram considerados como sendo originariamente membros de um grupo social natural, como a família (que era um grupo organizado hierarquicamente), não nasciam nem livres, já que eram submetidos à autoridade paterna, nem iguais, já que a relação entre pai e filho é a relação de um superior com um inferior. Somente formulando a hipótese de um estado originário sem sociedade nem Estado, no qual os homens vivem sem outras leis além das leis naturais, (que não são impostas por uma autoridade externa, mas obedecidas em consciência), é que se pode sustentar o corajoso princípio contra-intuitivo *(sic)* e claramente anti-histórico de que os homens nascem livres e iguais, como se lê nas palavras que abrem solenemente a declaração: 'Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos'.[92]

Conclui o aludido autor que tal sentença é reproduzida um século e meio depois, no primeiro artigo da Declaração dos Direitos. Com efeito, a igualdade é resultado de uma inferência racional, não decorrente de fatos ou elementos históricos, o que permitiu inverter a ordem de poder até então vigente.[93] Eis o ideário da Revolução Francesa, consagrador da liberdade, igualdade e fraternidade, pelo qual se implantou a concretização dos Direitos Fundamentais, alterando o teor do movimento constitucionalista da época.[94]

O Iluminismo, embebido da doutrina da Escola do Direito Natural, eclode seu pensamento e expressa seu sentido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, declaração de Direitos de relevância extrema ao surgimento dos Direitos Fundamentais.[95-96]

O conteúdo desse enunciado nasce dos Direitos proclamados pelos movimentos revolucionários, cujo maior anseio é a garantia das liberdades. Além de instrumento de limitação do poder, reafirma-se como equilíbrio entre a personalidade

---

[92]BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, Título Original: L'età dei Diritti. p. 118.
[93]BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, Título Original: L'età dei Diritti. p. 118.
[94]BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 34.
[95]"O exame dos documentos legislativos da Antiguidade revela já uma preocupação com a afirmação de Direitos Fundamentais, que nascem com o homem e cujo respeito se impõe, por motivos que estão acima da vontade de qualquer governante." *In:* DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 142.
[96]Sem deixar de relevar as declarações da Declaração da Independência dos Estados Unidos e da Carta dos Direitos dos Estados Unidos.

do homem e o respeito aos demais membros da Sociedade, em clara luta contra o poder arbitrário. Tal fenômeno revolucionário que visa a libertar o homem é determinante também para a extinção do feudalismo e a construção da Democracia.

Em tal contexto, a Declaração de 1789 previu a igualdade humana e o bem comum como fim único do Estado; proibiu ações nocivas à Sociedade; contemplou a nação como detentora da soberania, o Princípio da legalidade, a liberdade de opinião e credo; fixou a lei como expressão da vontade geral; estabeleceu a liberdade de comunicação; alçou o Direito à propriedade à categoria de Direito básico e assegurado a todos.

Anteriormente[97], a *Magna Charta Libertatum* havia garantido Direitos e liberdades como mecanismo de proteção ao despotismo do Rei. Com a concepção do devido processo legal e a consequente proibição da prisão arbitrária ou da perda de bens ou da liberdade de locomoção sem julgamento justo, fixa-se a referida *Charta* historicamente como peça fundamental do Constitucionalismo, e embora outorgada pelo Rei, seu valor resulta de um pacto entre o soberano, os barões e os burgueses.

Consagra-se, desse jeito, como o mais importante documento ratificador da liberdade da Idade Média. Em outros termos, ZIPPELIUS afirma que "[...] Ela não representa, de forma alguma, um fenómeno *(sic)* isolado no espaço europeu, mas é notável pela continuidade, algumas vezes interrompida mas nunca totalmente cortada, da evolução a que deu origem".[98]

Com a *Petition of Rights*, de 1628, veio a previsão expressa segundo a qual o pagamento de qualquer importância ao Estado deveria ser precedida da aprovação de todos, exteriorizada por ato do Parlamento; e a garantia de não haver prisão ou serviço forçado pela dívida decorrente de tributos.

Os conflitos entre o soberano e o parlamento foram dirimidos a partir da petição formulada contra ordem emanada pelo Rei Carlos I para prisão de súditos

---

[97]"Os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais encontram-se, primeiramente, na Inglaterra, com a Magna Charta Libertatum, outorgada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215; a Petition of Rights, de 1628; o Habeas Corpus Act, de 1679; o Bill of Rights, de 1689, e o Act of Settlement, de 12-6-1701". *In:* MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7.

[98]ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: Allgemeine Staatslehre. p. 421.

que haviam se recusado a submeter-se ao empréstimo obrigatório para a coroa. A petição dirigida pelo Parlamento ao Rei continha solicitação formal para que este garantisse os Direitos e liberdades antes conquistados.

Reinhold ZIPPELIUS pondera:

> Do ponto de vista formal não se tratava aqui, portanto, de uma declaração de direitos fundamentais, na sua acepção moderna. Antes se solicitava ao rei segundo as velhas formas, uma *confirmatio cartarum* que o rei concedeu, embora contra a sua vontade. Contudo, evidenciava-se uma mudança semântica destas antigas liberdades quando agora se reivindicaram, sob as vestes de uma mera confirmação, estes direitos para todos os ingleses.[99]

Como, por exemplo, o instituto já existente na *common law*, *Habeas Corpus Act* de 1679, previu que por documento escrito àquele que tivesse sido privado de sua liberdade sem formação de culpa devidamente assentada em processo legal teriam as autoridades obrigação de conceder ordem de soltura.[100]

A *Bill of Rights*, de 1689, na Inglaterra, ao mesmo tempo em que previa garantias de cunho parlamentar e político, assegurando liberdade de expressão nas sessões do Parlamento, estabelecia para os indivíduos o Direito de pedir ao rei, consolidando o Direito de petição das constituições modernas e também o Direito de crença, de liberdade e proibição de aplicação de penas cruéis.[101]

Com o *Act of Settlement*, de 1701, ainda na Inglaterra, reafirmou-se o Princípio da legalidade, atribuindo responsabilidade política aos agentes públicos, com a previsão de impeachment de magistrados.[102]

Mas foi com a *Bill of Rights*, a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, na América do Norte, que se atribui condição constitucional aos Direitos Fundamentais. Estabelece que todos os homens são livres, possuem Direitos que não se podem ser subtraídos pelo Estado; garantem o Direito da vida e da liberdade e da propriedade, e das condições para obterem felicidade; e consagra o Princípio da igualdade, da liberdade de imprensa e de religião. Razões pelas quais PIEROTH

---

[99]ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: Allgemeine Staatslehre. p. 422.
[100]MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7-8.
[101]ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: Allgemeine Staatslehre. p. 423.
[102]MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8.

e SCHLINK aduzem que o "[...] *Bill of Rights* da Virgínia serviu de modelo imediato a uma série de outras declarações, a maior parte das vezes mais pormenorizadas, de outros Estados da América do Norte".[103]

Ao destacar a origem de tal documento, afirma JELLINEK:

> Für den Rechtshistoriker aber entsteht aus der Betrachtung der amerikanischen 'bills of rights' ein neues Problem: Wieso sind gerade die Amerikaner zu derartigen legislatorischen Festsetzungen gekommen? Oberflächlicher Betrachtung scheint die Antwort leicht zu sein. Schon der Name weist auf die englische Quelle hin. Die 'bill of rights' von 1689, die Habeas-Corpusakte von 1679, die 'petition of right' von 1627 und endlich die 'Magna Charta libertatum' scheinen die nicht zu bezweifeln den Vorgänger der 'bill of rights' von Virginien zu sein.[104]

E em seguida, sintetiza:

> Trotzdem trennt die amerikanischen Deklarationen eine tiefe Kluft von den erwähnten englischen Gesetzen. Der Geschchtschreiber der amerikanischen Revolution sagt von der virginischen Erklärung, dass sie im Namen der ewigen Gesetze des Menschendaseins gegen alle Tyrannei protestiert habe: 'Die englische Petition der Rechte im Jahre 1688 war historisch und rückwärtsschauend, die Erklärung Virginiens kam dagegen aus dem Herzen der Natur und verkündete leitende Grundsätze für alle Völker in künftigen Zeiten'.[105]

Modelo de excelência para o Constitucionalismo liberal e com influência sobre tudo o que se editou dali em diante, até a primeira guerra mundial, merece reverência a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Em tal

---

[103]PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antonio Francisco de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38. Titulo original: Staatsrecht: Grundrechte. No mesmo sentido, ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho. 3 ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: Allgemeine Staatslehre. p. 426

[104]Tradução livre da Doutoranda: Para os historiadores do Direito, no entanto, surge da interpretação da 'bill of rights' americana um novo problema: como chegaram os americanos a uma decisão legislativa de tal natureza? Uma análise superficial denota uma fácil resposta. Já o nome subentende uma fonte inglesa. A 'bill of rights' de 1689, a lei do Habeas Corpus de 1679, a 'petition of right' de 1627 e finalmente a 'Magna Charta libertatum' mostram que não se questionam os antecedentes da 'bill of rights' de Virgínia. *In:* JELLINEK, Georg. **Die Erklärung der Menschen – und Bürgerrechte**. 4 ed. München und Leipzig: Dunker& Humblot, 1927. p. 34.

[105]Tradução livre da Doutoranda: Apesar disso, há um profundo vão a separar a declaração americana das leis inglesas aqui mencionadas. O legislador da revolução americana fala da declaração da Virgínia, que ela teria, em nome das eternas leis da existência humana, protestado contra todos os tiranos: "a petição de direitos inglesa no ano de 1688 foi histórica e retrospectiva; a declaração da Virgínia veio, por outro lado, do coração da natureza e anunciou princípios vanguardistas para todos os povos em tempos vindouros." *In:* JELLINEK, Georg. **Die Erklärung der Menschen – und Bürgerrechte**. 4 ed. München und Leipzig: Dunker & Humblot, 1927. p. 34.

contexto, FERREIRA FILHO atribui "[...] a La Fayette haver dado ênfase, desde 1783, à ideia de estabelecer uma declaração francesa dos Direitos Fundamentais. Às vésperas da revolução era generalizada na França a reivindicação de que fossem solenemente reconhecidos esses direitos".[106]

Os direitos que já haviam sido, de certo modo, sedimentados no tecido social, foram assegurados na Declaração de 1789, dentre os quais, liberdade de locomoção, propriedade, legalidade, liberdade de expressão, estado de inocência, controle do dinheiro público, poder exigir prestação de contas do agente público e escolher representantes.[107]

Anota PECES-BARBA que o modelo americano e francês, como primeiras formulações de Direitos Humanos, tem sua origem no jusnaturalismo, cuja premissa se funda, em especial, na igualdade de todos os seres humanos. Todavia, a generalidade dos destinatários não correspondia à realidade, eis que impossível a igualdade entre os titulares dos Direitos. Exemplifica o aludido autor que os Direitos excluídos das declarações, como o Direito de associação na França e na Espanha, implicavam em não permitir intermediários entre o Estado e o indivíduo. Do mesmo modo, o Direito de sufrágio, censitário e limitado a determinadas categorias de cidadãos.[108]

As declarações americana e francesa trazem em seu bojo similaridade na concepção princípiológica e na condição emocional que foram concebidas, na forma e conteúdo. É inegável que os franceses tenham da americana se influenciado, estabelecendo com maior concisão e de modo mais enérgico a liberdade perante a lei, mas com uma formulação influenciada pelo contrato social.[109]

Surgem, assim, as ideias modernas de Direitos Humanos, ligadas essencialmente ao Direito de legalidade e de liberdade, incipiente à época. No entanto, o descontrole instaurado pela liberdade excessiva e total afastamento do Estado construíram ambiente propício ao desenvolvimento de um contexto fático

---

[106]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38-39.
[107]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40-43.
[108]PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales.** Madrid: Universidade Carlos III, 1995. p. 162-163.
[109]JELLINEK, Georg. **Die Erklärung der Menschen – und Bürgerrechte**. 4 ed. München und Leipzig: Dunker & Humblot, 1927. p. 34.

que fertilizou o solo no qual se assentavam as bases econômicas e sociais que culminaram na Revolução Industrial e na ascensão do Capitalismo, influenciando assim, profundamente o paradigma jurídico-estatal no curso da história.

O surgimento do Capitalismo é ligado às Sociedades mercantis e monetárias da Europa[110], embora para WEBER "[...] o 'Capitalismo' e empresas 'Capitalistas', inclusive com uma considerável dose de racionalização capitalística, tenham existido em todos os países civilizados da terra, como se pode inferir dos documentos econômicos [...]"[111] e a partir de sua concepção como ação enfocada na "[...] expectativa de lucro através da utilização das oportunidades de troca, isto é, nas possibilidades (formalmente) pacíficas de lucro".[112]

O conceito consignado não se reduz à vontade ou à ânsia de lucro; tal noção, segundo o citado autor, seria ingênua e não condizente com a realidade da "ação econômica".[113]

Com efeito, a história do Capitalismo[114] apresenta-se, na lição de BEAUD, como "[...] processo complexo onde se imbricam a formação de burguesias (mercantis e bancárias), a afirmação do fato nacional e a Constituição dos Estados modernos, a ampliação das trocas e a dominação em escala mundial, o desenvolvimento das técnicas de transporte e a de produção, a colocação em prática de novos modos de produção e a emergência de novas mentalidades".

Nesse particular, destacam-se os processos complexos que se imbricaram a partir da Revolução Industrial[115], cujo surgimento se deu, conforme

---

[110]BEAUD, Michel. **História do Capitalismo**: de 1500 aos nossos dias. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. Título Original: Histoire du capitalisme: de 1500 à nos jours. p. 17.

[111]WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. 4 ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1988.Título Original: Die Protestantische Ethik Und Der Geist des Kapitalismus. p. 6.

[112]WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. 4 ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1988.Título Original: Die Protestantische Ethik Und Der Geist des Kapitalismus. p. 6.

[113]WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. 4 ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1988.Título Original: Die Protestantische Ethik Und Der Geist des Kapitalismus. p. 6.

[114]Não é pacífica a discriminação histórica do Capitalismo, haja vista cada autor apresentar sua classificação; adota-se a de BEAUD a fim de tornar possível ligar o capitalismo ao movimento constitucionalista e, ulteriormente, abordar o surgimento dos Direitos Fundamentais.

[115]Conceituada como "processo contínuo – alguns diriam 'auto-sustentado' *(sic)* – de crescimento econômico pelo qual (com exceção das guerras e catástrofes naturais) cada geração pode, de modo confiante, esperar usufruir níveis mais altos de produção e consumo do que seus predecessores." *In:* DEANE, Phyllis. **A Revolução Industrial**. Tradução de Meton Porto Gadelha. 2 ed. Rio de Janeiro:

DEANE, “[...] a partir da década de 1780 quando as estatísticas do comércio exterior britânico assinalam uma tendência ascendente significativa”.[116]

Esse período histórico, pois, é caracterizado na lição de BEAUD pela “[...] exploração de um número crescente de trabalhadores e produção de uma massa sempre maior de mercadorias; acumulação vertiginosa de riquezas, num pólo *(sic)*, ampliação e agravamento da miséria, no outro”[117], bem como pelo repúdio ao Estado[118], tido à época como um espectro, um “fantasma”. Tal concepção equivale à utopia liberal[119], isto é, à crença de que “propriedade, livre iniciativa e livre jogo de mercado devem assegurar o melhor mundo possível”.[120]

O aperfeiçoamento da máquina a vapor pelo Engenheiro e Matemático escocês James Watt e a alteração dos meios de produção no campo determinaram a substituição do trabalho manufatureiro pelo trabalho assalariado, e do homem pela máquina, tendo o desemprego como o principal efeito colateral. Desse fenômeno econômico-social, eclode outro, de repercussão jurídica, que é a criação de entidades associativas das classes trabalhadoras, que reivindicam melhores condições de trabalho e pagamento digno.[121]

A seu turno, a Igreja Católica, cuja interferência nas decisões governamentais teve início no próprio Império Romano e com atuação determinante na Idade Média para vicejar ainda mais as disputas políticas, foi por certo causa de muitas das guerras entre os povos, até deposição e morte de soberanos na França e na Inglaterra do Século XVIII.[122] Como aparentemente paradoxal, teve a Igreja

---

Zahar Editores, 1979. Título Original The First Industrial Revolution. p. 11.

[116]DEANE, Phyllis. **A Revolução Industrial**. Tradução de Meton Porto Gadelha. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979. Título Original The First Industrial Revolution. p. 13.

[117]BEAUD, Michel. **História do Capitalismo**: de 1500 aos nossos dias. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. Título Original: Histoire du capitalisme: de 1500 à nos jours. p. 123.

[118]Característica do Liberalismo imperante à época, defensor de “[...] uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções.” *In:* BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 17.

[119]“O marxismo se constrói em meio à aguda crise que separa o trabalho do capital, quando o capitalismo acreditava cegamente no liberalismo, que o favorecia, lhe legitimava as pretensões iníquas e acalmava a consciência de seus agentes, do mesmo passo que a classe operária dispunha da violência como sua única arma de defesa.” *In:* BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 176.

[120]BEAUD, Michel. **História do Capitalismo**: de 1500 aos nossos dias. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. Título Original: Histoire du capitalisme: de 1500 à nos jours. p. 131.

[121]MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 6.

[122]DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI.

Católica papel relevante na construção de novas concepções de liberdade, justiça, igualdade e supremacia do interesse coletivo em detrimento do individual com as encíclicas *Rerum Novarum e Quadragésimo Anno.*[123]

Tal contexto é compreendido pela constatação de inexistência dos Direitos mínimos para a subsistência digna do homem, a tal ponto que, por meio de seus sacerdotes mais próximos das pessoas do povo, a Igreja Católica passou a intervir na política social para propiciar ao operário da época melhores condições existenciais. Assim, o pensamento cristão católico, através da Encíclica *Rerum Novarum*[124-125], traduz "[...] uma crítica profunda das doutrinas e práticas tanto do liberalismo como do socialismo e convoca a todos a se unirem para realizar a ordem social justa [...]"[126], propondo para esse fim, dentre outras medidas, a "[...] intervenção do Estado em defesa dos trabalhadores e na estruturação de leis sociais, proteção e aquisição da propriedade, greve, repouso dominical, limitação do tempo de trabalho, salário, poupança e repouso remunerado".[127]

Os fatos histórico-sociais referidos são de extrema relevância para o reconhecimento dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais. O jusnaturalismo, com sua construção baseada em Direitos universais e eternos, influiu na teorização dos Direitos Humanos. O Iluminismo, a partir do qual se construiu uma visão crítica daquele estado de coisas, e seu caráter revolucionário, por trazer à baila os Direitos com função de defesa[128] em face do Estado. A Revolução Francesa,[129] como resultado episódico no qual todas as ideias até então erigidas foram em algum aspecto aplicadas e universalizadas. A Declaração dos

---

São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63.

[123]FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 55.

[124]Datada de 15 de maio de 1891.

[125]As demais Encíclicas, embora não citadas por não apresentarem ligação direta com o período ventilado, sem sombra de dúvida, como a *Rerum Novarum*, tiveram papel relevantíssimo na história e no reconhecimento dos Direitos Fundamentais.

[126]SANCTIS, Frei Antonio de. **Encíclicas e Documentos Sociais**: da "Rerum Novarum" à "Octogesima Adveniens". São Paulo: LTr, 1972. p. 13.

[127]SANCTIS, Frei Antonio de. **Encíclicas e Documentos Sociais**: da "Rerum Novarum" à "Octogesima Adveniens". São Paulo: LTr, 1972. p. 13.

[128]A respeito dos Direitos Fundamentais como direitos de defesa: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 407-408.

[129]Anota Paulo BONAVIDES: "Cada século tem o seu maior acontecimento. O do século XVIII foi a Revolução Francesa. O do século XIX, o fim das monarquias absolutas no Ocidente. O do século XX, a revolução de Outubro na Rússia, que varreu do país o trono e a coroa dos czares." *In:* BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 206.

Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, por positivar as aludidas ideias que embasaram a Revolução, garantindo sua preservação e observância. O Capitalismo e sua intrínseca relação com o cenário no qual eclodiu a Revolução Industrial, e esta por ensejar novos movimentos reivindicatórios de Direito, viabilizando o surgimento dos Direitos Humanos de segunda geração, responsáveis por criar o intervencionismo estatal como necessário à efetivação do Direito à igualdade substancial. Sem se olvidar, por fim, a Igreja Católica que, por meio das Encíclicas, universalizou seu pensamento humanitário, reforçando e complementando o que já havia sido construído pelos movimentos históricos, políticos e sociais. Enfim, os Direitos Humanos fundamentais estavam, definitivamente, arraigados no cenário mundial, sobretudo naqueles países signatários do Estado Constitucional.

Quanto ao Estado Constitucional – representativo ou de Direito – cabe tecer considerações, haja vista este provir da indissociável ideia da preservação da liberdade e, por essa causa, do surgimento do Estado liberal.

Essas considerações fazem-se necessárias, pois – à luz da conclusão acima sobre o enraizamento dos Direitos Humanos fundamentais – se deve muito ao desenvolvimento da organização Estatal, quer dizer, desde o Estado Liberal de Direito até o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, MIRANDA, propõe que "[...] Estado de Direito é o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de ação dos governantes".[130] Tal modalidade de Estado é consagrada pelo Constitucionalismo liberal do século XIX.

Nessa ordem de ideias, o Estado de Direito nasce da concreção do ideário liberal e da preponderância do Princípio da legalidade ao qual se submete o poder estatal ao mesmo tempo em que garante os Direitos individuais.

Conclui, assim, MORAES que "[...] existirá o Estado de Direito onde houver a supremacia da legalidade, ou para o direito inglês a *The Rule of Law*, para o direito francês o *État Legal*, para o direito alemão o *Rechtsstaat*, ou ainda, a

[130]MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33.

Always under law do direito norte-americano".[131]

A "separação de Estado e Sociedade"; a pura e simples "[...] garantia das liberdades individuais"; a concepção de democracia vinculada à soberania como legado da revolução francesa e o papel do Estado são o que reputa STRECK os principais apanágios desse modelo de Estado.[132]

O Estado Social de Direito, a seu turno, sustenta-se na própria concepção do Estado de Direito e, como tal, não renegando as conquistas do liberalismo individual, agrega um conteúdo finalístico ao poder público e atende ao bem-estar e desenvolvimento social.

Acerca disso, leciona FERRARI:

> [...] com a revolução industrial se constata que o Estado não é o único que pode oprimir o desenvolvimento da personalidade e impor relações coativas de convivência. A função da Constituição sofre, então, mudança significativa para garantir um mínimo de harmonia social e econômica, com a implantação do chamado Estado de bem-estar, Estado social ou intervencionista, que se traduz pela incorporação de mandados de intervenção, de preceitos finalísticos, com a pretensão de assinalar objetivos de política econômica e social.[133]

Nesse contexto, o Estado Social não se contenta em apenas limitar a ação do Estado à conformação da legalidade, mas incorpora um Direito prestacional do próprio Estado, ou seja, o Estado não intervencionista dá lugar ao Estado de Bem-Estar. Para STRECK, "Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial".[134]

O sistema de consagração e proteção dos Direitos Fundamentais adquire no Estado Social de Direito a multiplicação de vários outros que neles se incorporam, a exemplo dos Direitos Sociais dos trabalhadores e de participação política.

Em consequência, SOMBRA obtempera que,

---

[131]MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3.
[132]STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 95.
[133]FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 774.
[134]STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 95.

> Sob o pálio do Estado Social de Direito, a concepção clássica de contrato, compreendida com o manancial dos interesses interindividuais, sofre uma legítima e oportuna transmutação, mediante a qual o componente social dos interesses individuais impõe-se como um valor cogente. Alvo das transformações sociais e econômicas que se processaram sobretudo ao longo do século XX – especialmente com o crescimento vertiginoso da industrialização e o surgimento do fenômeno denominado sociedade de massas – o contrato recebe um duro golpe no âmago de sua existência: a autonomia privada.[135]

Assim, em uma espécie de conciliação do individual com o social, da legalidade com a igualdade (não apenas formal) e de máxima legitimação do poder, concebe-se o Estado Democrático de Direito**,** que nas palavras de CANOTILHO, é "mais" que Estado de Direito.[136] Representa uma espécie de ruptura dos modelos anteriores (Estado Liberal e Estado Social) para estabelecer uma transformação social e econômica, incluindo-se valores voltados à qualidade de vida da Sociedade e suas relações pluralizadas.

Entre esses acréscimos de conteúdo à função do Estado estão inseridas as normas que garantem as eleições livres, com o poder exercido pela vontade soberana do povo, a partir de sua participação no voto secreto, direto e universal. A soberania popular e a participação dos indivíduos revelam, assim, a máxima expressão do Princípio democrático.

Enfim, não há mais a possibilidade de conceber um Estado que não possua Constituição; na verdade, esse ente desconstitucionalizado pode possuir qualquer natureza, salvo a de Estado. Isso porque o surgimento de uma Constituição está ligado diretamente a aspectos históricos da Sociedade sobre a qual ela se erige. Nota-se isso no empenho histórico de burilar os instrumentos de poder instaurados e, consequentemente, aperfeiçoar os meios de convívio sociais e políticos. Sem se olvidar o aspecto axiológico que faz surgir uma Constituição, só Sociedades com certo grau de desenvolvimento conseguem atingir esse nível de racionalização.[137] Os Direitos Humanos fundamentais representam nitidamente essa evolução social, pois propiciam substrato para os países que ainda não se

---

[135]SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 21.
[136]CANOTILHO, J. J. Gomes**. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.
[137]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62-63.

desenvolverem nesse aspecto.

Estabelecidos tais conceitos e referenciais históricos necessários ao estudo proposto, segue-se uma abordagem mais específica acerca dos Direitos Fundamentais.

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO, NATUREZA, DIMENSÕES E DIREITOS PRESTACIONAIS *STRICTO SENSU*

Por tudo isso e superado, em brevíssimas linhas gerais, o contexto histórico-social que se pretende estabelecer como determinante para a gênese dos Direitos Fundamentais, imprescindível ao objetivo da presente Tese, é necessário demarcar teoricamente algumas das inumeráveis discussões acerca dos Direitos Fundamentais e seu conceito, sua titularidade, a quem obrigam e quais os limites do exercício do poder estatal e, em contraponto, quais são os deveres de atuação do Estado.

Inicialmente, a vulnerabilidade humana que decorre da própria natureza do homem e toda a sorte de atrocidades que este é capaz de praticar contra si próprio; a possibilidade de o homem investido de autoridade ser injusto, amoral, antiético e praticar o mal contra os subordinados e a constatação de que qualquer indivíduo pode exacerbar suas investidas contra o outro, com métodos sofisticados ou primitivos de tortura e subjugo, são objeto de estudo pela ciência, com vistas a explicar e impedir a prática do mal.[138] Daí a importância dos Direitos Fundamentais como escudo de proteção dos indivíduos.

Com efeito, a par de sua incontestável importância para a construção do Estado Democrático de Direito, os Direitos Fundamentais se espraiam por todos os contextos da vida em Sociedade, e assim protegem a liberdade, o ir e vir, o pensamento e sua livre exteriorização, a posição de igualdade de todos os homens frente ao Estado, e estipulam uma série de garantias que visam a preservar desde as prerrogativas políticas dos cidadãos até o atendimento prestacional básico pelo poder Estatal. O homem tem conferido para si Direitos e garantias contra o abuso e

[138]A tal respeito, vale registrar a obra de ZIMBARDO, Philip. **O Efeito Lúcifer: como as pessoas boas se tornam más**. Tradução de Tiago Novaes Lima. Rio de Janeiro, Record, 2012. Título original The Lucifer Effect. p. 279 em diante.

o autoritarismo do próprio homem.

O ato de conceituar, limitador que é por natureza, impõe certa carga de perplexidade e dificulta o trabalho do pesquisador jurídico, que não pode ultrapassar a tênue linha entre a exata dimensão do instituto e o seu esvaziamento, olvidando pontos essenciais.

Tratando-se de Direitos Fundamentais, a tarefa torna-se demasiadamente árdua, uma vez que o caráter histórico-mutável destes faz com que conceitos rígidos não encontrem eco na realidade.

No escólio de FERREIRA FILHO, registra-se que

> [...] a doutrina dos direitos do Homem, que tem grande peso no constitucionalismo ainda hoje, não nasceu no século XVIII. Ela, no fundo, nada mais é do que uma versão da doutrina do direito natural que já desponta na Antiguidade. [...] Remoto ancestral da doutrina dos direitos fundamentais é, na Antiguidade, a referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens mas dado a estes pelos deuses.[139]

Talvez por isso, a formulação conceitual de locução tem sido enfrentada a partir da constatação segundo a qual, conforme NASCIMENTO, “Não é fácil a definição de direitos humanos”, de modo que “qualquer tentativa pode significar resultado insatisfatório e não traduzir para o leitor, à exatidão, a especificidade de conteúdo e a abrangência”.[140]

PECES-BARBA alerta sobre a distinção de significados que a ideia de Direitos Humanos teve a si atribuída nos séculos XVII e XVIII, tanto no plano teórico, como no seu alcance prático, ante a sua importante função de garantia de dignidade, liberdade e igualdade para todos os homens.[141]

A imprecisão terminológica que lhes recai ante a sua inexorável transformação no decorrer da história, por óbvio torna a missão de conceituá-los uma árdua tarefa, já que várias são as expressões que lhes designam, como elenca SILVA: Direitos naturais, Direitos Humanos, Direitos do homem, Direitos individuais, Direitos Públicos Subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e Direitos

---

[139]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.
[140]NASCIMENTO, Tupinambá. **Comentários à Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 211.
[141] PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales.** Madrid: Universidade Carlos III, 1995. p. 21

Fundamentais do homem.[142]

Visando a desincumbir-se de tal missão, SILVA funde tais expressões e formula uma nova, qual seja "direitos fundamentais do homem", que em seu entender mais se aproxima dos Princípios que traduzem a conformação ideológica do direito posto, ao mesmo tempo em que "concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas".[143]

PECES-BARBA afirma preferir o termo "Direitos Fundamentais", por entender ser mais preciso do ponto de vista terminológico e por abarcar as várias dimensões dos Direitos Humanos sem reducionismos do jusnaturalismo ou do positivismo jurídico.[144]

Assim, o conceito de Direitos Fundamentais parte de duas possíveis linhas. A primeira defende que eles são anteriores ao Estado e que o legitimam. Exemplo disso é o Estado-polícia protetor do Direito à propriedade. Em outro vértice, a segunda linha propugna que os Direitos Fundamentais são posteriores ao Estado e, por conseguinte, outorgados por ele próprio ao indivíduo.[145]

A esse respeito PIEROTH e SCHLINK afirmam:

> A ideia jurídico-natural de uma liberdade e igualdade anteriores à sociedade e ao Estado não ignora que o ser humano não pode viver sem sociedade e sem Estado, também ela, com a 'anterioridade' dos direitos fundamentais, se refere à necessidade de fundamentação jurídica da sua limitação. Anterior ao Estado é, nos direitos fundamentais ('direito natural positivado'), o fato de o seu exercício não necessitar de justificação em face do Estado e de, pelo contrário, ser o Estado a ter de justificar sua limitação dos direitos fundamentais.[146]

A conceituação de Direitos Humanos em tal contexto impõe sua titularidade aos indivíduos e sua estipulação e proteção vinculam o Estado, eis que são anteriores à própria existência deste. Disso não discrepa a construção teórica do próprio Constitucionalismo Moderno, inconcebível sem Constituição. É lícito afirmar

---

[142]SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 174.
[143]SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 174-177.
[144]PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales.** Madrid: Universidade Carlos III, 1995. p. 36-37.
[145]PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antonio Francisco de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. Título original: Staatsrecht: Grundrechte. p. 48.
[146]PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antonio Francisco de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. Título original: Staatsrecht: Grundrechte. p. 48.

que os Direitos Fundamentais são Direitos Humanos positivados na Constituição de dado povo; logo lícito também é supor que a existência de Estado lhes é inerente.

Para ALEXY,

> Als leitender Gesichtspunkt oder Leitidee bietet sich ein allgemeines formales Konzept der Grundrechte an, das sich folgendermaßen ausdrücken läßt: Grundrechte sind Positionen, die so wchtig sind, dass ihre Gewärung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlassen werden kann.[147]

Em consequência, os Direitos Humanos/Direitos Fundamentais são, na linha de pensamento de MORAES, "O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana".[148]

GARCIA, ao cindir tal locução e estabelecer significado diverso, apresenta outra concepção e alcance de tais vocábulos:

> [...] três são expressões corretas para serem usadas atualmente: **direitos humanos, direitos fundamentais e direitos do homem**. Respaldamos nossa opinião no consenso geral existente na doutrina especializada no sentido de que os termos **direitos humanos** e **direitos do homem** se utilizam quando fazemos referência àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e o termo **direitos fundamentais** para aqueles direitos que aparecem positivados e garantidos no ordenamento jurídico de um Estado.[149]

Dessa maneira, Direitos Fundamentais constituem-se, pois, no escólio de FERRARI, nos Direitos conferidos aos integrantes de determinada Sociedade, instituídos e garantidos por eficácia normativa em uma ordem jurídica concreta.[150] São os Direitos do homem positivados por meio de sua incorporação à Constituição de um determinado país, portanto, limitados espacial e temporalmente, como anota

---

[147]Tradução livre da Doutoranda: Como principal ponto de vista ou ideia, apresenta-se um conceito geral e formal dos Direitos Fundamentais, que se expressam da seguinte maneira: Direitos Fundamentais são posições tão importantes que seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição da simples maioria parlamentar. *In:* ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp Verlag, 1994. p. 406.

[148]MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 20.

[149]GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais**: Notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregório Peces-Barba. *In:* VALLE, Juliano Keller et MARCELINO JR., Julio Cesar. (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade:** Estado, Direito e Constituição**.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 191. (grifos no original).

[150]FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional.** São Paulo: RT, 2011. p. 529.

CANOTILHO.[151]

Para BOROWSKI, a terminologia e o conceito de Direitos Humanos adquire perspectiva constitucional diversa quando se contrapõe ao conceito de Direito Fundamental nacional e Direito Fundamental internacional e supranacional.[152]

Afirma o doutrinador alemão que os Direitos Humanos podem ser assim entendidos: “Los derechos humanos son derechos morales. [...] Estos derechos tienen validez universal, se atribuyen por igual a todos los hombres en el mundo. En esta medida, tienen prioridade frente al derecho positivo, pues representan una medida de legitimidad de este último”.[153]

Já no que tange aos Direitos Fundamentais internacionais, o mesmo autor aduz que são estes o resultado de positivação dos Direitos Humanos em pactos e tratados internacionais. Enquadram-se em tal contexto, entre outros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950, a Carta Social Europeia de 1961. Já os Direitos Fundamentais supranacionais estão relacionados às liberdades fundamentais consolidadas pela jurisprudência da Corte Europeia de Luxemburgo, com vistas a estipular garantias para os atos jurídicos da Comunidade Europeia.[154]

Outro modo de conceituar e, ao mesmo tempo, classificar os Direitos aqui tratados refere-se aos aspectos territorial e temporal destes. Se estiverem positivados numa ordem jurídica e, portanto, limitados no tempo e espaço, serão Direitos Fundamentais. Se, por outro lado, eles não estiverem limitados, ou seja, não se encerrarem em única ordenação jurídica, serão reputados Direitos Humanos.

---

[151]CANOTILHO, J. J. Gomes**. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

[152]BOROWSKI, Martin. **La estrutura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Título original: Grundrechte als Prinzipien. p. 30.

[153]Tradução livre da Doutoranda: Os direitos humanos são direitos morais. [...] Estes direitos têm validade universal, são atribuídos igualmente a todos os homens em todo mundo. Em tal medida, têm prioridade frente ao direito positivo, pois representam uma medida de legitimidade deste último. *In* - BOROWSKI, Martin. **La estrutura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Título original: Grundrechte als Prinzipien. p. 30.

[154]BOROWSKI, Martin. **La estrutura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Título original: Grundrechte als Prinzipien. p. 32-33.

Sem embargo, a utilização das expressões Direitos do Homem e Direitos Fundamentais de forma sinônima não impede a construção doutrinária que classifica conforme sua dimensão espaço-temporal, em virtude da qual os primeiros são Direitos cuja validade transcende o tempo e o território, porquanto decorrem da própria natureza do homem, tendo validade para todos os homens em qualquer tempo; e os segundos – Direitos Fundamentais, são aqueles cuja vigência é determinada por uma ordem jurídica e, portanto, vinculada a um específico ordenamento constitucional. O que os distingue é a necessária positivação para lhes determinar a existência e validade.[155]

A determinabilidade de tais Direitos à ordem jurídica impõe sejam inseridos nas normas constitucionais como Direitos Fundamentais. Como afirma CANOTILHO, "Sem esta positivação jurídica, os Direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não Direitos protegidos sob a forma de normas (regras e Princípios) de Direito constitucional (Grundrechtsnormen)".[156]

A sua distinção repousa, pois, na condição de estarem fixados na ordem jurídica constitucional. Assim sendo, Direitos Humanos são preceitos de caráter universal, reconhecidos desde o Direito natural e que perpassam as fronteiras das nações e adquirem um caráter permanente. Os Direitos Fundamentais são aqueles que vigem em uma ordem jurídico-constitucional, em dado tempo e espaço. Imprescindível, pois, para serem assim considerados, que estejam consagrados na Constituição de cada Estado.

Para KELSEN, os Direitos e garantias fundamentais são meios previstos pela Constituição para inviabilizar a produção de normas a estes deletérias:

> O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. É eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis – v. g., leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou a igualdade – se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa na criação dessas leis – chefe do Estado, Ministros – ou existe a possibilidade de

[155]CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.
[156]CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

atacar e anular.[157]

PIEROTH e SCHLINK lecionam que o Direito constitucional germânico, por sua vez, consagrou os Direitos fundamentais como Direitos atribuídos ao indivíduo na condição de integrante do Estado e, como tal, outorgados por este ao indivíduo; e não pertencentes ao indivíduo antes mesmo da existência do Estado.[158]

Os Direitos Fundamentais são, portanto, os Direitos mínimos a garantir a subsistência digna do homem, a mantença das possibilidades inerentes ao desenvolvimento de sua personalidade em conjunto com os demais homens, bem como a proteção do seu núcleo intangível frente ao Estado (Eficácia vertical) e a seus pares (Eficácia horizontal).

Em 1803, a Corte Suprema estadunidense reconheceu os Direitos Fundamentais, quando no caso Marbury vs. Madison[159] assentou que a Constituição tem primazia sobre qualquer outra Norma jurídica e o poder/dever do julgador de garantir sua Eficácia normativo-suprema, conforme DIMOULIS e MARTINS:

> Constituem enfaticamente tarefa e dever do Poder Judiciário dizer o que é o direito. Aqueles que aplicam a norma aos casos concretos devem necessariamente expor e interpretar a norma [...]. Se uma lei contraria a Constituição, e tanto a lei como a Constituição forem aplicáveis no caso concreto, então a Corte deve decidir o caso conforme a lei, desconsiderando a Constituição, ou conforme a Constituição, desconsiderando a lei [...]. Se as Cortes devem respeitar a Constituição e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Legislativo, é a Constituição e não o ato ordinário que deve regular o caso no qual ambos

---

[157]KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: Reine Rechtslehre. p. 249.

[158]PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antonio Francisco de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. Titulo original: Staatsrecht: Grundrechte. p. 48.

[159] Segundo BRANDÃO, "[...] Discutível, portanto, se efetivamente é ao *Chief Justice* (sic) John Marshall que se deve a criação do *judicial review* (sic) como insistentemente quer a doutrina. A aplicação judicial, no entanto, somente viria a ocorrer no ano de 1803, no conhecido caso Marbury *versus* (sic) Madison. Além de ser a primeira vez que o Poder Judiciário julgou a inconstitucionalidade de uma lei, esse caso tem uma peculiaridade política muito interessante.[...] Marshall, então encontrou a saída política e jurídica que terminou resolvendo seu dilema e, além disso, consagrou o princípio do *judicial review* (sic): afirmou, incialmente que a nomeação de Malbury era perfeita e, em consequência, era ilegal a forma de agir da administração de Jefferson ao negar a entrega do ato de nomeação. No entanto, afirmou Marshall, o pedido estava fundado na seção 13 do *Judiciary Act* (sic), que autorizava o acesso direto à Suprema Corte para demandar o *writ of mandamus* (sic) na forma requerida por Marbury, mas a Constituição não contemplava essa competência e nem mesmo autorizava que a lei a estabelecesse, o que tornava a referida lei contrária aos preceitos constitucionais." In- BRANDÃO, Paulo de Tarso. Lineamentos Teóricos do Controle Judicial de Constitucionalidade de Leis nos Modelos Originários. *In*: SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar (Org.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 65-66.

se aplicam.[160]

Com efeito, ao passo que a Suprema Corte Americana estabelece um novo marco no Constitucionalismo, reafirma os Direitos Fundamentais e a impossibilidade de violação destes por leis arbitrárias que devem ser invalidadas pelo Poder Judiciário, para que prevaleça o sistema de garantias individuais. O controle difuso de constitucionalidade planta sua semente no sentido de fazer prevalecer a Constituição sobre os demais dispositivos normativos, a partir daí tidos como inferiores.[161]

Em complemento ao explanado, cabe perquirir sobre a natureza dos Direitos Fundamentais. Para a doutrina[162], existem dois critérios de distinção: o primeiro designa como Direito Fundamental aquele previsto formalmente na Constituição, critério denominado formal; o segundo critério, denominado material, considera irrelevante a posição dentro do ordenamento, porquanto o que importa é a natureza de Direito Fundamental.[163]

Nessa ordem de ideias, àqueles Direitos Fundamentais que são contemplados pelo texto constitucional é dada a alcunha de Direitos constitucionais formais. Todavia, existem outros Direitos Fundamentais que se espraiam por leis e tratados internacionais; a despeito de não possuírem a forma constitucional, são denominados “direitos materialmente fundamentais”. A dificuldade de sua identificação no ordenamento jurídico – já que não estão contidos no texto constitucional – encontra solução a partir de sua importância e fundamento.[164]

Para ALEXY,

Mais conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental

---

[160]DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13-14.
[161]DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13-14.
[162]MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 22.
[163]Lê-se em MENDES e BRANCO que “A distinção entre Constituição Material e Constituição Formal dá abertura para uma classificação das normas constitucionais bastante difundida, que distingue as normas apenas materialmente constitucionais, as normas apenas formalmente constitucionais e as formal e materialmente constitucionais. [...] Assim, uma norma que determine ao Estado que prossiga uma política social, dificilmente haveria de ser considerada norma materialmente constitucional nos momentos iniciais do constitucionalismo, é hoje vista como de atenção esperada por parte do constituinte.” *In:* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.
[164]CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 403-404.

> em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério formal, relativo à forma de sua positivação. Segundo esse critério, são disposições de direitos fundamentais, em primeiro lugar, todas as disposições do capítulo da Constituição alemã intitulado 'Os Direitos Fundamentais' (arts. 1º. a 19), independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido. Todavia, o que é abrangido por esse critério é ainda muito estreito. Não há dúvidas que há uma série de outras disposições da Constituição alemã que expressam normas de direitos fundamentais[...].[165]

Por outro lado, em uma perspectiva histórica ou cronológica, os Direitos Fundamentais[166] classificam-se em Direitos de primeira, segunda e terceira geração ou dimensão, ao passo em que se desenvolve o Constitucionalismo pós-moderno e se positivam tais Direitos nas Constituições.

Assim, os Direitos Fundamentais de primeira dimensão, próprios do Estado liberal, são aqueles que implicam na liberdade individual e na garantia de não intervenção do Estado na esfera particular do indivíduo, tais como a liberdade de locomoção, de expressão, de culto, de manifestação, de preservação de seu domicílio, dentre outros.

Os Direitos Sociais, tidos como Direitos Fundamentais de segunda dimensão, constituem-se naqueles de não intervenção, tendo nova perspectiva na relação entre Estado e indivíduo, pois estabelecem obrigações ao Estado, agora na qualidade de provedor da subsistência digna do indivíduo. Encontram-se aí categorizados o Direito ao trabalho, à saúde, à educação, dentre outros, a propiciar a realização da dignidade do indivíduo.[167]

Já por Direitos de terceira dimensão estão compreendidos os Direitos coletivos, difusos e homogêneos, mais amplamente denominados Direitos transindividuais, cuja titularidade pertence ao todo social, a exemplo do meio-ambiente, patrimônio histórico e sustentabilidade.

Tal perspectiva doutrinaria é também adotada pela jurisprudência. Em julgamento proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, encontram-se

---

[165]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título original: Theorie der Grundrechte. p. 68.

[166]Abordagem extraída de GONÇALVES, Sandra Krieger. Algumas considerações em torno do sentido da justiça e sua dimensão como elemento de concretização dos direitos fundamentais. *In:* SANTO, Davi do Espírito; PASOLD, Cesar (Org.). **Reflexões sobre a Teoria da Constituição e do Estado.** Florianópolis: Insular, 2013. p. 334-337.

[167]FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional.** São Paulo: RT, 2011. p. 533.

assentadas e reconhecidas as dimensões dos Direitos Fundamentais em face do ordenamento jurídico constitucional brasileiro:

> *Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formas – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.*[168]

Ainda quanto às dimensões ou gerações de Direitos Fundamentais, merece alusão a construção teórica[169] formulada a partir da globalização[170] e sua relação com a teoria dos Direitos Fundamentais, estatuindo um Direito à globalização política. Em tal sentido, configuram-se como Direitos de quarta geração o Direito à Democracia direta, o Direito à informação e o Direito ao pluralismo.

No plano da eficácia jurídica e, por consequência, das relações jurídicas, podem-se estabelecer dois planos distintos de eficácia dos Direitos Fundamentais: eficácia horizontal e eficácia vertical.[171]

Consideradas as relações entre o poder público e os particulares, os Direitos Fundamentais compõem a denominada eficácia vertical. Consideradas as relações que envolvem os particulares, cujos interesses se revelam entre indivíduos entre si ou sua coletividade, como sindicatos, grupos econômicos, associações,

---

[168]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 22164-0**. Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. 30 de outubro de 1995. p.2-3. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691. Acesso: 10/10/2011. (sublinhado no original).

[169]A despeito de rechaçar a globalização econômica, BONAVIDES estabelece como a face benéfica da globalização, a globalização política, a qual atribui como Direito Fundamental de quarta geração. *In:* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 571.

[170]Adota-se para este termo o seguinte conceito operacional: "A globalização (ou mundialização) é um processo paradigmático, multidimensional, de natureza eminentemente econômico-comercial, que se caracteriza pelo enfraquecimento soberano dos Estados-nacionais e pela emergência dos novos focos de poder transnacional à luz da intensificação dos movimentos de comércio e de economia, fortemente apoiado no desenvolvimento tecnológico e no barateamento das comunicações e dos meios de transportes, multiplicando-se em rede, de matriz essencialmente heurística." *In:* STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In:* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Coord.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 19.

[171]CANOTILHO, J. J. Gomes**. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 290.

está-se diante da denominada Eficácia horizontal.

A esse respeito leciona MARINONI:

> Existe eficácia vertical na vinculação do legislador, do administrador e do juiz. Há eficácia horizontal – também chamada de 'eficácia privada' ou de 'eficácia em relação a terceiros' – nas relações entre particulares, embora se sustente que, no caso de manifesta desigualdade entre dois particulares (hipótese de poder econômico social), também existe relação de natureza vertical.
> O problema que se coloca diante da eficácia horizontal é o de que nas relações entre particulares há dois ou mais titulares de direitos fundamentais, e por isso nelas é impossível afirmar uma vinculação (eficácia) semelhante àquela que incide sobre o Poder Público.[172]

Acerca do tema, visando a afastar confusões indesejadas, a doutrina constitucional alemã cuida de discriminar Direitos Fundamentais de garantias institucionais. Existem instituições que albergam, direta ou indiretamente, Direitos Fundamentais, sem, entretanto, atribuí-los a pessoa determinada. São espécies de escudos protetores que enfeixam inúmeros Direitos Fundamentais, como, por exemplo: a família, o casamento, a maternidade, a liberdade de imprensa.[173] A relevância disso é nítida quando se examina o complexo de Direitos Fundamentais por detrás das aludidas instituições. Veja-se, a exemplo, a liberdade de imprensa, instituição de tríplice relevância. A primeira concerne ao Direito Fundamental de expressar o pensamento; a segunda, ao Direito Fundamental de ter acesso às informações; a terceira e não menos importante, ao Direito à intimidade do indivíduo objeto da expressão do pensamento.

Merece registro, de igual forma, a construção teórica acerca das funções dos Direitos Fundamentais com vistas a estabelecer uma diferenciação entre Direitos de defesa, Direitos Fundamentais de prestação e Direitos de igualdade, categorias estas que, segundo BOROWSKI, necessitam de ser abordadas para estipular a estrutura dos Direitos Fundamentais.[174]

Nessa categorização, os Direitos de defesa estão relacionados à omissão do Estado; e os Direitos de prestação a um dever do Estado; a consequência

---

[172]MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2 ed . São Paulo: RT, 2008. p. 134.
[173]MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23.
[174]BOROWSKI, Martin. **La estrutura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Título original: Grundrechte als Prinzipien. p. 110.

jurídica está, pois, na atuação omissiva ou atuação positiva do Estado. Recorrendo à construção conceitual da jurisprudência da Corte Superior alemã, afirma o autor:

> Desde el punto de vista material, los derechos de defensa son derechos que asseguram al individuo una esfera libre de intervenciones estatales: "sin duda los derechos fundamentales son em primera línea derechos que buscam proteger la esfera de libertad del individuo; son derechos de defensa del ciudadano contra el Estado" (BVerfGE 7, 198). (...) Por el contrario, los derechos prestacionales en sentido material son aquellos derechos fundamentales cuyas consecuencias, prescindiendo de la consideración del orden jurídico infraconstitucional o de las actuaciones estatales anteriores, siempre consisten en una prestación en el sentido de una actuación estatal positiva, que puede ser la expedicion de una ley por parte del Parlamento, un acto administrativo o una actuación fáctica.[175]

Os Direitos de prestação, no pensamento do autor supracitado, conduzem ao Direito de igualdade, quando a garantia atinge todos os cidadãos que se encontram em igualdade de condição; ou seja, são Direitos de igualdade em âmbito prestacional.[176]

Nessa esteira, cabe perquirir, dada a qualidade de Direito Subjetivo da qual são dotados os Direitos Fundamentais, quem é obrigado e legitimado por eles.

A legitimação e a titularidade passiva e ativa são desvendadas pelo texto constitucional brasileiro no art. 5.º da CFRB/88, a partir da vinculação de todos: Legislativo, Executivo e Judiciário. Tal circunstância promove uma ampliação daquela estabelecida pela Constituição de Weimar, cuja vinculação de Direitos fundamentais obrigava apenas a Administração e não se estendia ao legislador, estabelecendo preceitos programáticos sem sanção para sua violação.[177]

PIEROTH e SCHLINK asseveram:

---

[175]Tradução livre da Doutoranda: "Do ponto de vista material, os direitos de defesa são direitos que asseguram ao indivíduo uma esfera de atuação livre de intervenções estatais: sem dúvida, os direitos fundamentais são, em primeiro plano, direitos que buscam proteger a esfera de liberdade do indivíduo; são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Pelo contrário, os direitos prestacionais em sentido material são aqueles direitos fundamentais cujas consequências, prescindindo da consideração de ordem jurídico-infraconstitucional ou de atuações estatais anteriores, sempre consistem em uma prestação no sentido de uma atuação estatal positiva, que pode ser a expedição de uma lei pelo Parlamento, um ato administrativo ou uma atuação fática". *In:* BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Título original: Grundrechte als Prinzipien. p. 112-114.

[176]BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Título original: Grundrechte als Prinzipien. p. 118.

[177]PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antonio Francisco de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. Titulo original: Staatsrecht: Grundrechte. p. 80.

> O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetro de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, passíveis de serem alterados ou suprimidos ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.[178]

Em todo caso, imprescindível será o ato de interpretar, ponderar[179] e aplicar as Normas de Direitos e garantias fundamentais, pois só assim é que se legitimará ou obrigará alguém a fazer ou deixar de fazer algo.

É relevante anotar o que lecionam DIMOULIS e MARTINS sobre a titularidade dos Direitos Fundamentais sociais:

> A questão da titularidade dos direitos sociais pode ser resolvida com relativa facilidade. O art. 6 da CF utiliza alguns termos que indicam o titular. Isso ocorre com a 'assistência aos desamparados'. O titular é claro, apesar de ser difícil de estabelecer quem é 'desamparado' do ponto de vista técnico-jurídico. Trata-se, entretanto, de um problema de demarcação de fronteiras econômicas e não de definição daquilo que foi desejado pelo constituinte. Todos sabemos o que significa 'desamparado'. A pergunta é se, em determinadas circunstâncias sociais, uma pessoa deve ou não ser incluída entre os desamparados, gozando da respectiva tutela constitucional [...].[180]

Com efeito, o preceito constitucional, guarida dos Direitos e garantias fundamentais, é por si só texto frio, carecedor de sentido e alcance. Ao intérprete constitucional cabe o árduo labor de exprimir dele a significante inicialmente desconhecida – isto é, a Norma constitucional[181] –, num trabalho semelhante ao dos

---

[178]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167.

[179]Na lição de Luigi FERRAJOLI, a técnica da ponderação por si só não é perniciosa, o que a faz ser perigosa e, portanto, criticável é o aumento desmedido de sua utilização pelo Poder Judiciário, uma vez que este, ao ponderar com base em Princípios morais inventados, foge dos limites estabelecidos pelos representantes do povo, regularmente eleitos. *In:* FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.) et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 45-47.

[180]DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77-78.

[181]"A interpretação da Constituição se apresenta como uma atividade mais ampla do que a interpretação das demais leis, em razão de se impor não só aos administradores e aos juízes e tribunais, mais *(sic)* também aos legisladores". *In:* CARVALHO, Márcia Haydée Porto. **Hermenêutica Constitucional**: Métodos e princípios específicos de interpretação. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1997. p. 59.

guerreiros vencedores de outrora, que, após as contendas, procuravam, nas entranhas do inimigo derrotado, o futuro.

No escólio de MENDES e BRANCO:

> A interpretação orientada à aplicação não se torna completa se o intérprete se bastar com análise sintática do texto. Como as normas têm por vocação própria ordenar a vida social, os fatos que compõem a realidade e lhe desenham feição específica não podem ser relegados no trabalho do jurista. Para se definir o âmbito normativo do preceito constitucional, para se delinear a extensão da intensidade dos bens, circunstâncias e interesses atingidos pela norma, não se prescinde da consideração de elementos da realidade mesma a ser regida.[182]

Além disso, deve-se levar em conta a posição dos Direitos fundamentais na Constituição para fins interpretativos. CORDEIRO elucida que "O constituinte brasileiro [...] optou, expressamente, pelo entrincheiramento constitucional de um extenso rol de direitos [...], na sua dupla dimensão – defensiva e prestacional –, reconhecendo sua jusfundamentalidade [...]".[183-184]

No entanto, para a doutrina, rol é meramente exemplificativo, não esgotando as Normas de Direitos Fundamentais nele previstos. Com efeito, existem outros Direitos Fundamentais espalhados pela Constituição, denominados por CANOTILHO Direitos análogos ou dispersos.[185]

Em outras palavras, o intérprete aplicador das Normas de Direitos e garantias fundamentais não pode limitar-se à análise tópica da Constituição. Deve este analisá-la na completude de seu texto, não se limitando, portanto, ao título dos Direitos e garantias fundamentais, pois o que dá natureza à Norma é o conteúdo, não a forma ou local onde está inserida.

Nos termos de ROCHA, "É consentâneo com a realidade normativa que o ordenamento jurídico como um todo deverá ser valorado sistematicamente. Essa valoração revela-se em condição primordial para que seja dada uma direção ao

---

[182]MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94-95.
[183]CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais**: Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial, O Papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 48.
[184]No caso da CRFB/88, os direitos fundamentais localizam-se em um rol previsto constitucionalmente, cujos artigos integrantes são 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17.
[185]CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 404-405.

sistema maior no qual se inserem os dispositivos legais".[186]

Nessa ordem de ideias, caberia ao órgão jurisdicional de um Estado Democrático neutralizar ameaças e lesões aos Direitos Fundamentais, além de fiscalizar a atividade dos demais poderes e suprir suas omissões.

Por outro lado, o Poder Legislativo torna-se o receptor das aspirações morais e políticas do povo, sendo a caixa de ressonância de toda e qualquer reivindicação democrática.

Dentro desse amplo contexto, a realização do Estado Social seria parametrizada por uma interpretação aberta, inovadora e capaz de alterar de forma cíclica a interpretação dos Direitos Fundamentais a partir de formulações, cuja matriz é um enunciado principiológico que a tudo cabe e a tudo serve, segundo os Princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Acerca de tal tema, ZIPPELIUS discorre:

> Foi a Constituição da República de Weimar, de 11 de Agosto de 1919, que, pela primeira vez para todo o Reich alemão, conferiu vigor *expressis verbis* a um catálogo de direitos fundamentais, baseando-se nas disposições de 1848 relativamente a estes direitos. Evidentemente, não se podia pensar em reiterá-los tal e qual, tendo em conta a modificação das circunstâncias, algumas delas surgiam como peças de museu. Além disso, os socialistas exigiam uma transformação radical das relações econômicas e sociais. Em resposta, os partidos burgueses reivindicavam, então, por sua vez, que, para além dos antigos direitos fundamentais do indivíduo, fosse também consagrada em termos de direito fundamental a garantia de numerosas instituições, nomeadamente do direito das sucessões, de família, da posição jurídica privilegiada das igrejas, da educação religiosa na escola e do funcionalismo público de carreira. Não foi possível resolver todos esses antagonismos na Constituição de Weimar que, em muitos aspectos, constituiu um compromisso.[187-188]

Essa previsão constitucional alemã justifica-se de vez que o fim da

---

[186]ROCHA, Cesar Asfor. **A Luta pela Efetividade da Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 64.

[187]ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: Allgemeine Staatslehre. p. 430-431.

[188]No mesmo sentido do texto, lê-se em FERRARI que "A Constituição alemã de Weimar, de 1919, popularizou e estendeu os direitos sociais, influenciando as Constituições que surgiram depois da Primeira Guerra, protegendo a maternidade, a infância, o direito à educação, à instrução, à proteção contra o abandono físico, intelectual e moral; à organização a vida econômica de acordo com Princípios de justiça, o direito ao trabalho, proporcionando a todos uma existência digna". *In:* FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 763.

Primeira Grande Guerra derruiu as instituições políticas, agravou a situação social de modo generalizado e, entre outros gravames, desmoralizou as forças da ordem. Em decorrência, surgiram os extremistas, denominados *Soviets*, sustentando uma luta radical esquerdista, a tal ponto que se tornou inviável a reunião da Assembleia Constituinte em Berlin, o que fez com que a organizassem em Weimar, antiga capital intelectual goetheana.[189]

O marcante espírito social que é visto por todo o corpo da Constituição de Weimar, se observa a partir das normas relativas à juventude, à obrigatoriedade de instrução escolar, à sujeição da propriedade à função social, ao Direito à sindicalização.[190]

Prossegue ZIPELIUS, ainda acerca do conteúdo da Constituição de Weimar, próprio ao contexto desta abordagem:

> Todavia, em algumas disposições surgem agora, direitos fundamentais: a ideia, cada vez mais acentuada, de uma vinculação social do indivíduo. A propriedade, porventura o domicílio do egoísmo privado mais patente, foi garantida, mas não sem o aditamento: 'A propriedade obriga. O seu uso deve constituir ao mesmo tempo um serviço para o maior bem comum' (artigo 153º. alª. 3ª.). 'O Reich pode, por via de lei, sem prejuízo de indemnizações (*sic*) e aplicando as disposições vigentes relativamente à expropriação, converter em propriedade colectiva (*sic*) as empresas económicas (*sic*) privadas apropriadas para a socialização' (artigo 156º. alª. 1ª. frase 1ª.). Nestas e em numerosas outras disposições, embora menos significativas, anuncia-se, face à Constituição de 1848, a viragem para o Estado Social.[191]

Sendo assim, os Direitos Sociais[192], ao contrário dos individuais, exigem essencialmente prestações por parte do Estado, cujo objeto poderia ser obtido pelo particular se o mercado o oferecesse ou, em este oferecendo, suas condições

---

[189]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 66.

[190]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67.

[191]ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: Allgemeine Staatslehre. p. 430-431.

[192]Adere-se, por questão de precisão terminológica, à expressão "Direitos Sociais" ou "prestacionais em sentido estrito" e não à locução "direitos prestacionais", uma vez que tanto os direitos individuais como os sociais dizem respeito a prestações, ora positivas, ora negativas. *In:* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 667. e ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 499.

financeiras fossem hábeis em adquiri-lo.[193]

Em face das circunstâncias de absoluta desigualdade entre os tutelados, a atuação interventiva do Estado como prestador de serviços e fornecedor de produtos cresce de forma geométrica, considerando que parcela da população dos países não tem acesso a tais Direitos sem a intervenção prestacional estatal.

SARLET elenca alguns dos muitos fatores que fizeram surgir os Direitos Sociais – cujas consequências, como dito acima, ainda repercutem – afirmando que

> O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo, acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.[194]

Já PECES-BARBA afirma que "El substrato genérico, pero indispensable para el arraigo de los derechos sociales en la cultura política y jurídica, es la idea de comunidad entre los hombres, de relaciones basadas en el amor, la amistad, el apoyo y la cooperación".[195]

Alguns doutrinadores, entre os quais FERRARI, afirmam que os Direitos Sociais surgiram pela primeira vez na Constituição francesa de 1793 e 1848; entretanto foi a partir da Segunda Guerra Mundial que se introduziram como pressuposto do movimento Constitucionalista moderno.[196]

Não se confunda, no entanto, previsão num sentido amplo com o ato de estabelecer um rol solene de Direitos Sociais, como fez a Constituição do México em 1917. Com efeito, a primeira Constituição a prever Direitos Sociais, expressa ou implicitamente, porém sem rol solene, foi a Constituição francesa de 1793; por outro lado, a primeira a prever um rol expresso de Direitos Sociais foi a Constituição

---

[193]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 499.

[194]SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47.

[195]Tradução livre da Doutoranda: "O substrato genérico, mas indispensável para o estabelecimento dos direitos sociais na cultura política e jurídica é a ideia de comunidade entre os homens, de relações baseadas no amor, na amizade, no apoio e na cooperação". *In:* PECES-BARBA, Gregorio. Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto. **Derechos y Libertades**. ano III, n. 6, febrero, 1998. p. 17.

[196]FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 763.

mexicana de 1917. O que faz com que as duas, cada qual com suas características, sejam revestidas de incomensurável importância histórica para o surgimento dos Direitos Fundamentais, sobretudo na sua espécie Direitos Sociais.

Voltando aos fatos históricos acima aludidos por SARLET, afirma-se que os Direitos Sociais exigem conduta positiva do Estado de forma a garantir proteção suficiente ao indivíduo em face dos aludidos fatos, assim acarretando, em regra, a impossibilidade de o Estado alegar carência financeira para o custeio dos Direitos prestacionais, sob pena de torná-los inócuos.

Segundo CANOTILHO,

> [...] afirma-se a existência de ***direitos originários a prestações*** quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo *(sic)* desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.[197]

E prossegue afirmando que

> Alguns direitos económicos *(sic)*, culturais e sociais, são verdadeiros direitos *self-executing* (ex.: liberdade de profissão, liberdade sindical, direito de propriedade); outros são *direitos a prestações* dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos (exs.: direito à saúde, direito ao ensino) [...].[198]

Os poderes públicos, portanto, têm significativa parcela de responsabilidade na efetivação dos Direitos Sociais, incumbindo-lhes disponibilizar aos cidadãos prestações de várias espécies, como saúde, educação, segurança, trabalho, entre outras afeitas à segunda dimensão dos Direitos e garantias fundamentais.

No que tange ao Poder Judiciário, todavia, o tema é amplamente debatido, pois alguns defendem a atuação deste na concretização dos Direitos Sociais; outros, por sua vez, afirmam que o Poder Judiciário não conseguiria concretizar tais Direitos, uma vez que apenas realiza a microjustiça, isto é, aquela do caso concreto, olvidando, por conseguinte, a macrojustiça. Ou seja, a sua

---

[197]CANOTILHO, J. J. Gomes**. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 477-478. (grifos no original).
[198]CANOTILHO, J. J. Gomes**. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 477-478. (grifos no original).

intervenção é ineficaz e, possivelmente, perniciosa.[199]

Em outro viés, é a lição de MENDES, quando da análise das referidas discussões no Direito comparado:

> [...] a questão dos direitos fundamentais sociais enfrenta outros desafios no direito comparado que não se apresentam em nossa realidade institucional. Isso porque a própria existência de direitos fundamentais sociais é questionada em países cujas Constituições não os preveem de maneira expressa ou não lhes atribuem eficácia plena. É o caso da Alemanha, por exemplo, cuja Constituição Federal praticamente não contém direitos fundamentais de maneira expressa, e de Portugal, que diferenciou o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias do regime constitucional dos direitos sociais.[200-201]

Por outro lado, no Direito brasileiro, já não se discute mais a existência de Direitos Sociais, porquanto estes são expressamente previstos pela CRFB/88. Discute-se, no entanto, questões ligadas à sua proteção e eficácia.[202]

Quanto à proteção, há divergência quanto à intangibilidade dos Direitos Sociais, vale dizer, se estes são cláusulas pétreas ou não. Alguns doutrinadores, como BONAVIDES, perfilham que os Direitos Sociais estão inseridos no rol de proteção do parágrafo 4.º do art. 60 da CRFB/88, e qualquer interpretação infensa a isso seria contraproducente, obsoleta, regressiva e incompatível com o que prevê a essência da atual Constituição.[203-204]

A CRFB/88 expressamente prevê os Direitos Sociais ou prestacionais *stricto sensu* em seu art. 6.º[205], assim consignando o Direito a moradia, saúde[206],

---

[199]MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional (Série EDB). 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 464-465.

[200]MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional (Série EDB). 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 467.

[201]Lê-se em Robert ALEXY que "[...] a Constituição alemã, com pouquíssimas exceções, não contém direitos fundamentais sociais formulados de maneira expressa; mesmo assim discute-se, com grande empenho e veemência, se, e em caso afirmativo, quais direitos fundamentais sociais são por ela garantidos" *In:* ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título original: Theorie der. Grundrechte. p. 500.

[202]Entre outras discussões relevantes, porém não ligadas à abordagem desta Tese.

[203]BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. Malheiros: São Paulo, 2004. p. 636 em diante.

[204]Nesse mesmo sentido, porém com fundamentação diversa, SARLET defende a inclusão dos Direitos Sociais no elenco das cláusulas pétreas. *In:* Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas". **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano XXX, n. 89, p. 101-121, mar. de 2003.

[205]"[...] é preciso, numa primeira aproximação, destacar que também o elenco dos direitos sociais (termo que aqui é utilizado como gênero) não se resume ao rol enunciado no art. 6.º da CF, abrangendo também, nos termos do art. 5.º, §2.º, da CF, direitos e garantias de caráter implícito, bem como direitos positivados em outras partes do texto constitucional (portanto, fora do Título II) e ainda direitos previstos em tratados internacionais [...]" *In:* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz

educação, alimentação, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados. Ademais, o título destinado à ordem social – art. 193 ao art. 232 – contém normas que fornecem auxílio a esses Direitos previstos no citado artigo.

Assim sendo, no âmbito jurídico brasileiro, o desafio que se faz presente é o da eficácia das normas de Direitos sociais, não bastando a simples previsão constitucional de eficácia imediata para que se extirpe o problema. Em outras palavras, cabe perquirir do alcance do reconhecimento dos Direitos Sociais.[207]

Os enunciados dos Direitos Sociais costumam ter baixa densidade normativa e realização intimamente ligada ao tempo, sendo, portanto, sujeitos ao legislador e sua atividade conformadora apta a atingir capacidade plena.[208] Ademais, as Normas de Direitos Sociais são vagas e abertas, causando discussões e a possibilidade de cumprimento em intensidade e ritmo diversos, embora diante de situações idênticas.[209]

Além disso, leciona MIRANDA que os Direitos Sociais são sujeitos a condições socioeconômicas, administrativas, institucionais e socioculturais, de maneira que sua efetivação não é angariada por simples trabalho hermenêutico, sendo assim necessário o confronto entre suas Normas e a realidade na qual estas estão inseridas.[210]

Com efeito, é de se ressaltar que a simples previsão desses Direitos nada adianta se não houver meios para que possam ser efetivados; pois, do contrário,

---

Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 549; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 300.

[206]Ao Direito Fundamental, na espécie à saúde, como objeto central desta Tese, foi dedicado todo o segundo Capítulo.

[207]NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 84.

[208]A despeito de "[...] aos direitos sociais também se aplicar [...] o disposto no art. 5.º, §1.º, da CF, de tal sorte que, a exemplo das demais normas de direitos fundamentais, as normas consagradoras de direitos sociais possuem aplicabilidade direta, ainda que o alcance de sua eficácia deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social e em harmonia com outros direitos fundamentais (sociais, ou não), princípios e mesmo interesses públicos e privados. [...]". *In:* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 550.

[209]CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 53.

[210]MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 4 ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 433-434.

serão despidos de qualquer sentido prático e, assim, constituir-se-ão em mera figura retórica.[211]

As normas de Direitos Sociais individualizam e impõem políticas sociais ativas ao Poder Público, ressaindo nítido o caráter cogente dessas disposições normativas. Acrescente-se que no conceito de Poder Público está inserido tanto o Legislador, como o Governante. Cabe, portanto, a eles a efetividade dos Direitos Sociais.[212]

Todavia, a efetividade de tais Direitos está condicionada à existência de recursos financeiros e orçamentários capazes de realizar, no plano dos fatos, aquilo que a Constituição estabelece como dever prestacional do Estado. A tal conjunção de ideias a doutrina qualifica de Reserva do Possível no plano jurídico e no plano fático,[213] dando a ideia de que os Direitos Sociais só existem quando e enquanto existirem recursos nos cofres públicos capazes de torná-los efetivos.

Como critério atenuante de uma apressada conclusão baseada tão somente na relação direta entre o recurso público e a efetivação de um Direito social, em uma perspectiva jurídica se estabelece a garantia do Mínimo Existencial, decorrente da dignidade da pessoa humana e da obrigação inarredável de o Poder Público garanti-la.[214]

Dessa maneira, que não se entenda a Reserva do Possível de forma a subverter a ordem constitucional ou torná-la inócua.

A esse respeito é a lição de CANOTILHO, segundo o qual

> Não obstante se falar aqui da efectivação *(sic)* dentro de uma 'reserva do possível', para significar a dependência dos direitos económicos *(sic)*, sociais e culturais não se reduz a um simples 'apelo' ao legislador. Existe uma verdadeira *imposição constitucional*, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas *(sic)* e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efectivação *(sic)* desses direitos [...].[215]

---

[211]FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 764.
[212]CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 409.
[213]SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.
[214]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 465.
[215]CANOTILHO, J. J. Gomes**. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 478.

Nessa ordem de ideias, as Normas de Direitos Sociais são parâmetros de constitucionalidade, pois no caso de omissão de seu dever prestacional, ocorrerá inconstitucionalidade omissiva. Igualmente, havendo leis no sentido amplo que inviabilizem a efetiva observância e aplicação das normas de Direitos Sociais, serão estas viciadas pela inconstitucionalidade comissiva.[216]

O problema relacionado a tal contexto está em identificar uma inconstitucionalidade omissiva, eis que "[...] os direitos sociais só existem quando as leis e as políticas sociais os garantirem".[217] E se e quando houver previsão legal, qual o conteúdo e eficácia das políticas sociais ou, mais amplamente, atividade dos poderes estatais que garanta os Direitos Sociais, haja vista que, por terem conteúdo econômico, condicionam-se de forma *sine qua non* a verbas que lhes efetivem?

No desiderato de realizar a preconizada Justiça Social, no âmbito de litígios em torno do fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo Poder Público, ou mesmo pelos prestadores privados de assistência suplementar de saúde, o Poder Judiciário interfere nas relações entre entes privados, na qualidade de garantidor do Direito à Saúde e, não raro, como implementador de políticas sociais, ditando regras, muitas das vezes provenientes de sua própria percepção.

Ao examinar o tema, afirma FERRARI:

> Ao se analisar a dificuldade de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, sob a alegação da reserva do possível, na medida em que a realização de tais direitos depende de provisão econômica, surge a questão relativa à possibilidade de se exigir em juízo, diretamente, o objeto dos direitos constitucionalmente previstos, e, dentro desse contexto, a necessidade, a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de se estabelecer o que se deve entender como o mínimo, para considerar a sua efetivação.
> Surge, então, a ideia de mínimo existencial, como argumento para embasar a exigibilidade judicial dos direitos sociais.[218]

Se a incursão do Poder Judiciário na realização dos Direitos fundamentais justifica-se pela própria conformação do Estado Democrático de Direito, eis que

---

[216]CANOTILHO, J. J. Gomes**. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 478 e FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 788.
[217]CANOTILHO, J. J. Gomes. Gomes**. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 480-481.
[218]FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 783.

inegável o papel deste na preservação das garantias e Direitos constitucionais, impende estabelecer coerência e limites à ampla e geral discricionariedade judicial.

Se de um lado a apreciação de demandas judiciais no entorno dos Direitos Sociais não pode ser inviabilizada, os critérios econômicos fundados na Reserva do Possível não são incoerentes e devem servir para o estabelecimento de parâmetros razoáveis de aplicação e fundamentação do discurso decisório judicial.

A delimitação fática que se dá concretamente quando se examina pretensão de Direito Fundamental – que do ponto de vista prático não pode ser efetivada – permite uma análise, no mínimo, pragmática. A coesão do sistema jurídico não pode deixar de considerar as consequências da decisão judicial. Significa, em outras palavras, e exemplificativamente, que não há efetivação do Direito Fundamental à saúde quando a decisão judicial determina a internação imediata do demandante acometido de mal grave em Unidade de Terapia Intensiva – UTI, em um nosocômio no qual não haja vagas. Está-se diante, inegavelmente, da subversão dos fatos através de um discurso inevitavelmente descolado da realidade. A inclusão do demandante no leito da UTI determinaria a exclusão de outro ocupante da vaga do mesmo hospital, o que, em todas as nuances que se permita o olhar, é de todo inadmissível. Eis um dos problemas da efetiva proteção judicial aos Direitos Fundamentais violados ou ameaçados.

À luz dessas linhas gerais sobre Direito prestacional *stricto sensu* ou, simplesmente, Direito Social, torna-se viável expor e analisar o Direito Fundamental à Saúde, na qualidade de espécie daquele, e suas peculiaridades pertinentes ao tema.

1.4 DIREITO À SAÚDE: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Como espécie de Direito Fundamental social, o Direito à Saúde constitui-se em Direito Público Subjetivo[219] de todos à promoção, proteção e recuperação da

[219]Nos termos da lição de REALE, "[...] os direitos públicos subjetivos são momentos [...] do processo de organização social, de tal sorte que não apenas existem direitos e deveres para o indivíduo, como também para o Estado; é algo que resulta da natureza mesma da evolução histórica. É tão essencial ao Estado, no mundo contemporâneo, o reconhecimento de esferas primordiais de ação aos indivíduos e grupos, que, embora os direitos públicos subjetivos possam sofrer redução, grande número deles sempre subsiste, até mesmo nos Estados Totalitários. A estrutura mesma da sociedade atual impõe esse reconhecimento, que tende progressivamente a alargar-se, como uma exigência da razão histórica, isto é, como fruto da própria experiência histórica". *In:* REALE, Miguel. **Lições**

integridade físico-psíquica, bem como à redução dos riscos de tê-la de alguma forma prejudicada ou mitigada, incumbindo ao Poder Público efetivar e implantar políticas socioeconômicas que garantam aos cidadãos o acesso universal à assistência médico-hospitalar.[220-221]

No escólio de ALONSO, vale a assertiva segundo a qual "[...] en lugar de hablar de um derecho a la sallud sería más correcto referirse a um derecho a la *tutela* de la salud, entendido como el derecho a una serie de prestaciones de carácter preventivo o curativo dirigidas a la conservación o a la recuperación de la salud. [...]".[222]

Nesse sentido, o Direito à Saúde tem dupla feição. A primeira concede liberdade positiva ao indivíduo e reconhece a capacidade deste de decidir sobre sua própria saúde; a segunda, a seu turno, manifesta-se por meio de posição subjetiva que outorga ao Poder Público e ao particular conduta que não prejudique ou mitigue o estado psicofísico do indivíduo, ou seja, impõe um dever de abstenção.

Acerca do dever de abstenção, leciona ALONSO que o Direito à Saúde configura-se entre aqueles Direitos Fundamentais mais relevantes do texto constitucional espanhol, configurando-se em uma liberdade negativa *erga omnes*.[223]

Em breve escorço histórico, vale deduzir seja a preservação da Saúde uma constante e inegável preocupação do tecido social e dos indivíduos desde os primórdios da civilização. Observe-se a existência de xamãs, feiticeiros, bruxas e curandeiros nas Sociedades antigas, sendo essas pessoas movidas com o exclusivo intento de curar enfermos ou protegê-los da peste e da doença. Em tal contexto, mesmo empírica ou inconscientemente, a humanidade intentou na preservação individual e, com isso, da própria a espécie.[224]

Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 267-275.

[220]SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 27.

[221]"[...] se os recursos do Erário são insuficientes, que se retirem insumos de outras áreas não contempladas pelo Constituinte com a jusfundamentalidade que fora outorgada a esse direito de cunho essencial, que envolve a integridade psicofísica e a vida dos cidadãos [...]". *In:* BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 138.

[222]Tradução livre da Doutoranda: "Em vez de se falar de um direito à saúde seria mais correto referir-se a um direito à tutela da saúde, entendido como o direito a uma série de prestações de caráter preventivo ou curativo dirigidas à conservação ou à recuperação da saúde". *In:* ALONSO, Marta León. **La Protección Constitucional de la Salud**. Madrid: LA LEY, 2010. p. 49.

[223]ALONSO, Marta León. **La Protección Constitucional de la Salud**. Madrid: LA LEY, 2010. p. 165.

[224]SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 28.

Lê-se em SCHWARTZ que

> Ao longo do tempo, os seres humanos foram invariavelmente acometidos por doenças que ameaçaram sua sobrevivência. Nos tempos bíblicos, os surtos de lepra, peste e cólera eram a grande preocupação da civilização. Na Índia e na China antigas, foi a varíola. Na antiguidade Greco-Romana, a malária se fez presente. Na Idade Média, ocorreu a 'Peste Negra', onda de peste bubônica que assolou a Europa, causando a morte de 25 milhões de pessoas. No séc. XVI, a crise de sífilis fez com que a Igreja dissesse que esta era uma resposta divina aos pecados individuais de cada um. Hoje, podemos afirmar, sem medo de errar, que a AIDS e o câncer são doenças com potencial efeito destrutivo nos seres humanos, incluindo-se no rol das 'grandes doenças' da humanidade. Ressalte-se: quanto às duas últimas, a cura ainda é um fato um pouco distante.[225]

A cada época da história o ser humano reconhece a sua permanente vulnerabilidade e a necessidade – a partir do reconhecimento da dor, do sofrimento e da própria morte ocasionada pelas doenças – de preservação da saúde como luta permanente pela vida.

O surgimento do Direito à Saúde e sua preservação e ampliação no curso do tempo deve-se, sobretudo, aos seguintes fatos: a) surgimento dos médicos e tratamentos sanitários, por volta de 4.000 a.C.; b) a crença dos assírios e babilônios da origem demoníaca das doenças, por volta de 2.000 a.C; c) o rompimento, pelos judeus, da ideia de "mágica", de forma a circuncidar os recém-nascidos e tomar outras medidas sanitárias; d) a Grécia e sua concepção de doença, embora ainda ligada à presença de deuses relacionados à cura e à saúde; e) Esparta e o primeiro conceito de saúde, haja vista o brocardo "*Mens Sana In Corpore Sano";* e f) ensinamentos de Hipócrates, pai da Medicina, principalmente por meio de seu livro intitulado "*A Doença Sagrada"*.[226]

Embora tenham decorrido inúmeros efeitos positivos dos fatos citados, sobreveio a Idade Média impondo retrocesso, porquanto obtiveram força as superstições religiosas defendidas pela Igreja Católica. Esta sustentava que a saúde decorre da graça divina, sendo a doença a forma de purificar o pecado. A convalescença só era possível àqueles que a mereciam do ponto de vista divino. As pessoas acreditavam que os doentes só recuperariam a saúde se a merecessem

---

[225]SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 28.
[226]SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 29-30.

aos olhos de Deus, razão pela qual, baseadas em um temor reverencial, seguiam fielmente as regras religiosas de cura, entre as quais figurava a autoflagelação.[227]

Esse período perdurou até meados do século XIX, quando a discussão sobre a preservação da Saúde tomou força em razão da Revolução Industrial, do capitalismo, das aglomerações urbanas e, consequentemente, da urbanização.[228-229] Com efeito, a massa proletária passou a reivindicar melhores condições de vida – entre as quais a saúde. Aqueles proletários, que viviam em condições de vida miseráveis, evidenciavam o fato de a saúde estar ligada diretamente ao ambiente no qual o ser humano está inserido. Paralelamente, descobriu-se a existência de micro-organismos vivos causadores de doenças – denominados germes –, e seu consequente isolamento para fins terapêuticos, acarretando aperfeiçoamento e criação de medicamentos, bem como cura de várias doenças.[230]

Essa discussão sobre a Saúde tomou outros rumos com o advento da Segunda Grande Guerra e, posteriormente, com a criação da Organização Mundial de Saúde – OMS, e da já referida Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. No texto de constituição da OMS, previu-se a saúde como completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença. Isso revela avanço significativo, ao reconhecer que o Direito à Saúde acolhe uma série de condições sociais, econômicas, alimentícias, habitacionais e psicológicas.[231]

---

[227]SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 31.

[228]"A urbanização, consequência imediata da industrialização no século XIX, foi, juntamente com o próprio desenvolvimento do processo industrial, causa da assunção pelo Estado da responsabilidade pela saúde do povo. De fato, é inestimável o papel da proximidade espacial na organização das reivindicações operárias. Vivendo nas cidades, relativamente próximos, portanto, dos industriais, os operários passam a almejar padrão de vida semelhante. Conscientes de sua força potencial, devida à quantidade deles e sua importância para a produção, organizam-se para reivindicar tal padrão. Entretanto, cedo o empresariado percebeu que precisava manter os operários saudáveis para que sua linha de montagem não sofresse interrupção [...]". (DALLARI, Sueli Gandolfi; FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. *In:* FLEURY, Sônia. **Saúde e Democracia**: a luta do Cebes. São Paulo: Lemos Editorial, 1997. p. 189).

[229]"Saúde é um conceito histórico, político e social construído principalmente por médicos. O aspecto jurídico desse conceito expresso especialmente na Constituição Federal de 1988 é resultado dessa construção histórica, política e social, bem como da trajetória da Medicina como profissão legalmente instituída para definir o que é *saúde*, o que é *doença* e o que é *tratamento prescrito para uma doença*". *In*: CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 15.

[230]DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito à Saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, nº. 1, 1988, p. 58.

[231]TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de Saúde**: na visão do STJ e STF. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 55.

Dada a sua pluralidade não se angariou um conceito satisfatório e definitivo de Direito à Saúde. Todavia, inegável o seu caráter de fundamentalidade e de se constituir em um direito público subjetivo. Destarte, em razão da ampliação constante de seu sentido e alcance, sua conceituação não pode ser hermética. É elementar que certo grau de flexibilidade conceitual é imprescindível em razão do desenvolvimento social desse Direito, bem como em face da constatação de que o bem-estar completo inexiste, devendo ser entendido como busca constante.[232]

Ademais, exerce força sobre o caráter mutável do conceito de Direito à Saúde o fato de este ter aplicabilidade imediata[233], dispensando a intervenção legislativa para sua efetivação e resultando na ampla possibilidade de o Poder Judiciário, casuisticamente, efetivar a norma constitucional dando guarida ao Direito à Saúde segundo critérios subjetivos por ele criados a cada caso concreto.

Tido pela doutrina como um movimento de concretização do Direito à Saúde no âmbito do Poder Judiciário e denominado por alguns de Jurisdicionalização da Saúde, o objetivo da intervenção do Poder Judiciário reside em dar efetividade a esse Direito. A base do movimento e sua legitimidade são justificadas pelo Princípio do acesso à justiça, segundo o qual o Poder Judiciário não pode furtar-se de tutelar lesão efetiva ou ameaça de lesão a direito(s).[234]

Fiel aos objetivos deste trabalho, a abordagem deste Direito Fundamental lança um traçado para o que mais adiante será aludido, considerando o Sistema de Saúde brasileiro e seu subsistema de saúde suplementar –, sendo o sistema público referido tão somente por necessidade de expor o Sistema de Saúde em seu viés constitucional.

---

[232]DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito à Saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, nº. 1, 1988, p. 58.

[233]"Vale ressaltar que há países (Espanha, Portugal, *(sic)* etc.) em que a Constituição estabelece explicitamente um regime diferenciado entre os direitos fundamentais, estendendo a aplicabilidade imediata especialmente aos direitos individuais, e, por outro lado, em relação a determinados direitos sociais como a saúde, deixa-se *(sic)* de conferir a citada aplicabilidade". *In:* ROCHA, Eduardo Braga. **Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 74.

[234]ROCHA, Eduardo Braga. **Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 184.

1.5 ABORDAGEM DO DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Tratar da origem e desenvolvimento do Direito à Saúde é pressuposto para contextualizar sua abordagem, daí sua análise nas Constituições Brasileiras desde a do Império até a de 1988.

Cabe acentuar, inicialmente, que a Constituição Imperial de 1824 não cuidou do Direito à Saúde, como se pode inferir da análise do Título 8.º, mais especificamente o art. 179, o qual previa um rol de Direitos e garantias. De igual modo, a Constituição da República de 1891 não previu o Direito à Saúde em seu rol de Direitos e garantias estabelecido pelo art. 72, inserto na Seção "Declaração de Direitos", dentro do Título IV "Dos Cidadãos Brasileiros". Ademais, nenhuma dessas Constituições previu reflexa ou implicitamente o Direito à Saúde, e nem sequer forneceu meios de deduzi-lo dos seus textos.[235-236]

A falta de acolhimento do Direito à Saúde pelas Constituições retromencionadas é justificável, uma vez que os Direitos Fundamentais Sociais ainda não haviam se desenvolvido no mundo e o período era marcado pelo liberalismo. Na Constituição Imperial, esse liberalismo era mitigado pelo absolutismo, acarretando um "sistema híbrido",[237] o que possibilita, com algum grau de segurança, afirmar que o liberalismo no Brasil só existiu plenamente após o advento da Constituição da República de 1891.

A despeito disso, a Constituição Imperial teve abrangência significativa, porquanto, como anota BONAVIDES, representou força de equilíbrio e compromisso "[...] entre o elemento liberal, disposto a acelerar a caminhada para o futuro, e o elemento conservador, propenso a referendar o *status quo* e, se possível, tolher indefinidamente a mudança e o reformismo nas instituições. O primeiro era descendente da Revolução Francesa, o segundo, da Santa Aliança e do

[235]"Observe-se que, nas Constituições de 1824 e 1891, os serviços de saúde nem chegaram a constar nos textos constitucionais, ficando sua regulamentação a cargo da legislação ordinária, sem que houvesse competência legislativa especificada na Lei Maior para tanto. Outrossim, sua prestação, não raro, ficava a cargo da iniciativa privada ou do assistencialismo religioso". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 91.

[236]O artigo 179 da Constituição Imperial e o art. 72 da Constituição da República equivalem ao art. 5.º da Constituição Republicana de 1988, ou seja, os dispositivos mencionados preveem direitos e garantias para os cidadãos, porém não fazem constar nada relacionado ao Direito à Saúde.

[237]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 104.

absolutismo".[238]

De outra banda, a Constituição da República de 1891 coroou o liberalismo pleno no Brasil, afastando-se do que previra a Constituição Imperial e, assim, fixando bases teóricas escorreitas e íntegras, sobretudo defendidas pelo baiano Rui Barbosa. O texto era técnico e assentado em Princípios e valores ideológicos advogados por publicistas da época, que, depois de grande labuta, conseguiram fazer inserir no texto constitucional. Ademais, a aludida Constituição previu a separação de poderes, nos termos da doutrina de MONTESQUIEU; instaurou a forma federativa de Estado[239]; e, ao mesmo tempo, introduziu, embora implicitamente, o sistema de governo presidencialista.[240]

Em seguida, alternaram-se, por força das influências estrangeiras, os valores e mudaram-se também no Brasil os ditames do Estado liberal, dando início ao social, modificando-se a concepção de Estado, que passou a intervir na vida do indivíduo e, paralelamente, crescia o movimento de constitucionalização, cujas características temperaram o período no qual exsurgiu a Constituição de 1934.

O referido movimento teve como mola propulsora a Revolução Armada de 1930, marco da queda da Constituição Republicana de 1891. A mesma ideologia que derrocou a monarquia e ergueu a República foi agora utilizada pela Aliança Liberal na caminhada revolucionária. Com efeito, instaurou-se um período sem Constituição e de grandes controvérsias e revoltas, haja vista o compromisso contraído pelos revolucionários perante a nação, que consistia em estabelecer uma nova ordem constitucional.[241]

Tendo em vista a ideologia marxista imperante entre parcela da elite e maioria dos líderes sindicais na década de 1930, aponta-se que essa nova ordem constitucional foi nitidamente influenciada por uma nova ideologia, o que, na prática,

---

[238]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 104. (itálico no original).

[239]Asseveram BONAVIDES e ANDRADE que "Dantes, um sistema unitário e centralizador que asfixiava as mais remotas regiões periféricas do imenso País; agora, a autonomia das antigas Províncias, expandida a um grau de descentralização que a mudança do regime convertera em Estados e fizera de sua comunhão um laço perpétuo e indissolúvel de Estados, ou seja, uma federação". *In:* BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 258.

[240]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 257-258.

[241]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 271-274.

fez com que se deixasse o liberal para comungar com o social. Ademais, no mesmo período, recrudescia a crise capitalista, quer dizer, a polêmica do capital com o trabalho e a inexorável inferência de que o sistema capitalista seria o causador das inúmeras injustiças sociais. Razão pela qual, anotam BONAVIDES e ANDRADE, que Getúlio Vargas, chefe do governo provisório, "[...] pusera mais fé e mais ardor na tarefa de concretizar no País uma lei social, fazendo assim da administração revolucionária um poder atualizado com as graves questões sociais, as quais em parte da Europa já haviam produzido o fruto de duas ditaduras ideológicas de direita [...]"; era o modelo liberal clássico insuficiente em face dos novos clamores sociais.[242]

Em consequência, ao contrário do individualismo impregnado na Constituição da República de 1891, a Constituição de 1934, além de resguardar os aspectos positivos da Constituição anterior, entre os quais figuram os Direitos e garantias individuais, inovou prevendo os seguintes Direitos Sociais: a) art. 117: "A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O poder público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência"; b) o art. 115 erigiu os "[...] princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna"; c) o art. 138 determinou que "incumbe à União, aos Estados, e aos Municípios, nos termos das leis respectivas [...]": i. "[...] Assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar [...]". ii. "Estimular a educação eugênica [...]". iii. "[...] Amparar a maternidade e a infância [...]". iv. "[...] Socorrer famílias de prole numerosa [...]". v. "[...] Proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual [...]". vi. "[...] Adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis [...]", bem como de higiene pessoal, "[...] que impeçam a propagação de doenças" e, por fim; vii. "[...] Cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra venenos sociais".[243]

No tocante ao Direito à Saúde, pode-se afirmar – à luz das Constituições

---

[242]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 271-274.
[243]POLETTI, Reinaldo. **Constituições Brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. v. 3. p. 133-137.

anteriores – que houve grande ascensão, porquanto se tornou possível deduzir do texto Constitucional a proteção ao Direito à Saúde, eis que o art. 10 determinava que "compete concorrentemente à União e aos Estados" legislar no sentido de "II – cuidar da saúde e assistência públicas". Dito de outro modo, o tratamento jurídico do Direito à Saúde não seria mais confundido com o tratamento despendido ao Direito à Vida, ao Direito à Integridade Física e/ou à existência digna.

Acontece que, passados alguns anos da promulgação da Constituição de 1934, Getúlio Vargas e seus correligionários, entre os quais o jurista Francisco Campos, entenderam que "[...] os benefícios dessas transformações e dessas conquistas [...]" deveriam ser "[...] acessíveis ao maior número possível [...]" de pessoas. Em consequência, "[...] O conceito político da democracia não era mais adequado aos novos ideais da vida. A liberdade individual e suas garantias não resolviam o problema do homem. Eram ideais negativos, que não garantiam ao indivíduo nenhum bem concreto, seja no domínio econômico, seja no domínio moral, seja no domínio intelectual e político".[244] Estava, pois, fundamentada a ideologia do Estado Novo e seu consequente regime ditatorial, cujo ápice culminou na Carta Constitucional de 1937.

Essa carta, também alcunhada de "polaca", cuja outorga foi dada por Getúlio Vargas, teve curta duração por força de seu caráter repressivo e opressor. Os Direitos Fundamentais foram, em consequência, parcialmente abolidos à luz da ideologia do Estado Novo. Daí dizer-se que esse período acarretou uma contramarcha, eis que os avanços da Constituição Anterior foram suprimidos.

No entanto, no que diz respeito ao Direito à Saúde, a Constituição "polaca" inovou no mundo jurídico ao prever no art. 16, inc. XXVII, que cabe à União o poder de legislar sobre "Normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente a saúde da criança". Induvidosamente, isso representou um avanço no sentido de dar importância expressa a um Direito e sua proteção jurídica até então tratados implicitamente ou deduzidos do texto constitucional, quando não olvidados.[245]

---

[244]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 351-352.
[245]PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. v. 4. p. 60-61.

A despeito dessa marcha em relação ao Direito à Saúde, o repúdio ao Estado Novo não tardou a chegar e, aos poucos, crescer. A vida constitucional do país estava estagnada por uma ditadura fascista, incompatível com a ideologia dos vencedores da Segunda Guerra Mundial. Ademais, anota BONAVIDES que a grande incongruência política à época consistia exatamente nisso.

> "[...] o Brasil fora aos campos de batalha da Itália com a Força Expedicionária derramar o sangue de seus soldados pela restauração universal dos princípios da liberdade e democracia da Carta do Atlântico e, no entanto, vivia o País internamente debaixo de um sistema de poder que era a negação mesma daqueles princípios. Sem Constituição – a Carta de 1937 nem ao menos fora aplicada! – sem partidos políticos, sem imprensa livre, o País se achava tão fechado em suas fronteiras quanto aqueles cujas ditaduras ele fora combater além-mar".[246]

Em consequência, exsurge por volta de 1945 o "processo de redemocratização" visando ao reestabelecimento da ordem democrática anterior. Não era mais aceita, portanto, – se é que algum dia o foi – a ideologia fascista e totalitária, pois o povo pretendia estabelecer um regime democrático para o Brasil, cujos rumos ele mesmo delinearia e manteria. Com a mudança, sopraram os ventos que deram origem ao advento da Constituição de 1946, como resultado positivo do citado movimento social.

Essa Constituição, afirma BONAVIDES, "[...] deve ser motivo de orgulho para todos os brasileiros [...]"[247], eis que entre seus avanços figuram: a) a retomada do Princípio federativo, com o desiderato de igualar os três Poderes, reforçando os poderes legislativo e judiciário mitigados no regime anterior; b) liberdade de culto; c) liberdade de pensamento; d) inviolabilidade das liberdades e garantias individuais, tão conspurcadas no regime anterior; e e) organização partidária livre. Além, obviamente, dos Direitos Sociais: a) repouso semanal remunerado; b) participação do trabalhador nos lucros da empresa; c) reconhecimento do Direito de greve; d) aposentadoria facultativa; e e) previsão inédita do Princípio do acesso à justiça.[248]

Especificamente quanto ao Direito à Saúde, não houve ineditismo com a

---

[246]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 355.
[247]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 415.
[248]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 417-418.

promulgação da Constituição de 1946, porquanto esta apenas mantivera, nos termos do art. 5.º, XV, “b”, o que previra a Constituição anterior, ou seja, a previsão de competência legislativa da União sobre a matéria “normas gerais de defesa e proteção da saúde”. Em consequência, o tratamento jurídico despendido ao Direito à Saúde continuou sendo reflexo e/ou implícito.

Embora seja inegável o caráter democrático da Constituição de 1946, ela foi moldada à luz da ditadura de Vargas. Os responsáveis por sua elaboração pretendiam pôr termo ao excessivo poder posto nas mãos do Executivo, de maneira que engrandeceram sobremaneira o Legislativo. Com efeito, isso acarretou, no final das contas, um ambiente legislativo de jogos políticos e barganhas, bem como enfraqueceu o poder estatal no todo. Não se conseguia, pois, alterar a Constituição, a maioria dos votos nunca era atingida e os impasses cresciam, a tal ponto que a ordem constitucional tornou-se fraca e despida de efetividade.

Assim sendo, a Constituição de 1946 não tardou a soçobrar. Em 9 de abril de 1964 fora promulgado o ato institucional n.º 1, ao argumento de que “A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constitucional. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma”[249], como deflui do preâmbulo do citado ato. Ou seja, o oportunismo dos caudilhos fez com que os militares tomassem as rédeas do País, de maneira a fazer imperar novamente longos anos despóticos.

O principal argumento dos militares consistia em proteger o País das ameaças comunistas e, ao mesmo tempo, reforçar o regime democrático. Para tanto, pretendiam entabular uma “intervenção cirúrgica” no País e, paralelamente, “aproveitar o momento para introduzir algumas reformas e mudanças que pudessem garantir a longevidade da ‘democracia’ e a articulação do Brasil com a economia mundial”.[250] Entretanto, tal intervenção, que seria pontual, durou longos vinte anos.

Foi nesse contexto e desiderato que foi outorgada pelos militares a Constituição de 1967, responsável por mitigar o regime de liberalidade da Constituição anterior e instaurar um regime totalitário de governo, baseado na

[249]Disponível em http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_2.htm. Acesso: 30/07/2013.
[250]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 433.

doutrina da segurança nacional e demais princípios totalitários vigentes após 31 de março de 1964.

HERKENHOFF, ao tratar da gênese dos Direitos Humanos e seu desenvolvimento histórico, analisa a Constituição de 1967 e elenca as principais alterações promovidas pelo regime militar. Com efeito, para o autor, figuram entre os retrocessos trazidos pela Carta de 1967: a) restrição à liberdade de opinião e expressão; b) mitigação do Direito de reunião; c) extensão do foro militar aos civis; d) recuos em relação aos Direitos Sociais; e) pena de suspensão dos Direitos políticos para aqueles que abusassem do Direito à manifestação do pensamento; e f) supressão da liberdade de publicação de livros, músicas, peças etc. que fossem consideradas subversivas ou atentatórias à segurança nacional. Por outro lado, o autor elenca as inovações tímidas: a) Direito ao salário-família; b) proibição da discriminação de salários em razão da cor; c) participação do trabalhador na gestão da empresa; e d) aposentadoria da mulher aos trinta anos de trabalho, com salário integral.[251]

No que se refere ao Direito à Saúde, a Constituição de 1967 não se divorciou das anteriores, haja vista não ter cuidado diretamente desse Direito e, assim, apenas mantido a competência da União no que tange a legislar sobre "normas gerais de defesa e proteção da saúde".

Os militares, não se contentando com o que já havia sido produzido, outorgaram em 17 de outubro de 1969 a Emenda n.º 1, antecipada pelo Ato Institucional n.º 16, de 14 de outubro do referido ano. Em consequência, apontam os juristas e historiadores em geral, que esta Emenda substituiu a Carta de 1967 e reforçou significativamente o regime de exceção imperante à época.[252]

É bom destacar que não houve Constituição de 1969, como creem alguns; e, sim, modificação substancial da Constituição de 1967 pela Emenda n.º 1 de 1969, ou seja, vigia a Constituição de 1967, embora com a roupagem dada pela Emenda.

Não tardaram a surgir entidades contrárias à ditadura, entre as quais

---

[251]Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/dhbrasil/br9.html. Acesso: 05/08/2013.

[252]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 447.

figuravam a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação Brasileira de Imprensa e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, cuja principal crítica residia na falta de legitimidade do regime vigente. Nesse contexto, as aludidas entidades – à época até tachadas de subversivas – foram responsáveis por desencadear o movimento que culminou na convocação da Assembleia Nacional Constituinte. Daí afirmar-se que seus pleitos surtiram efeitos decisivos, como o fortalecimento dos partidos políticos, e, em consequência, do próprio voto nas principais localidades. [253]

No mesmo contexto, exsurgiu a campanha intitulada “diretas já”, tendo resultado na eleição de Tancredo Neves, Presidente da República, e José Sarney, vice-presidente. Porém, com o falecimento de Tancredo, Sarney assumiria a Presidência da República e, na data de 27 de novembro de 1985, convocaria a Assembleia Nacional Constituinte.[254]

Em seguida, deu-se início ao processo de redemocratização – o segundo na história constitucional brasileira – destinado a modificar as instituições totalitárias vigentes, substituindo-as pelas até então alcunhadas de “subversivas” – as quais, na verdade, eram tipicamente democráticas.

Não é ocioso dizer que as circunstâncias desse momento são singulares na história nacional, porquanto a Constituinte não resultou de abrupto rompimento com o regime anterior – como ocorrera em 1937.[255] Assim, tem-se que o movimento social paulatinamente se insurgiu contra o poder instalado e, com efeito, fez modificar as instituições em geral. Na verdade, o próprio subconsciente social se renovou à luz das aspirações democráticas pretendidas – ou seja, o período totalitário, de tão opressor que foi, incutiu na Sociedade a aspiração democrática como solução.

O resultado disso é visto, principalmente, na participação popular junto à Assembleia Nacional Constituinte. O povo se mobilizou e fez inúmeras propostas de

---

[253]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 449.

[254]“Foi convocada pela Emenda Constitucional 26, de 27.11.1985. Por esta foram convocados os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1.2.1987, na sede do Congresso Nacional, sob a presidência do Presidente do STF, a quem coube dirigir a sessão de eleição do seu Presidente”. *In:* SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22.

[255]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 455.

emendas e acréscimos ao texto original da futura Constituição; entidades de classe organizaram-se e remeteram aos constituintes propostas; os sindicatos pleitearam Direitos trabalhistas olvidados nas Constituições anteriores; e, especialmente, a Ordem dos Advogados do Brasil – que além de ter sido peça-chave para a convocação da Assembleia Constituinte – defendeu e propôs grande número de emendas e inclusões para o texto original da Constituição.

Contudo, a aludida participação não teve a merecida acolhida por parte dos parlamentares da Constituinte, haja vista não terem sido consideradas diretamente, o que significa dizer, não foram levadas para votação no projeto da Comissão de Sistematização – local para o qual eram encaminhadas –, tampouco discutidas em plenário. No entanto, alguns subscritores das propostas populares foram indicados para usar da palavra em plenário. Daí afirmar-se, com precisão, que este fato foi responsável por mitigar a participação do povo; nunca por inviabilizá-la.[256]

Cabe aqui definir outro fator que, ao lado da participação popular, concedeu nota distintiva à futura Constituição. Alude-se ao perfil ideológico da Assembleia Nacional Constituinte. Com efeito, a Constituinte foi norteada por posicionamentos diversificados, chegando ao ponto de apontar-se a existência de *loobies*, entre os quais se destacam: evangélico, santo ou católico, dos prefeitos, dos governadores, das multinacionais, das mulheres, dos cartorários e dos servidores públicos, cada qual com seu perfil ideológico. Logo, mesmo que se abdique dos aspectos ideológicos alheios à política, no sentido estrito da palavra, ainda não se chegará à conclusão clara do perfil imperante à época.[257]

Por outro lado, se se levar em conta o imbróglio ideológico como base para a definição, é possível concluir que o perfil da Constituinte foi, em última análise, uma difusão de ideologias nem sempre compatíveis entre si, cujo resultado foi a CRFB/88.

Isso, porém, não quer dizer que a aludida Constituição pecou ou incorreu em erro que lhe faça soçobrar; muito pelo contrário, fez com que se constituísse

---

[256]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 479-480.
[257]BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 476.

legítima e democraticamente em uma Constituição completa – no sentido de conter em si preceitos para as mais diversas classes sociais – e, assim, consentânea, de certo modo, com as aspirações do povo brasileiro.

Entre os seus avanços figuram, exemplificativamente: a) a forma de governo republicana legitimada pelo plebiscito, art. 2.º da ADCT; b) o sistema de governo presidencialista legitimado pelo plebiscito, art. 2.º do ADCT; c) a anteposição dos Direitos e garantias fundamentais – até então relegados para o final das Constituições –, bem como previsão de capítulo específico para os Direitos Sociais; d) os novos remédios constitucionais *habeas data*, mandado de injunção e mandado de segurança coletivo; e) a previsão da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão; f) a previsão específica de um capítulo sobre o meio ambiente; g) a reestruturação das atribuições do Ministério Público; h) a criação da Defensoria Pública como órgão de assistência judicial gratuita para aqueles que não tenham condições de arcar com as despesas de advogado; i) a reestruturação dos poderes do Estado, de forma a adotar o sistema "checks and balances*";* e, por fim, j) o título específico para a Ordem Social.[258]

Quanto ao Direito à Saúde, a CRFB/88 foi muito além das anteriores, pois previu expressamente no art. 196[259] que "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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Por conseguinte, o serviço de saúde passou a orientar-se pelo Princípio da universalidade e foi erigido à categoria de Direito Fundamental, cuja norma instituidora é de eficácia plena.[260]

Além disso, a Constituição vinculou o poder público à prestação de assistência à saúde, bem como à regulamentação, fiscalização e controle das ações públicas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Em consequência, criou-se o Sistema Único de Saúde – SUS, que, além das citadas atribuições, deve: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de

---

[258]TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. v. 7. p. 11-34.

[259]"O art. 196 da Carta Maior inaugurou em solo brasileiro, de forma bastante atrasada, a proteção constitucional do direito à saúde". *In:* SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 97.

[260]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 92.

interesse para a saúde; b) executar as ações de vigilância sanitária; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; e d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico. A esse sistema encabeçado pelo SUS e com atribuições alimentadas por verba pública dá-se o nome de Sistema Público de Saúde.

Por outro lado, o art. 199 deu azo à criação do Sistema privado de assistência à saúde, pois estabeleceu que "As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único, segundo diretrizes deste, mediante contrato de Direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos". Assim, além do sistema público, pessoas naturais e jurídicas (hospitais, clínicas, Operadoras de Plano de Saúde) podem prestar serviços mediante pagamento dos beneficiários.[261]

Desse modo, está-se diante de dois sistemas distintos e complementares. De um lado, o universal e gratuito; do outro, o pago e complementar.[262] Daí afirmar-se que o Sistema de Saúde brasileiro é complexo e interligado entre setores público e privado, embora no âmbito da oferta tenha prevalecido o sistema privado.[263]

Portanto, findo perfunctoriamente o percurso histórico-constitucional brasileiro e, sobretudo, localizados os Sistemas de Saúde vigentes no âmbito do atual regime constitucional, delineiam-se a seguir os Princípios Constitucionais previstos pela Constituição e relacionados ao Direito à Saúde.

1.6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO DIREITO À SAÚDE NA CRFB/88

A título de incursão no tema, têm lugar algumas considerações acerca da teoria geral dos Princípios em seu âmbito jurídico.

A base sobre a qual se assenta toda a estrutura teórica de determinada ciência repousa na ideia de Princípio, cujo vocábulo deriva do latim *principium*, com

---

[261]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 98.

[262]"Importante salientar que, em que pese o sistema público envolver prestadores públicos e privados, a participação do particular nesta prestação se dá em regime público, sujeitando-se ao regramento característico dos serviços públicos, inclusive no que diz respeito a questões de contratação e responsabilização civil". *In:* GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

[263]BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Regulação & Saúde Suplementar**: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2002. p. 11.

significado de causa primária, começo ou origem.

Na lição de REALE, Princípios são “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.[264]

Aos Princípios pertinentes a todo um ramo do conhecimento, como o jurídico, e não apenas adstritos a disciplinas específicas deste mesmo âmbito, atribui-se a locução Princípios Gerais do Direito, que, segundo RAMOS, são “premissas lógicas necessárias das normas legais, que impõem a interpretação destas de acordo com os valores neles estabelecidos, e que, pela amplitude de que são revestidos, se identificam com todos os ramos do ordenamento e se irradiam por todo o sistema jurídico”.[265]

Não é dispensável registrar a diferença entre valores éticos universais e Princípios Gerais de Direito de dado ordenamento jurídico, bem como os Princípios setoriais dentro deste último âmbito. É cediça a existência de valores imutáveis ligados ao âmago humano, daí serem denominados valores éticos universais. Os Princípios, por sua vez, decorrem desses valores imodificáveis – ou até com eles se confundem, pois os Princípios gerais do Direito são verdadeiros valores que guardam relevante diferença do ponto de vista deontológico e axiológico.

A esse respeito, ALEXY leciona que “[...] Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor, é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor, é, no modelo de princípios, definitivamente devido [...]”.[266] De outra banda, os chamados Princípios setoriais são aqueles pertencentes a um dado ramo jurídico, quer dizer, são Princípios do Direito civil, administrativo, ambiental, internacional entre outros. Nessa categoria encontram-se os Princípios constitucionais[267], que representam valores da

---

[264]REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 299.
[265]RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 28.
[266]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título original: Theorie der Grundrechte. p. 153.
[267]Não obstante sejam Princípios setoriais, aplicam-se a todo o direito por força do que determina a filtragem constitucional, que, segundo SCHIER, torna a Constituição o eixo central de todo o sistema normativo sobre o qual ela incide; necessitando de uma dogmática constitucional principialista; retomando a legitimidade e vinculação dos Princípios; criando novos mecanismos de concretização constitucional; e, por fim, estabelecendo compromisso ético entre a Constituição e os operadores do Direito. Em suma, trata-se de constitucionalizar a ordem infraconstitucional. *In:* SCHIER. Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 160.

Constituição, e que são fundamentais para a ordem jurídica.

Para MELLO, Princípio é o "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, construindo-lhes o espírito e servindo-lhes de critério de exata compreensão e inteligência [...]".[268]

Igualmente, preocupa-se a doutrina em estabelecer a diferença entre Princípio e Regra e seu papel no contexto dos Direitos Fundamentais.[269] Acerca do tema, formula ALEXY:

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.[270] Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.[271]

A distinção terminológica dos vocábulos "regra" e "Princípio" é preocupação de ZAGREBELSKI, segundo o qual:

> Si el derecho actual está compuesto de reglas y princípios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son

---

[268]MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p 545.

[269]Leciona ALEXY que sem a distinção entre Princípio e Regra "[...] não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico [...]" *In:* ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título original: Theorie der Grundrechte. p. 85.

[270]Se a colisão for entre Regras, "[...] pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida [...]". Por outro lado, se a colisão for de princípios, "[...] um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. [...]" *In:* ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título original: Theorie der Grundrechte. p. 92-93. Itálico no original.

[271]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título original: Theorie der Grundrechte. p. 90-91.

> prevalentemente princípios (y aqui interesan en la medida en que son princípios). Por ello, distinguir los princípios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.[272]

Assim, para esses dois autores, o papel constitucional é desempenhado pelos Princípios, de vez que só estes estruturam o sistema jurídico e as regras, mesmo que contidas em um texto constitucional, continuam sendo regras, e como tal, não se espraiam pelo ordenamento jurídico como os Princípios. Enquanto as regras se encontram no plano deontológico (no plano do dever e do dever-ser) os Princípios atingem conceitos axiológicos, em uma compreensão do mundo pela cultura.[273]

Na expressão de PEÑA DE MORAES, "Os princípios constitucionais são extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, que preveem os valores que influenciam a ordem jurídica, com a finalidade de informar as atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das regras, [...]".[274]

É realidade histórico-social da ciência jurídica colher e delinear os Princípios Constitucionais que darão base e estrutura ao Estado. Nesse contexto, e sem ingressar em maiores e inquietantes divagações – inoportunas ao contexto desta abordagem – acerca da teoria dos Princípios, merece registro a classificação adotada por CANOTILHO, segundo o qual há uma tipologia própria de Princípios: os Princípios jurídicos fundamentais, considerados como tal "[...] os princípios historicamente objectivados (*sic*) e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional [...]"; os princípios políticos constitucionalmente conformadores que "[...] explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte [...]"; os Princípios

---

[272]Tradução livre da Doutoranda: Se o direito atual se compõe de regras e princípios, vale ressaltar que as normas legislativas são predominantemente regras, enquanto que as normas constitucionais sobre direitos e sobre a justiça são predominantemente princípios (e aqui interessam na medida em que são princípios). Por isso, distinguir os princípios das regras significa, sem sombra de dúvidas, distinguir a constituição da lei. *In:* ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia**. Tradução de Marina Goscón. Madrid: Trotta, 1995. Título original: Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia p. 109-110.

[273]ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia**. Tradução de Marina Goscón. Madrid: Trotta, 1995 Título original: Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia. p. 110; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título original: Theorie der Grundrechte. p. 145.

[274]PEÑA DE MORAES. Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 92.

constitucionais impositivos nos quais "[...] subsumem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas [...]"; e os Princípios garantia, que se traduzem "[...] no estabelecimento directo (*sic*) de garantias para os cidadãos".[275]

Ao analisar tal classificação, SILVA observa que, entre os Princípios políticos conformadores da ordem econômica e da ordem social, a despeito de seu caráter programático, estaria uma *norma fim* de Justiça Social, a qual se espraia por toda a sua formulação de tais Direitos no texto constitucional, e estabelece Direitos diretamente aplicáveis porquanto sua finalidade precípua é de realização da Justiça Social. Estariam inseridos nesses *princípios-fim* de Justiça Social os "[...] demais princípios informadores da ordem econômica – propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego". [276]

STRECK, acerca da diferença entre regras e Princípios, delineia questionamento sobre a validade de tal distinção, aduzindo que "[...] regras e princípios são fenômenos que povoam o ambiente jurídico, e os juristas se referem constantemente a cada um deles, pretendendo atingir diferentes dimensões argumentativas. O problema aparece no momento em que há uma banalização dos princípios e o uso do conceito passa a sofrer uma indicação aleatória [...]".[277]

A questão conceitual de Princípios e sua correlação com as regras adquire relevo quando o caráter aberto dos Princípios permite que a decisão judicial assuma um caráter de discricionariedade, consagrando um indesejado (pelo excesso de poder) protagonismo judicial que, em uma nova concepção de Constitucionalismo – ou Neoconstitucionalismo –, passa a ditar novas regras jurídicas divorciadas do contorno legislativo existente e sem considerar o próprio sistema de regras e Princípios.

OLIVEIRA, ao comentar o dirigismo constitucional como um fenômeno de diversas Constituições, entre as quais a brasileira em vigor, assinala:

---

[275]CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1164-1167. (Itálico no original).
[276]SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 31. (Itálico no original).
[277]STRECK. Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 547.

> Importa perceber que este movimento acarretou um aumento nos níveis das demandas sociais no direito, alterando significativamente a delicada relação entre política e direito. Com isso, questões que antes eram resolvidas no âmbito das decisões políticas, passam a ser passíveis de intervenção judicial, através dos mecanismos de controle de constitucionalidade realizados pela jurisdição constitucional. Isso tem consequências jurídicas em vários níveis. Apenas para citar alguns, mencionamos o problema do acesso à justiça; da efetivação dos direitos fundamentais sociais e da (im)possibilidade da força normativa dos direitos econômicos e sociais. No momento em que se realiza este deslocamento, há uma inevitável redução da esfera de discricionariedade do legislador (política) e um consequente aumento do papel de controle exercido pela jurisdição constitucional (direito).[278]

O caráter principiológico dos Direitos Fundamentais – que lhes confere sua natureza valorativa e indeterminada – vem afirmado pela doutrina no reconhecimento de que os Direitos Fundamentais são em essência Princípios Constitucionais.[279] Daí que, quando se designar Direito Fundamental, se estará designando também Princípio Constitucional.

Visto que um dos escopos deste trabalho é formular uma reflexão à luz da teoria principiológica constitucional e dos Direitos Fundamentais, suas diversas dimensões no Estado pós-moderno e seus reflexos na interpretação judicial da CRFB/88, mister se faz uma referência teórica aos Princípios Constitucionais e infraconstitucionais pertinentes. Para tanto, são abordados os Princípios Constitucionais relativos à vida, à Saúde, à dignidade da pessoa humana, da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, da solidariedade e da Função Social do Contrato.

Mantendo como viés a abordagem constitucional do Sistema de Saúde no Brasil com vistas a, na sequência, abordar o subsistema de Saúde Suplementar, objeto desta Tese, destacam-se alguns excertos jurisprudenciais que têm por intuito estabelecer – ao menos por amostragem não aleatória e a título ilustrativo – o que os fenômenos diagnosticados pelos juristas mencionados têm operado no ambiente

---

[278]OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 66-67.

[279]Conforme afirmado por ALEXY, “Ao nível dos princípios pertencem todos os princípios que, sob a Constituição alemã, sejam relevantes para as decisões no âmbito dos direitos fundamentais.” [...] “O fato de que, por meio das disposições de direito fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título original: Theorie der Grundrechte. p. 125 e 141.

das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que aludem a alguns dos Direitos Fundamentais e a Princípios relacionados ao Direito à Saúde.

Com efeito, no Capitulo anterior, em abordagem que teve por escopo tratar da evolução do Constitucionalismo e dos fatos históricos que acompanharam esse movimento, ficou assente o reconhecimento do Direito à Vida como um Direito humano, universal e inalienável, reconhecido nas diversas declarações de Direitos do homem, bem como Princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro.

O Direito Fundamental à vida decorre da própria essência do ser humano, é inerente à própria existência da Sociedade, do Estado, de qualquer organização social, política e mesmo jurídica. Talvez por tal motivo tenha sido considerado um Direito natural, inato e inalienável do ser humano. Consiste nos dizeres de SARLET "no direito de todos os seres humanos de viverem abarcando a existência corporal no sentido da existência biológica e fisiológica do ser humano".[280]

Na condição de Direito Fundamental inviolável, conforme estabelecido no art. 5.º, *caput*, da CRFB/88, vem associado como Direito inalienável e intrínseco ao Direito à Saúde, estatuído no art. 196 da CRFB/88, como já denunciado, que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

A esse respeito, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal por força do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 685.230/MS[281], cuja relatoria foi do Ministro Celso de Mello. Nesse caso, discutiu-se o fornecimento gratuito de medicamento pelo Sistema Único de Saúde – SUS, em vista de pessoa acometida de "Diabetes Melitus" e carente de recursos financeiros, tendo o STF consignado que os direitos fundamentais – vida e saúde estão entrelaçados.

Assim, nos termos do voto do Relator, "[...] O direito à saúde – além de qualificar-se como Direito Fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida [...]".[282]

---

[280]SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: RT, 2012. p. 352.

[281]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso: 17/09/2013.

[282]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso: 17/09/2013.

O significado de fundamentalidade já foi explanado anteriormente e resulta numa das maiores conquistas humanas, pois impõe ao Poder Público um dever de proteção máxima ao Direito Fundamental. Em outros termos, impõe-se "[...] ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional [...]".[283]

Nesse diapasão, o Direito à Saúde está ligado diretamente ao Direito à vida, sendo, pois, indissociáveis um do outro. "[...] O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196) [...]".[284] Traduz-se bem constitucionalmente protegido, devendo ser velado de maneira adequada, a quem incumbe formular e implementar – como já dito anteriormente – políticas sociais e econômicas idôneas "[...] que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar [...]".[285]

O Poder Público, portanto, qualquer que seja o âmbito de funcionamento e institucional, não deve mostrar-se alheio ao problema da saúde da população, sob pena de recair em omissão e/ou grave comportamento inconstitucional.

Ressalta-se, nesse aspecto, a parametrização das condutas do Poder Público pela Constituição Brasileira vigente, não se aceitando, com efeito, argumentos baseados no caráter programático da norma constitucional, como decidiu o STF no aludido julgado.

Dito de outro modo, o caráter limitador programático da regra do art. 196 da Constituição Republicana – que se destina a todos os entes do Poder Público – não deve converter-se em promessa constitucional inconsequente, "[...] sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade,

---

[283]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso: 17/09/2013.
[284]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso: 17/09/2013.
[285]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso: 17/09/2013.

substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado [...]".[286]

Enfim, o Estado tem "[...] inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais [...]".[287]

É insuficiente, pois, que o Estado apenas proclame o reconhecimento formal de um Direito, sobretudo quando fundamental. "Torna-se, pois, essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o Direito à Saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação dos direitos [...]".[288]

O julgado colacionado assegura a "impostergabilidade" da efetivação dos Direitos Fundamentais, bem como citando caso semelhante (Pet 1.246-MC/SC), afirma que a interpretação e aplicação das normas jurídicas devem ser de maneira a privilegiar a deferência inarredável à vida e à saúde humanas.[289]

---

[286]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso: 17/09/2013.

[287]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso: 17/09/2013.

[288]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 12/09/2000. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso: 17/09/2013.

[289]"[...] Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional autoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa pelo ora recorrido. Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-MC/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5.º, "caput", e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas [...]". *In:* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso:

Portanto, o STF preconiza que a interpretação consentânea com a Constituição reafirma o Direito à vida entrelaçado com o Direito à Saúde e, nessa linha, negou provimento ao agravo interposto para obstar a concessão gratuita de medicamento ao paciente desprovido de condições financeiras e detentor da doença "Diabetes Melitus".[290] O Direito à Saúde como consectário do Direito à Vida, por conseguinte, vêm sendo tratados de forma conjunta, além de pugnar-se por sua efetividade e aplicação imediata.

Com efeito, à luz do caso concreto referido, impõe-se o alcance e as dimensões que anulam as iniciativas estatais de disciplinar e normatizar seu atendimento, impondo a efetivação do Direito à Saúde de maneira incondicionada e sem medir as consequências disso em longo prazo.

De outro giro, exsurge-se o Direito Fundamental à dignidade da pessoa humana como atributo inerente ao ser humano, que lhe confere não apenas a integridade física, mas também o respeito ao seu ser social, moral e sua integridade ética. "A dignidade da pessoa é a prerrogativa de cada um dos seres humanos em sua individualidade concreta. [...] se refere ao valor intrínseco de cada um".[291]

Conforme BONAVIDES, o Estado Democrático de Direito, a legitimidade do poder e do próprio Estado perpassam por esse Princípio, que traduz a "[...] unidade material da Constituição [...]", e cuja "[...] densidade jurídica há de ser máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo em torno da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados".[292]

17/09/2013.

[290]"[...] DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5.º, 'caput', e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada. É o meu voto". *In:* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso: 17/09/2013.

[291]RAMOS, Gisela Gondim. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 173.

[292]BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 233.

Associam-se tais assertivas à distinção kantiana de pessoas e coisas, segundo a qual as coisas têm preço, podem ser substituídas, são meios; as pessoas não podem ser empregadas como meio, não se admite qualquer equivalência; são as pessoas dotadas de "[...] dignidade, um valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra respeito confere a expressão conveniente da estima que um ser racional deve lhe tributar".[293]

O reducionismo dos seres humanos a um meio para tomada do poder, transformando-os em meros objetos do Estado, como se deu com a ascensão do Nazismo, é a mais veemente negação do ideal kantiano em torno da dignidade da pessoa humana.[294]

Merece alusão, em se tratando de tal Direito Fundamental, que no curso da história são marcantes os momentos em que a dignidade do ser humano foi relativizada ou adquiriu contornos impensáveis. Depois de reconhecida em todas as Declarações de Direitos mencionadas anteriormente, e mesmo após as Constituições do México e de Weimar, adventos marcantes para o Constitucionalismo Moderno, todos os postulados acerca da Dignidade da Pessoa Humana viram-se vilipendiados pelos horrores da Segunda Guerra Mundial e da perseguição pelo Nazismo a judeus, ciganos, homossexuais, comunistas e deficientes físicos.[295]

---

[293]KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005. Título Original: Grundlegung zur Metaphysic der Sitten. p. 59.

[294]"A Segunda Guerra Mundial foi uma guerra total no sentido lato da palavra. A política nazista de destruição dos judeus (a "solução final") contava com sofisticada organização de busca, seleção, transporte, concentração e assassinato nos campos de extermínio (o chamado Holocausto), para onde também foram enviados ciganos, oposicionistas e até prisioneiros de guerra. Já em 1945, os americanos jogaram bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, ameaçando o mundo com nova tecnologia de morte em massa. Essa foi a guerra total no último conflito mundial. Daí a mobilização de recursos simplesmente fabulosos". (TOTA, Pedro. Segunda Guerra Mundial *In:* MAGNOLI, Demétrio (coord.). **História das Guerras**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 356).

[295]Conforme Hannah Arendt, durante a segunda guerra mundial houve certos contornos de negociação entre as comunidades judaicas e o regime nazista, que envolvia tanto a obtenção de recursos para que os judeus alemães recentemente expropriados deixassem o país alemão, quanto na escolha daqueles que seriam deportados ou enviados aos campos nazistas, conforme seu nível de importância para a própria comunidade, em clara demonstração de que as próprias vítimas perderam totalmente a perspectiva do valor da vida humana e da sua dignidade. A passividade com que os prisioneiros seguiam para a tortura e a morte também exemplifica de forma veemente a perda da dignidade em grupo, cujos integrantes não percebem o próprio sentido de sua existência e se conformam ante o poder de seus algozes. *In:* ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal.** Tradução. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Título original Eichmann in Jerusalem. p. 58 e segs.

A lembrança desse impensável acontecimento invoca a concepção negativa do seu significado para, a partir do que se revelou uma grave violação ao Princípio, entender o alcance da dignidade em um episódio que a violou sistematicamente, reduzindo seres humanos a condições absurdamente indignas. A memória do nazismo deve estar sempre latente para que a humanidade não corra o risco de permitir que algo minimamente similar se repita.

O ultraje e o desrespeito para com os Direitos essenciais do homem nesse momento histórico foram rechaçados após três anos do final da Segunda Guerra Mundial, quando em 1948 foi aprovada pela Assembleia das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo artigo 1.º proclamou: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.[296]

No atual disciplinamento constitucional brasileiro, encontram-se Princípios Constitucionais arrolados no texto da CRFB/88, art. 34, inciso VII, alíneas a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) Direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e, por último, e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde[297], cuja natureza jurídica é de Princípio Constitucional[298], eis que atrelados àqueles constantes do art. 1.º da CRFB/88.

Mais que Princípio, o Direito da dignidade da pessoa humana traduz-se em valor supremo de uma Sociedade. Conforme preâmbulo da CRFB/88: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade pluralista [...]”.[299]

Ao relacionar o Direito à vida com a dignidade da pessoa humana, e

---

[296]Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso: 06/11/2013.

[297]BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 06/11/2013.

[298]SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 28.

[299]BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 06/11/2013.

reconhecendo tal conexão, SARLET afirma que a despeito de toda vida humana ser "digna de ser vivida", dignidade e vida não se equivalem, E continua: *"*Cuida-se de direitos humanos e fundamentais autônomos, que, além disso, podem estar em relação de tensão e mesmo de eventual conflito, por exemplo, quando se cuida de, em nome da dignidade da pessoa humana, autorizar interrupção da gravidez ou mesmo a eutanásia".[300]

FERRARI, a seu turno, estabelece um elo indissociável do Direito à vida ao Direito à dignidade da pessoa humana, traduzindo-se em um Direito à vida digna Para a autora, "[...] o direito à vida digna é valor pré e supraestatal, e seu reconhecimento e proteção representam um requisito indispensável, na medida em que todos os direitos e garantias fundamentais têm a dignidade humana como seu alicerce, direto e imediato, sendo dela meras concretizações".[301]

De tais ideias é licito inferir que o Direito à vida é inerente, pois, à condição de vida digna e o respeito à dignidade do homem confere ao Estado um dever prestacional que lhe é inerente.

Ao estabelecer um contraponto com o núcleo básico e as diversas concepções do Princípio da dignidade com o Mínimo Existencial, afirma BARCELLOS que

> [...] o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, [...] a não garantia de tais condições elementares – importa o desrespeito do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana sob o aspecto material [...]. Em suma, mínimo existencial e núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno.[302]

Talvez seja esse fenômeno o mais facilmente identificável nas decisões em seguida colacionadas, cuja aplicação do Princípio da dignidade adquire um contorno específico.

---

[300]SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: RT, 2012. p. 354.
[301]FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 570.
[302]BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 247.

O Recurso em Mandado de Segurança n.º 24.197/PR[303] tem como propósito a concessão do medicamento "Interferon Peguilado Alfa-2a ou Alfa-2b e Ribavirina", a portador de Hepatite Crônica, do Tipo C.

O caso concreto teve origem com a impetração de Mandado de Segurança por portador da moléstia, argumentando, em apertada síntese, (a) necessita de medicamentos "Interferon Peguilado Alfa-2a ou Alfa-2b e Ribavirina", para o tratamento da doença Hepatite Crônica, do Tipo C; (b) não formulou pedido administrativo, para recebimento dos referidos medicamentos, em razão da sistemática negativa, por parte dos impetrados, quanto ao fornecimento dos referidos medicamentos a outros pacientes infectados pelo vírus com genótipo 3, como é o caso do impetrante; (c) não possuir condições financeiras para fazer face aos custos do tratamento da doença Hepatite Crônica, do Tipo C, da qual é portador, possuindo Direito líquido e certo de recebê-lo gratuitamente do Estado.

O impetrante teve, após recurso de agravo de instrumento, o pedido de liminar em mandado de segurança acolhido, de maneira que se lhe assegurou fornecimento dos medicamentos descritos na inicial, pelo tempo determinado por seu médico, garantindo-se, ainda, o fornecimento do produto do mesmo fabricante durante toda a duração do tratamento.

No entanto, na análise final teve seu pleito principal negado – e, por conseguinte, revogada a liminar anteriormente concedida – por não preencher os requisitos previstos no protocolo clínico e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde, eis que este prevê critérios de inclusão específicos para cada enfermidade.

Em face disso, o Ministério Público do Estado do Paraná – na qualidade de personificação do interesse público em juízo –, interpôs Recurso Ordinário alegando entre outros argumentos, que o paciente tem a última chance de lutar pela sua vida.

O Superior Tribunal de Justiça, analisando o aludido recurso em Mandado de Segurança, julgou procedente o pedido para reformar a decisão proferida, concedendo a segurança e, em consequência, determinando o fornecimento do medicamento necessário ao tratamento do impetrante, uma vez que a proteção à

[303]Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16825941/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-24197-pr-2007-0112500-5/inteiro-teor-16825942. Acesso: 07/11/2013.

dignidade da pessoa humana, vida e saúde vence exigências formais.[304]

As normas emanadas do Estado, estabelecendo as diretrizes de fornecimento da medicação e os argumentos técnicos acerca da inconveniência do tratamento para o tipo de moléstia, foram rechaçadas pelo Supremo por desdobramento do Princípio da dignidade humana e vida, pois havendo chance de tratamento, e podendo o Estado oferecê-lo, não há como obstar o acesso do cidadão e sua consequente possibilidade de sobrevida.

O julgamento em tela não reconhece como programáticas as normas e Princípios Constitucionais relativas ao Direito à Saúde; muitíssimo pelo contrário, as conjuga com o Princípio da dignidade da pessoa humana e fixa a efetividade dos postulados constitucionais.

Para o Superior Tribunal de Justiça, portanto, as questões fáticas do caso concreto sopesadas não têm o condão de obstar o Direito à dignidade humana, à vida e à Saúde do indivíduo; tampouco simples questões burocráticas.

Ao lado do Princípio do Direito à vida e da dignidade da pessoa humana figura o Direito à Saúde, uma vez que é condição necessária para a vida digna do homem e formação do plexo de Direitos básicos imprescindíveis à existência humana. A despeito disso, tardou-se a alçá-lo à qualidade de Direito Fundamental expressamente previsto na Constituição Brasileira vigente – como se pode aferir da incursão histórica feita anteriormente. Contudo, hoje foi superada essa lacuna quanto ao Direito à Saúde.

Com efeito, o serviço de saúde passou a orientar-se pelo Princípio da

---

[304]RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.º 24.197 - PR (2007/0112500-5) EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.
1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.
2. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a ideia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana.
Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16825941/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-24197-pr-2007-0112500-5/inteiro-teor-16825942. Acesso: 07/11/2013.

universalidade e foi erigido à categoria de Direito Fundamental, cuja norma instituidora é de eficácia plena.[305]

Ademais, a Constituição vinculou o poder público à prestação de assistência à saúde, bem como à regulamentação, fiscalização e controle das ações públicas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Para tanto, criou o Sistema Único de Saúde – SUS, que além das citadas atribuições, deve: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde; b) executar as ações de vigilância sanitária; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; e d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico. A esse sistema encabeçado pelo SUS e suas atribuições alimentadas por verba pública dá-se o nome de Sistema Público de Saúde.

Em outros termos, o SUS visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, atendendo de forma incondicionada aos que necessitem de tratamento de saúde – independentemente do grau de complexidade –, de sorte que, ficando evidenciado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada doença, necessitando, com efeito, de determinado medicamento para fulminá-la, este deve ser fornecido, a fim de atender ao Princípio maior, que é a vida digna.

Nesse sentido, consagra-se o Princípio de que o Direito à vida de todos os seres humanos acarreta igualmente que, em caso de moléstia, cada ser tem Direito a tratamento capaz de debelar a doença – de acordo com a mais avançada técnica médica –, independentemente de sua capacidade econômica. Do contrário, estar-se-ia tornando inócua a norma constitucional.

No mais, o Direito Fundamental à Saúde destaca-se como elemento ímpar dentro do sistema hermenêutico-constitucional, porquanto é um vetor interpretativo aliado à vida e à dignidade; quer dizer, atua como mecanismo indireto de proteção a esses Direitos também fundamentais.

Isso, entretanto, perante o Sistema público de Saúde – de caráter eminentemente universal e incondicionado –, porquanto o sistema privado não tem *a priori* essa incumbência, ao argumento de que não lhe compete prestar o serviço

[305]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 92.

público de saúde, substituindo o dever de prestação estatal. Ao revés, o Sistema privado apenas atende aqueles que contrataram um Plano de assistência à saúde e, portanto, que possuam condições financeiras de arcar com ele. Não fosse assim, unificar-se-iam os sistemas de Saúde, em manifesta infringência às normas constitucionais.

Noutro giro, tem-se que a jurisprudência vem, paulatinamente, equiparando os Sistemas de Saúde. No intuito de demonstrar essa constatação, seguem duas decisões do Superior Tribunal de Justiça, uma pertinente ao sistema público; outra, ao sistema privado. Desse modo, tratar-se-á do Direito Fundamental à Saúde e dos dois Sistemas, para deixar nítido o atual entendimento sobre esses institutos.

No primeiro caso trata-se, em linhas gerais, de recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça – ROMS n.º 11.129/PR[306] –, cujo objeto foi obrigação de fornecer o medicamento *Interferon Beta* para portador de Esclerose Múltipla.

Assentou-se, na ocasião, que "Eventual ausência do cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou a minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave que, além disso, não dispõem dos meios necessários ao custeio do tratamento". Traz ainda o julgado, como fundamento, decisão do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido.

Portanto, os entraves burocráticos – a exemplo da Tabela de Diretrizes do Ministério da Saúde – não podem ter o condão de esvaziar o Princípio Constitucional da Saúde. Daí por que o STJ conheceu do recurso e, na linha desses argumentos, proveu-o, para conceder o medicamento ao enfermo recorrente.

Por outro lado, no segundo caso – Agravo em Recurso Especial n.º 362.569/RJ[307] –, no qual se afirmou que o *home care* (tratamento em domicílio) é devido mesmo quando não previsto no contrato, ao argumento de que a cláusula que exclui o referido serviço é abusiva. Com efeito, aduziu-se que

> [...] o *home care* não pode ser negado pelo fornecedor de serviços, porque aquele nada mais é do que a continuidade do tratamento do

[306]Fonte:https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900781210&dt_publicacao=18/2/2002. Acesso: 06/11/2013.
[307]Fonte:https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoesmonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=30520550&formato=PDF. Acesso: 06/11/2013.

> paciente em estado grave, em internação domiciliar. Portanto, o custeio do serviço de home care, incluindo-se o fornecimento dos materiais e medicamentos necessários durante o período, estes que fazem parte do tratamento de saúde do autor, não pode ser excluído da cobertura, assim como ocorreria no caso de internação hospitalar.

Em face desses dois casos, é possível inferir uma equiparação entre os subsistemas – Sistema Único de Saúde e Sistema de Saúde Suplementar para efeito de fundamentação da decisão judicial sobre o tema Direito à Saúde.

A esse respeito, anota SARMENTO,

> Uma pessoa miserável, por mais grave e urgente que seja o seu problema de saúde, não pode exigir que um milionário, escolhido a esmo, custeie o seu tratamento hospitalar. Assim, o primeiro requisito para o reconhecimento de uma vinculação do particular a determinada obrigação positiva, decorrente de um direito social, diz respeito à existência de alguma conexão entre a relação jurídica mantida pelas partes e a natureza da obrigação jusfundamental em discussão. Não se trata aqui da aplicação de algum critério de lógica formal, mas de uma questão de pura razoabilidade.[308]

Mesmo diante da ineficiência do Poder Público em fornecer as garantias mínimas que dele se poderia esperar, não se passa, por uma espécie de delegação-não-instituída, a incumbência disso ao privado. Cabe ao hospital público prestar serviços médicos gratuitamente à população, a escola pública educação pública e assim por diante. Não há que se alegar o dever de solidariedade a pretexto de obrigar o privado – em manifesta violação a liberdade e autonomia – fornecer serviços privados como se públicos fossem.

Com efeito, SAMPAIO JUNIOR destaca que “O binômio liberdade-responsabilidade fica, neste contexto, seriamente abalado. Confere-se ao indivíduo uma paradoxal dupla possibilidade de agir, concomitante e sucessivamente, e se lhe permite arrepender-se do caminho trilhado sem nenhum ônus”.[309] Isso caracteriza proteção desmedida e remonta ao paternalismo pretoriano; além do que evidencia o problema já citado do protagonismo judicial, eis que o julgamento se dá à luz da consciência do magistrado. Portanto, segundo o citado autor, essa conduta arbitrária

---

[308]SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 301.

[309]SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. *In*: Conpedi. (Org.). **Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007, v. 1. p. 4831.

"[...] põe por terra a lógica do sistema privado, que confere liberdade à pessoa para agir de acordo com a sua vontade [...]"[310], bem como "[...] qualquer responsabilidade do indivíduo, que fica livre para agir irrefletidamente [...]".[311]

Por fim, calha lembrar que o Supremo Tribunal Federal possui remansosa jurisprudência assentando ser dever do poder público assegurar as condições básicas para a efetividade do Direito à Saúde.[312]

Seguindo-se a linha adotada neste Capítulo, cabe abordagem acerca do Princípio Constitucional da Legalidade, que preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Construído como um escudo ofertado ao cidadão contra o arbítrio do Estado, adquire diversos contornos. Assim, cabe ao Estado, por meio do devido processo legislativo e em estrita observância da CRFB/88, promulgar leis que o obriguem a fazer ou deixar de fazer algo.

Com efeito, a exigência constitucional de observância de lei impõe-se a todo e qualquer ente, seja público ou privado. Entretanto, nenhum Direito é absoluto, e essa afirmação pode ser facilmente constatada no caso a seguir.

O caso – Apelação Cível n.º 70050367960[313], de Santa Maria, julgada pela oitava câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – tem como problemática a internação compulsória de dependente químico e a possível ilegalidade que isso acarretaria.

O Tribunal posicionou-se no sentido da inocorrência de violação à ilegalidade, ao argumento de que "[...] não se verifica [...] qualquer afronta aos Princípios da isonomia e legalidade, tampouco da independência dos poderes, uma

---

[310] SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. *In*: Conpedi. (Org.). **Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007, v. 1. p. 4831.

[311] SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. *In*: Conpedi. (Org.). **Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007, v. 1. p. 4831.

[312] RE 557.548/MG (osteomielite crônica); AI 647.296/SC (transplante renal); RE 556.886/ES (adenocarcinoma de próstata); RE 273.834-AgR/RS (HIV); AI 570.455/RS (glaucoma crônico); RE 393.175-AgR/RS (esquizofrenia paranoide); AI 457.544/RS (artrite reumatoide); AI 583.067/RS (cardiopatia isquêmica grave); RE 198.265/RS (fenilcetonúria); AI 635.475/PR (hepatite "c"); AI 634.282/PR (hiperprolactinemia); RE 248.304/RS (status marmóreo); AI 645.736/RS (processo expansivo intracraniano); RE 556.288/ES (insuficiência coronariana); AI 468.961/MG (lúpus eritematoso sistêmico) e, por último; AI 547.758/RS (neoplasia maligna cerebral).

[313] Fonte: http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22369293/apelacao-civel-ac-70050367960-rs-tjrs. Acesso: 06/11/2013.

vez que o fornecimento de tratamento e, caso necessário, de internação, é forma de dar efetividade ao direito à saúde do dependente químico, tratando-se, portanto, de aplicação da Lei Maior [...]".[314]

E mais, cabe "[...] ao Judiciário vigiar seu cumprimento, mormente quando se trata de tutelar superdireitos como vida e saúde, assegurados aos dependentes químicos, em evidente situação de risco para si próprios e para a comunidade, como no caso dos autos [...]".[315]

Relativiza-se assim o Princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade, uma vez que o indivíduo foi internado a contragosto, ou seja, foi forçado a ser internado, em manifesta infringência à sua dignidade e liberdade.

Em muitos outros casos, sobretudo no setor de Assistência Privada à Saúde, o Princípio da legalidade também é, nessa mesma trilha, violado, ao argumento de se estar efetivando a saúde.

Por fim, veja-se, por oportuno, o Agravo de Instrumento n. 2012.016375-6[316], no qual se destacou claramente que, embora a lei diga algo contrário, prevalece a dicção da jurisprudência, em manifesto protagonismo.

No caso, discutia-se a decisão proferida pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública da comarca de Blumenau/SC que, nos autos da Ação Civil Pública n. 008.11.013026-7, deferiu o pedido liminar para determinar que a Operadora do Plano de Saúde fornecesse os medicamentos necessários para tratamento domiciliar em casos de patologias como câncer e AIDS, bem como para manter transplantes realizados, sob pena de multa diária. A julgadora se manifestou no sentido de que, a despeito da clareza da lei, relativiza-se o comando legislativo a partir de genérica jurisprudência:

> Primeiramente, cumpre transcrever o disposto no art. 10, da Lei n. 9.656/98, *in verbis*:
> 'Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a

[314]Fonte: http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22369293/apelacao-civel-ac-70050367960-rs-tjrs. Acesso: 06/11/2013.
[315]Fonte: http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22369293/apelacao-civel-ac-70050367960-rs-tjrs. Acesso: 06/11/2013.
[316]Fonte:http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20120163756&Pesquisar=Pesquisar. Acesso: 26/11/2013.

> internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: [...] VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;'
> Apenas pela leitura do citado dispositivo, observa-se que, de fato, os planos de seguro de saúde não precisam fornecer medicamento para tratamento domiciliar.
> Porém, a jurisprudência pátria tem entendido que, em casos semelhantes, os planos de saúde podem determinar quais doenças serão abrangidas sem, contudo, limitar quanto ao tipo de tratamento e medicamentos.[317]

Portanto, observa-se, em certa medida, a presença do protagonismo judicial e o consequente desacolhimento do Princípio da legalidade, haja vista a criação de hipótese de não incidência da norma jurídica a partir de citação de julgados outros.

Dando-se prosseguimento ao estudo, segue-se abordagem dos Princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cujo fundamento varia de acordo com a vertente doutrinária escolhida.

Para MACHADO, "O princípio da proporcionalidade pode ser definido como um princípio de justiça. O proporcional é em certo sentido o justo. E neste sentido podemos dizer que o princípio da proporcionalidade está expressamente previsto em nossa Constituição [...]"[318], uma vez que entre os objetivos fundamentais figura a Constituição de uma Sociedade justa, livre e solidária.[319]

> MENDES destaca que
>
> No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeit)* ou ao princípio da proibição dos excessos (Ü*bermassverbot)* qualidade de norma constitucional não-escrita,(sic) derivada do Estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.[320]

Deve-se registrar que o princípio da proporcionalidade se identifica com a

---

[317]Fonte:http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22369293/apelacao-civel-ac-70050367960-rs-tjrs. Acesso: 06/11/2013.
[318]MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 121-122.
[319]MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 121-122.
[320] MENDES, Gilmar. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: novas leituras. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.° 5, agosto 2001. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso: 09/12/2014. p. 46.

razoabilidade, e tem três elementos, que são a) adequação: o ato deve ser capaz de atingir os objetivos pretendidos; b) necessidade: o ato deve ser, de todos os meios existentes, o menos prejudicial aos direitos individuais; c) proporcionalidade em sentido estrito: deve haver uma proporção adequada entre os meios utilizados e os fins.[321]

Note-se o caso a seguir – Recurso Especial n.º 1.289.998/AL[322] –, no qual se condenou operadora de planos de Saúde por descumprimento contratual, passando-se ao largo o fato de ter havido ou não dano psíquico relevante. Ademais, o trazido à baila reflete o aumento das condenações em danos morais – bem como o aumento dos valores das condenações em si – em razão de negativa de cobertura de procedimentos e medicamentos.

O mero inadimplemento contratual não enseja danos morais; entretanto em razão da presença de Operadoras de Planos de Saúde no polo passivo das ações, os Tribunais têm formulado entendimento no sentido de condená-las em danos morais por descumprimento ao contrato. Todavia, no mais das vezes há discussão, e não descumprimento das cláusulas pactuadas, olvidando, com efeito, a verdadeira razão de ser do instituto do dano moral e seus pressupostos históricos e de aplicação.

Ademais, revela-se o protagonismo judicial e o denominado julgamento conforme a consciência do magistrado.[323] Ora, mesmo quando não há qualquer prática ou omissão por parte do contratado que pudesse gerar dano moral em razão da violação dos aspectos relacionados à dignidade da pessoa humana, que se encontram constitucionalmente protegidos pelo artigo 5.º, inciso X, da CRFB/88, este é condenado a indenizar, nos termos do que os julgados entendem por recuperação extrapatrimonial do supostamente lesado.

Mesmo ausente o desprezo ou descaso das operadoras com a enfermidade da dependente do plano, e mesmo não havendo omissão ou demora injustificada na resposta, ou apenas a negativa fundamentada em interpretação de

---

[321] MENDES, Gilmar. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: novas leituras. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.° 5, agosto 2001. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso: 09/12/2014. p. 15-47.

[322] Fonte:https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=28309442&sReg=201101717850&sData=20130502&sTipo=51&formato=PDF. Acesso: 06/11/2013.

[323] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

cláusula contratual que expressa e claramente exclui o fornecimento de órteses, o Judiciário confere ao demandante indenização.

Nesse sentido ainda a lição de BODIN DE MORAES,

> Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.[324]
> [...] Não será, portanto, o sofrimento humano ou a situação de tristeza, constrangimento, perturbação, angústia ou transtorno que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetarem a dignidade humana pela violação de um ou mais, dentre os substratos referidos.[325]

Ou seja: o sofrimento humano, a situação de tristeza, o constrangimento, a perturbação, a angústia, os transtornos, o dissabor, o aborrecimento, a mágoa, a irritação, a sensibilidade exacerbada, entre outros, estão fora da órbita do dano moral, mormente quando decorrentes da fragilidade do próprio paciente, em razão da doença que o aflige**,** ou quando decorrente do cumprimento de contrato ou lei.

Se não existiu qualquer ato ilícito que tenha sido praticado pelas operadoras, também não existe nexo causal ligado à indenização por danos morais.

Portanto, é visível, neste ponto, o papel do Judiciário ancorado na consciência do julgador e daquilo que para ele é dano moral; vale dizer, anula-se o substrato teórico construído pela doutrina e pela própria Constituição (art. 5.º, X, da CRFB/88) para julgar conforme aquilo que se afere por dano moral. O efeito colateral, além do mais, é perverso: os pedidos de indenização extrapatrimonial se reproduzem em escala geométrica.[326]

De outro giro, a CRFB/88 prevê, art. 3.º, I, o Princípio da Solidariedade e, assim, lhe confere *status* constitucional. Destarte, não é apenas uma ideia; é muito mais do que isso. O ponto nodal reside na importância dada ao Princípio da Solidariedade, cujo relevo perpassa a legalidade, o que se constitui em problema.

---

[324]BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327.
[325]BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327
[326] De acordo com estudo revelado por Serasa Experian, o inadimplemento e consequente inscrição no órgão cresceram em 10,9% em novembro de 2014. Disponível em http://www.serasaconsumidor.com.br/inadimplencia-do-consumidor-cresce-109-em-novembro-revela-serasa-experian/. Acesso: 10/12/2014. Notadamente, muitas dessas inscrições levadas em conta pela pesquisa se apresentam indevidas e, assim, geram indenização por dano moral.

A Constituição reconheceu a Solidariedade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de modo que "[...] o texto constitucional, ao imputar ao Estado e a todos cidadãos o encargo de construir uma 'sociedade solidária', através da distribuição de justiça social, agregou um novo valor aos já existentes". A disposição não cuida, apenas, de impor limites à liberdade individual, a ponderação oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade.[327]

Dada a fluidez e vagueza típica da interpretação baseada em princípios, a aplicação direta, sem mediação, especificamente no âmbito da Saúde Suplementar, tem produzido decisões voltadas apenas à valoração pessoal do Magistrado.

Em face desse limbo, o Princípio da Solidariedade é tratado de forma bem diversificada pela jurisprudência. No caso que se traz à tona – Recurso Especial 948.944/SP[328] –, houve pedido de fornecimento de medicamentos a menor de idade, acarretando conflito, por assim dizer, de Princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do Direito à Saúde, da assistência social e da solidariedade; e, de outro, os Princípios democrático e da separação dos Poderes.

Assentou-se que a ponderação operaria a favor da criança, visto que os direitos fundamentais vinculam *prima facie* e, em caso de infante, pesam muito mais, sobretudo diante do inexpressivo abalo aos princípios da separação dos poderes e democracia. Para tanto, o julgador entendeu ser necessária a adesão a argumentos de natureza política, e fundamentou tal raciocínio na função inerente ao Poder Judiciário; vale dizer, entendeu que nada há de violação significativa no fato de o Poder Judiciário determinar a efetivação de políticas públicas ou até mesmo seu planejamento.

Diante disso, o Ministro conclui que "[...] Em resumo, aplicando-se o 'modelo síntese' proposto por Alexy ao caso concreto, diríamos que prevalecem os princípios constitucionais da solidariedade, de proteção à saúde, de proteção à criança e de preservação da dignidade humana em face dos princípios democrático e da separação de poderes (minimamente atingidos)".[329]

---

[327] MORAES, Maria Celina Bodin. **O Princípio da solidariedade**. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf >. Acesso: 09/12/2014.

[328] Fonte:https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3839254&sReg=200701011236&sData=20080521&sTipo=91&formato=PDF. Acesso: 07/11/2013.

[329] Fonte:https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3839254&sR

Veio a decisão fundamentada na Teoria da Argumentação de Robert Alexy[330] e a distinção de *Hard Case* e *Easy Case* de Ronald Dworkin.[331] A primeira

---

eg=200701011236&sData=20080521&sTipo=91&formato=PDF. Acesso: 07/11/2013.

[330]"[...] Cuida-se de modelo de ponderação, em que os princípios que jogam a favor da criança possuem caráter de direito vinculante prima facie. Ou seja, ele sobrevive pela possibilidade de sua realização, mesmo quando confrontado com os princípios que jogam em sentido contrário (princípio democrático e da separação dos Poderes). Que critério utilizar para decidir em favor do princípio de proteção ao hipossuficiente? A solução se mostra pelo imenso benefício – vital, literalmente – ao necessitado, quando confrontado com o inexpressivo abalo aos princípios democráticos e da separação dos Poderes. "De acuerdo con el modelo, el individuo tiene un derecho definitivo a la prestación cuando el principio de la libertad fáctica tiene un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en su conjunto. Este es el caso de los derechos mínimos." A determinação judicial para fornecimento do medicamento Neodecapeptyl pelo INSS a Jaqueline Langone poderia ser entendida como ingerência do Poder Judiciário ao Poder Executivo ? Ou, em outras palavras, traduzindo para o plano dos princípios, os princípios que militam em favor da proteção à menor e à sua saúde – caso concretizados – ocasionariam grande lesão do princípio democrático e à separação dos Poderes? Entendemos que a resposta é negativa. Imaginemos outro quadro: os habitantes da cidade de Ribeirão Preto promovessem em face do Estado ação coletiva visando à concretização do direito à saúde, mais especificamente, visando obter dos Poderes Públicos assistência médica em padrão hoje apenas fornecida por planos de saúde particulares e fornecimento de medicamentos à população. Evidentemente provimento judicial concessivo dessa postulação ocasionaria ingerência do Judiciário na formação das políticas públicas do governo. E, seguramente, teria que adotar argumentos políticos e não apenas argumentos de princípios, o que consideramos não é função do juiz. De fato, só se lograria dar efetividade a essa hipotética decisão judicial caso se deslocassem recursos financeiros destinados a outros objetivos sociais (todos eles também amparados por princípios constitucionais, por exemplo, educação, transporte, segurança, etc.) para a readequação do sistema de saúde. Sem dúvida que os princípios democrático e de separação de poderes sairiam extremamente ofendidos em face de decisão desse porte. Não é o que se dá com a concessão de medicamentos que salvem a vida de Jaqueline Langone. O extremo benefício que lhe causará contrapõe-se a praticamente nenhuma ofensa aos princípios democráticos e de separação de poderes. O Estado não precisará realocar recursos de outras áreas sociais para atender o pedido da criança, nem ocorrerá lesão a qualquer outro direito fundamental ou interesse social com dignidade constitucional. Um palavra final acerca da aplicação do princípio da solidariedade no caso de Jaqueline Langone. O Direito - não se sabe se por equivocada derivação de uma distorção do positivismo - possui em sua pragmática, enquanto fornecedor de critérios para decidibilidade de questões controvertidas, grande dificuldade para lidar com aspectos relacionados à bondade e conteúdos de alto teor moral que não sejam referências diretas de regras. Daí o papel justificador extremamente importante - e realçado ao longo de toda a nossa decisão - desempenhado pelos princípios, mormente aqueles de status constitucional. Nesse viés, destacando o aspecto da bondade e da solidariedade, não há como negar que o encargo que toda a sociedade sofrerá em compartilhar com Jaqueline Langone dos sofrimentos por que passou - e que talvez passe - é substancialmente pequeno em relação ao grande benefício que a criança receberá. Se contarmos a história de Jaqueline para qualquer pessoa do povo, seja a um renomado intelectual, seja a um homem simples do campo, parece-nos que o aspecto da bondade na eleição da solução deverá pesar sobremaneira. Compartilhar e ser solidário em tragédias e desgraças, como a enfermidade de que é a criança vítima, são valores que não podem ser ignorados pelo Direito a pretexto de que fazem parte da Moral. Pelo contrário, a relação entre esses dois sistemas sociais são de interferência e interpenetração recíprocas, sendo absolutamente desumano dar interpretações meramente técnicas às normas, que nada obstante a coerência interna são desvinculadas da humanidade. Assim, sufragamos o princípio da solidariedade, a par dos demais princípios da Ordem Social e da dignidade humana já explicitados, propondo como solução o dividir a sociedade com a jovem criança seu legado, com justa e legítima expectativa de que essa decisão vai na direção do que as pessoas entendem ser a Justiça. Em resumo, aplicando-se o "modelo síntese" proposto por Alexy ao caso concreto, diríamos que prevalecem os princípios constitucionais da solidariedade, de proteção à saúde, de proteção à criança e de preservação da dignidade humana em face dos princípios

construção teórica é reputada por STRECK como “recepção equivocada no direito brasileiro”[332] e a segunda, como “indevida distinção”.[333]

É elementar que tais construções teóricas são adotadas alhures pelos julgadores e doutrinadores em geral. Poder-se-ia dizer que o problema nem sequer é a adoção em si; mas a adoção irrefletida e míope. A aplicação desmedida de proposições teóricas de forma rasa e com base na cultura dos manuais esquematizados importa em situações aparteadas de critérios de racionalidade[334], que grassam pelos Tribunais do país.

Voltando ao caso ventilado, merece reflexão a base de pensamento do

---

democrático e da separação de poderes (minimamente atingidos). Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3839254&sReg=200701011236&sData=20080521&sTipo=91&formato=PDF. Acesso: 07/11/2013.

[331]“[...] Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como “hard case” (caso difícil), não se deve utilizar argumentos de natureza política, mas apenas argumentos de princípio. 4. O pedido de fornecimento do medicamento à menor (direito a prestações estatais stricto sensu – direitos sociais fundamentais), traduz–se, in casu, no conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes [...]”. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3839254&sReg=200701011236&sData=20080521&sTipo=91&formato=PDF. Acesso: 07/11/2013.

[332] Por ora se pode afirmar que “Da Jurisprudência dos Valores os teóricos brasileiros tomaram emprestada a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel do intérprete o de encontrar e revelar esses interesses ou valores”. *In:* STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

[333]Tratar-se-á dessa questão no momento oportuno. Entretanto, por ora se pode aduzir que “[...] Cindir *hard case* e *easy case* é cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, da atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, como saber se estamos diante de um caso simples ou de um caso difícil? Já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil*? In:* STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 299.

[334] Veja-se uma decisão: "[...] Nesse passo, o v. acórdão embargado contém a omissão apontada. Depreende-se da leitura atenta da decisão embargada (fl. 64), o reconhecimento da incidência dos juros de mora sobre os honorários advocatícios arbitrados na ação principal, de modo que a execução de referida verba deve prosseguir pelo valor dado pela exequente, ora embargante. De acordo com o disposto no art. 20, § 4.º, do Código de Processo Civil, a fixação dos honorários, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, decorre de apreciação equitativa do magistrado, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Todavia, não há que se falar em arbitramento de honorários advocatícios nos presentes embargos à execução, tendo em vista o valor em disputa, qual seja, R$ 56,10 (cinquenta e seis reais e dez centavos), resultado da diferença entre o valor apurado pela exequente (R$ 487,70 - fl. 52) e o valor apurado pelo INSS (R$ 431,60 - fl.05). Tal diferença configuraria a base de cálculo dos honorários advocatícios pretendidos nestes embargos, de modo que, pelo princípio da bagatela, deve ser negado. Diante do exposto, ACOLHO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO para sanar a omissão apontada, sem efeitos modificativos no julgado, nos termos da fundamentação. É o voto”. (TRF3, Embargos de Declaração em Apelação Cível n.º 0010331-56.2008.4.03.6106/SP, de São José do Rio Preto, rel. Des. Lucia Ursaia, j. 08-10-2013). Disponível em http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3015395. Acesso: 07/11/2013.

julgador, uma vez que se pautou na Solidariedade para conceder medicamento. É fato que se está diante de uma Sociedade que, por força da Constituição Brasileira de 1988, pretende ser justa e solidária; entretanto, não se impõe, sem qualquer mediação, a transformação do princípio em um dever moral de ser solidário.

Com efeito, o possível "conflito" entre Princípios no caso em discussão mascara de certa forma, a justificação do discurso jurisdicional que em apelo de cunho social, afasta-se dos postulados jurídicos, impondo a Solidariedade como dever.

Por fim, aborda-se o Princípio da Função Social do Contrato que, em síntese, prestigia interesses que extrapolam o dos contratantes.[335]

PEREIRA leciona sobre o contrato e sua função social:

> [...] com o passar do tempo, entretanto, e com o desenvolvimento das atividades sociais, a função do contrato ampliou-se. Generalizou-se. Qualquer indivíduo – sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata. O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. [...] Dois indivíduos que contratam, mesmo que se não estimem, respeitam-se. E enquanto as cláusulas são guardadas, vivem em harmonia satisfatória, ainda que pessoalmente se não conheçam. Num outro sentido vinga a função social do contrato: na afirmação de maior individualidade humana. Aquele que contrata projeta na avença algo de sua personalidade. O contratante tem a consciência do seu direito e do direito como concepção abstrata. Por isso, realiza dentro das suas relações privadas um pouco da ordem jurídica total. [...][336]

Nesse sentido, a Função Social do Contrato faz "[...] prevalecer o interesse público sobre o privado, a impor o proveito coletivo em detrimento do meramente individual, e a ter em conta mais uma justiça distributiva que meramente retributiva. Rompe-se com o princípio arrimado no velho brocardo latino *suum cuique tribuere* – dar a cada um o seu".[337]

No intuito de proceder à análise da aplicação do referido Princípio em um caso concreto, traz-se à baila o Recurso Especial n.º 668.216/SP[338], no qual se

---

[335] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 3. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3 p. 35-37.
[336] PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 9 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1993. v. 3 p. 09-10.
[337] RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 21.
[338] Fonte:https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2410074&sR

discutiu a validade de cláusula restritiva em face da autonomia da vontade e Função Social do Contrato. O acórdão recorrido respaldava a exclusão de cobertura, por faltar abusividade. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da Relatoria do Ministro Menezes Direito, entendeu que de fato havia abusividade.[339] Posteriormente, esse acórdão tornou-se paradigmático para inúmeras decisões, em casos análogos ou não.

Ocorre que o raciocínio exarado no acórdão, segundo o qual a cobertura do contrato se dá para doenças e não para tratamentos, não parece revelar a que melhor preserva o equilíbrio entre a viabilidade empresarial e a proteção do consumidor. O contrato torna-se literalmente uma panaceia para o consumidor e um encargo excessivo e imprevisível para o fornecedor. É visível que é o médico, como especialista, que designará o melhor tratamento; porém, se o tratamento designado não for albergado pelo contrato, caberá ao paciente buscar auxílio fora do âmbito da cobertura contratual; com a proliferação de tais decisões o efeito reverbera em um acréscimo de ações visando ao custeio total e irrestrito sobre qualquer procedimento, mesmo aqueles de custo elevado, experimentais e sem comprovação científica.

Não se pode conceber que inexista limite na cobertura de tratamentos –

---

eg=200400999090&sData=20070402&sTipo=51&formato=PDF. Acesso: 07/11/2013.

[339] Acórdão: “Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva. 1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. 2. Recurso especial conhecido e provido”. Trecho pertinente do acórdão: “[...] Não me parece razoável que se exclua determinada opção terapêutica se a doença está agasalhada no contrato. Isso quer dizer que se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso, pelo menos na minha avaliação, é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente. Além de representar severo risco para a vida do consumidor. [...] Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor [...]".
Fonte://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2410074&sReg=200400999090&sData=20070402&sTipo=51&formato=PDF. Acesso: 07/11/2013.

pois a própria razão de existir o contrato é que este estipule condições aptas a manter certo equilíbrio que viabilize sua permanência. A dicotomia entre o que foi pactuado e o que a medicina incorpora diariamente em novas alternativas tem tornado o Poder Judiciário fiador de toda e qualquer tentativa que busque recuperar a saúde ou preservar a vida, sem perquirir neste universo qual o mecanismo através do qual se compensa, aplicando-se, diretamente, o Princípio da Função Social do Contrato.

Medicamentos importados sem aprovação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, exames sem relação com o estado clínico do paciente, hospitais de alta complexidade para tratamentos que são rotineiros têm apoio irrestrito das decisões judiciais sob o comando de tal hermenêutica jurisprudencial que vem fundamentando-as desde então.

A abordagem deste capítulo encerra, pois, pela visita aos Princípios, valores e fundamentos constitucionais em torno do Direito à Saúde, estabelecendo o nexo de sua aplicação com decisões judiciais que tratam direta ou perpendicularmente de seus reflexos e de seu entrelaçamento com os Direitos Fundamentais que as justificam, não estabelecendo, de plano, nenhuma diferenciação aos envolvidos na relação jurídica, seja ela de direito público, seja de direito privado.

O próximo Capítulo, pois, se ocupa de localizar no plexo sistemático da Saúde no Brasil, o denominado Sistema de Saúde Suplementar, seu enquadramento normativo, suas peculiaridades, os princípios que o regem e os contratos que disciplinam a prestação dos serviços privados de Saúde.

CAPÍTULO 2

A SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Este Capítulo tem por escopo a abordagem geral dos Sistemas de Saúde no Brasil, localizando normativamente o Sistema de Saúde Suplementar com suas especificidades, além de estabelecer uma necessária conexão de seus contratos no âmbito da teoria geral dos contratos e fundamentos de Direito Econômico necessários ao desenvolvimento das hipóteses a serem investigadas nesta tese.

2.1 SISTEMAS DE SAÚDE

Os serviços de assistência à saúde são de relevância pública e, assim, o Estado deve regulá-los totalmente, como determina a Constituição vigente, art. 197: "São de relevância 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".[340]

Em razão disso, surgiram os Sistemas de Saúde, tornando-se necessário expedir normas jurídicas que os regulem adequadamente, com o intuito de torná-los hábeis a lograr êxito em suas finalidades (efetivar o Direito à Saúde).

Nos ensinamentos de SILVA, "[...] Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização".[341]

Dada à natureza multifacetada do vernáculo Sistema, mister estabelecer o viés da abordagem e sua exata dimensão. Conforme lição de FREITAS, sistema é

> [...] uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na

[340]BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 12/12/2014.
[341]SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 808.

Constituição.[342]

Em tal viés, os sistemas existentes – privado e público – ganharam regulamentações, porém díspares por força de suas naturezas diametralmente opostas, o primeiro custeado pelo contratante-beneficiário; o segundo pelo próprio Estado.[343]

Ao pressupor um caráter de universalização do atendimento prestado pelo Estado brasileiro, fatalmente chegar-se-ia à inferência segundo a qual, se é dever do Estado o atendimento da população, fornecendo-lhe profissionais da área médica, exames, atendimento hospitalar e todas as atividades que sejam voltadas a tal desiderato, é este que operacionaliza através da rede pública a promoção à saúde. Efetivamente, como adiante se verá, o Estado não impõe limites de acesso ao serviço público; em outras palavras, qualquer pessoa que se dirigir ao serviço público por este será atendida.

A Lei n.º 8.080/90, denominada Lei Orgânica da Saúde, dispõe em seus artigos 2.º, § 1.º, e 4.º, respectivamente, que "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício" e "O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso". Para tanto, estabelecem-se ações políticas e programas e serviços de Saúde de maneira a formar uma rede regional[344] e hierárquica[345], na qual prevalece

---

[342]FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 55.

[343]"No Brasil, os sistemas privados de medicina supletiva são aqueles que desempenham funções de prestação de serviços de saúde não remunerados pelo setor público através dos órgãos oficiais de custeio. É de se ressaltar que o sistema privado de suplementação dos serviços de saúde brasileiro traduz-se num dos maiores mercados de compra e venda de serviços assistenciais de saúde no mundo, traduzindo-se num conjunto de receitas e despesas de agentes econômicos e consumidores, cuja natureza é, igualmente, complexa e heterogênea. O setor envolve interesses paradoxais e alcança valores monetários cuja magnitude é de difícil avaliação, mormente em se considerando a assimetria informativa que se traduz em gritante falha deste mercado". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 113.

[344]"A regionalização da rede de saúde consiste na instituição de regiões que devem organizar de forma ordenada as ações e serviços públicos de saúde no espaço territorial correspondente observando-se as especificidades locais, com a finalidade de garantir resolutividade (eficácia) e atendimento integral aos indivíduos, possibilitando que estes tenham acesso a todos os tipos de prestações. Estas regiões de saúde podem ser formadas: dentro de um mesmo Município (Regiões Intramunicipais); por mais de um Município dentro de um mesmo Estado (Regiões Intraestaduais); e

a unidade, quer dizer, o dever de todos os entes federativos em prestar o serviço de Saúde.[346]

Essa lei foi inspirada pelas determinações constitucionais, sobretudo pelos cinco Princípios presentes no texto constitucional, que são universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação popular.[347]

O Princípio da universalidade reconhece que a saúde é direito fundamental de todo e qualquer ser humano, e que o Estado deve garantir as condições mínimas ao seu pleno exercício e efetivo acesso à atenção e à assistência à saúde em todos os níveis de complexidade existentes. Destarte, segundo este princípio, não há restrição ao acesso e à assistência à saúde.[348]

O Princípio da integralidade consiste na garantia do fornecimento de um conjunto de ações preventivas e curativas, individuais e coletivas, de assistência à saúde.[349]

Por sua vez, o Princípio da equidade designa a ideia de Justiça Social, à medida que visa a reduzir as desigualdades entre os sujeitos do Direito à Saúde,

---

por Municípios limítrofes com países vizinhos (Regiões Fronteiriças). *In:* ROCHA, Eduardo Braga. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 91.

[345]"A hierarquização da rede de serviços de saúde implica na divisão em níveis da complexidade crescente, daí a existência das redes de atenção básica, de atenção de média complexidade e de atenção de alta complexidade. A rede de atenção básica envolve os serviços médicos menos complexos, que devem ser prestados especialmente pelos postos de saúde, clínicas médicas, etc. A rede de atenção de média complexidade abrange situações mais graves do que a rede básica, sendo realizadas consultas hospitalares, exames, etc. Já, nas redes de atenção de alta complexidade, são realizados procedimentos médicos complexos que envolvem profissionais especializados e equipamentos mais sofisticados, como é o caso da rede de cirurgia cardiovascular e da rede de assistência ao paciente portador de oncologia, cujos serviços são prestados por hospitais e clínicas especializadas". *In:* ROCHA, Eduardo Braga. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 91.

[346]ROCHA, Eduardo Braga. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 90-91.

[347]Ensina CORDEIRO que "[...] os princípios do novo sistema de saúde defendiam a descentralização e o fortalecimento do papel do município, participação e controle popular na formulação de políticas, planejamento, gestão, execução e avaliação das ações de saúde, integralização das ações, universalização do acesso e da cobertura, iniciados 'pelas áreas carentes ou totalmente desassistidas' e equidade e garantia de qualidade na humanização do atendimento. Além da isonomia salarial para o pessoal da saúde, foram propostos: admissão somente por concurso público, estabilidade no emprego, composição multiprofissional da equipe de saúde, estimulo à dedicação exclusiva e obrigatoriedade de cumprimentos de carga horária contratual, e outras recomendações. Reafirmava-se a supremacia do serviço público sobre o privado". *In*: CORDEIRO, Hésio. **Sistema Único de Saúde.** São Paulo: Ayuri, 1991. p. 85.

[348]ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde**: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 143.

[349]ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde**: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 143.

quer dizer, devem-se tratar desigualmente os desiguais, investindo-se mais recursos públicos nos Estados-membros em que as deficiências do sistema são maiores.[350]

O Princípio da descentralização dispõe que um único gestor deverá responder por toda a rede assistencial de sua respectiva área de atuação, conduzindo negociações com os prestadores de serviços de saúde e assumindo responsabilidades nesse sentido.[351] Esse princípio segue a lógica da preponderância do interesse, visto que exige a proximidade do agente público com o fato, visando à decisão política adequada. Ou seja, o que é de repercussão local será competência do Município; o que for de alçada regional, o Estado-membro será responsável; e, por fim, o que repercutir nacionalmente, incumbirá à União.

O Princípio da participação social ventila uma forma de ampliar a efetivação das políticas públicas de saúde e apresenta uma forma de controle social dessas políticas, de maneira a tornar democrático o sistema público. Importante avanço nesse sentido são os Conselhos de Saúde.[352]

Diante disso, o sistema de regras é colmatado por esses Princípios, que buscam estabelecer diretrizes para a efetivação do Direito Fundamental à Saúde, assim como tornar democrático o sistema público, fomentando o debate sobre o tema.

Nesses termos, estabelece-se o sistema público, cuja regulação é dada pela referida lei orgânica.

Mas recuperando o comando constitucional inserto no já mencionado art. 197, o sistema de saúde público compartilha um Sistema de Saúde Suplementar que presta o atendimento a um determinado universo de pessoas mediante estipulações jurídicas próprias.

Esta Tese tem como escopo destacar os institutos atinentes ao Sistema privado de Saúde[353] – também denominado sistema de Saúde Suplementar –, em

---

[350]ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde**: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 144.

[351]ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde**: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 144.

[352]ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde**: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 144-145.

[353]"O sistema de suplementação dos serviços de saúde adotado no Brasil compõe-se, basicamente, pela prestação privada de tais atividades, com o fito de ampliar o leque de serviços postos à disposição do cidadão, seja para servir de aditamento ou para suprir deficiências do sistema público. Observe-se que [...] o Poder Público adota um modelo de atendimento universal e igualitário, tão

razão do qual existe uma estrutura de prestação de Saúde paralela à do Estado, não obstante, exporem-se exemplos do sistema público, inclusive colacionando a jurisprudência correspondente – como se delineou no Capítulo anterior.[354]

Com tal desiderato e mantendo o foco estipulado pelos objetivos traçados, analisam-se apenas de forma perpendicular os comandos normativos destacados da Lei 9.656/1998, eis que se busca identificar sua aplicação e interpretação nas decisões judiciais adiante abordadas, bem como a deficiência das argumentações que são desenvolvidas sob o pálio da legislação específica (e a própria deficiência e desconsideração da legislação em si quando do julgamento dos casos concretos).

A regulação do mercado de Saúde Suplementar se deu em virtude das relações eminentemente complexas que se desenvolvem sob seu pálio. Deixar tal segmento desprovido de regulamentação seria por demais temerário, eis que deixaria livre ao arbítrio dos contratantes – não raro nefasto – a regulação do fornecimento de serviços e produtos ligados ao Direito Fundamental à Saúde.

No desiderato de inviabilizar esse arbítrio potencialmente deletério, expediram-se inúmeras leis protetoras dos indivíduos que transitam no mercado de Saúde Suplementar, merecendo destaque o Código de Defesa do Consumidor como primeiro instrumento efetivo de proteção no âmbito brasileiro.

Ao lado disso, desponta a participação social na Saúde e as instituições brasileiras que possuem um componente participativo, uma vez que é necessário debruçar-se inicialmente sobre esse tema para que, posteriormente, se possa tratar da implementação e garantia de direitos sociais e coletivos no Brasil.

Sobre a participação social e a democracia, Stuart Mill leciona que

> O único governo que pode satisfazer todas as exigências do Estado social é aquele no qual todo o povo participa; que toda a participação, mesmo na menor das funções públicas, é útil; que a participação deverá ser, em toda parte, tão ampla quanto o permitir o grau geral de desenvolvimento da comunidade; e que não se pode, em última instância, aspirar por nada menor do que a admissão de todos a uma parte do poder soberano, o

---

somente, com o Sistema Único de Saúde, que nem sempre se mostra eficaz em atender a demanda de seus usuários". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 113.

[354]Essas menções ao sistema público são necessárias à medida que os argumentos e exposições realizadas nesta Tese só serão entendidos na sua completude se se tiver por claros os aspectos específicos dos dois sistemas de saúde, a fim de que se entenda a atual confusão feita entre ambos.

> Estado. Mas como, nas comunidades que excedem as proporções de um pequeno vilarejo, é impossível a participação pessoal de todos, a não ser numa parcela muito pequena de negócios públicos, o tipo ideal de um governo perfeito só poder ser o representativo.[355]

Em consequência, observa-se uma tendência de entender o Direito à Saúde e consequentemente os Sistemas de Saúde sob o ponto de vista tripartite, ou seja, individual, social e participativo.[356] O individual diz respeito a cada indivíduo e não pode ser violado pelo Estado, estabelecendo um âmbito no qual o Estado não pode intervir no sentido de gerar qualquer prejuízo à Saúde do cidadão. O social designa a esfera pública que deve ser tutelada por políticas sociais com a finalidade de reduzir as desigualdades e efetivar direitos por meio de estratégias governamentais. Por fim, o participativo consiste no processo de formulação, execução e fiscalização de políticas de saúde por cidadãos.[357]

É por tal motivo que se entende o Direito à Saúde – e os Sistemas de Saúde enquanto forma de efetivar esse direito – como exercício de cidadania ou direito fundamental de todo aquele que se encontre dentro do território brasileiro.

Em outro contexto, impende destacar que os sistemas de saúde, privado e público, vêm sendo confundidos ou tratados de forma idêntica, o que se questiona tanto pelo necessário rigor técnico quanto pela predisposição de realização de uma Justiça Social invertida.

No Brasil, o Sistema de Saúde é híbrido:[358] o setor público é complementado pelo setor privado, cada qual possuindo regras rígidas sobre o acesso ao Direito à Saúde. Todavia, "No plano da oferta, o sistema de saúde

---

[355]MILL, Stuart. Utilitarianism on liberty and representative government. *In:* WEFFORT, F. C. **Os clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 2003. v. 2. p. 223

[356]"Do estudo dos sistemas comparados de saúde, adotados em diversas nações soberanas, depreende-se que a oferta, o financiamento, a operação e a regulação dos serviços são, via de regra, prerrogativas da gestão participativa entre o Estado e a iniciativa privada. As características e organizações destas ações conjuntas variam, na ordem interna de cada país, de acordo com os contextos histórico e social nos quais evoluíram, bem como de acordo com a realidade fática, econômica e social em que se encontram". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 99.

[357]ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde**: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 154.

[358]"O sistema de saúde é formado por dois subsistemas: de um lado, está o subsistema público, que incorpora a rede própria e a conveniada/contratada ao SUS; e, de outro, está o subsistema privado que agrupa a rede privada de serviços de saúde não vinculados ao SUS". *In:* GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007. p. 32-33.

brasileiro é composto, principalmente, por serviços privados. E constitui-se num dos maiores mercados de compra e venda de serviços de saúde no mundo. [...]".[359]

Destaca-se que existe significativa diferença entre Saúde Complementar e Saúde Suplementar. A Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080 de 1990, no art. 24, dispõe que, quando as disponibilidades do setor público forem insuficientes para garantir a assistência à saúde da população, o SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada, o que será realizado por intermédio de contrato ou convênio, observadas as normas de direito público incidentes. Por outro lado, Saúde Suplementar designa o setor que presta assistência à saúde por entidades privadas, financiadas diretamente pelo beneficiário, sem qualquer gasto de dinheiro público.[360]

Diante disso, a participação da iniciativa privada no setor público, na qualidade de Saúde Suplementar, é exemplo típico de atividade econômica desenvolvida exclusivamente pelo privado, não lhe sendo aplicável o disposto no art. 175 da CRFB/88.

Embora isso seja nítido para quem analisa os regimes aplicáveis aos sistemas público e privado, a jurisprudência vem consolidando um limbo entre eles, porquanto concede a integralidade de assistência aos beneficiários de Plano de Saúde como se, ao fazê-lo, estivesse realizando o comando constitucional do acesso universal à Saúde Pública, só que pelo ente privado.

Além desse problema constatado, CARLINI expõe que,

> De fato, a análise dos conflitos levados ao Poder Judiciário nos últimos anos na área de saúde suplementar evidencia, sem maior esforço, que o sistema intrincado que a Lei 9.656/98 propiciou com sua criação ao arrepio da melhor técnica jurídica e com as lacunas preenchidas por resoluções do Conselho de Saúde Suplementar e da Agência Nacional de Saúde Suplementar, é fonte potencial de litígios judiciais. Parte deles deriva da simples necessidade de interpretação e adequação aos casos concretos, mas parte significativa pode ser encontrada no fato de a regulação não ter levado em conta aspectos técnicos fundamentais para

[359]BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Regulação & Saúde***:* estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2002. p. 10.

[360]"Ao mesmo tempo em que o legislador constituinte disciplinou a prestação dos serviços de saúde por meio de uma norma de conteúdo programático de eficácia limitada, por intermédio de um Sistema Único de Saúde, a ser organizado pelos esforços conjuntos de todos os entes estatais, manteve e garantiu a assistência à saúde à iniciativa privada, inclusive às empresas constituídas sob finalidade lucrativa, fato que gera uma série de indagações sobre a natureza da prestação destes serviços, sobretudo no tocante à assistência suplementar à saúde, principalmente em relação a sua finalidade social [...]". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 97.

> as operações dessa natureza e estar ausente o pressuposto da credibilidade decorrente do processo de constituição da lei que, neste caso, foi solenemente ignorado.[361]

Nesse contexto, igualmente, deve-se destacar o princípio da sustentabilidade que visa a manter a qualidade e continuidade dos serviços de saúde suplementar. Tanto o setor público quanto o privado são regidos pelo princípio da sustentabilidade, à medida que se busca a sua continuidade e qualidade. Em matéria de Saúde Suplementar, a sustentabilidade, em tal viés, protege o beneficiário consumidor, garantindo-lhe a prestação de serviços de forma eficiente e por um preço justo.[362]

Com efeito, o sistema suplementar compõe-se, em linhas gerais, de prestações privadas com o intuito de ampliar o leque de serviços disponibilizados pelo setor público ao cidadão, sobretudo em face das inúmeras deficiências desse mesmo setor. Com a moldura constitucional que lhe foi conferida e o cipoal legislativo que se lhe aplica, a atividade prestacional de saúde pública realizada pelo Estado brasileiro insere-se em um complexo sistema, que partilha lado a lado com a atividade exercida pela iniciativa privada, em dois regimes que coexistem, um suplementar ao outro, mas que têm como escopo atender diferentes universos populacionais.

2.2 SISTEMA SUPLEMENTAR E DIREITO DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

O setor de assistência privada à Saúde – segmento específico do mercado de consumo – teve o seu surgimento no Brasil por volta de 1920/1930, porém sua efetiva difusão deu-se apenas por volta de 1970. O Estado, pois, não se importava com esse segmento, haja vista não ter imposto sua presença por meio de uma regulação específica. Em consequência, as regras eram ditadas pelo próprio mercado.[363-364]

---

[361]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 70-71.
[362]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 75.
[363]GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 29.

Num primeiro momento, o mercado de assistência privada se limitava a instituições beneficentes, cujos fundos eram abastecidos pela própria população.[365] Em momento posterior, o sistema embasou-se em modelo de economia popular de captação de recursos por meio de repartição simples em virtude da relação de emprego, ou seja, os empregadores, com fulcro em políticas de ampliação de benefícios trabalhistas e previdenciários, concediam o benefício da assistência privada de Saúde aos seus empregados, obviamente de maneira bem limitada ainda.[366]

Em 1966 foi editado o Decreto-lei 73, responsável por estruturar o Sistema Nacional de Seguros Privados, criando o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Assim, os serviços de assistência privada à Saúde foram estendidos a qualquer pessoa que pudesse pagá-los. A despeito do avanço, os serviços resumiam-se apenas em reembolso de despesas.[367]

A esse respeito, CARLINI leciona que,

> De fato, no âmbito das operadoras de saúde havia clara distinção de interesses entre as seguradoras, que já eram reguladas pelo Decreto-Lei 73/66 e fiscalizadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados e pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP –, e as empresas com configuração diversa como as de medicina de grupo, empresas de autogestão e cooperativas médicas, para as quais não havia regulamentação específica, o que tornava a concorrência desleal.[368]

Merece destaque a criação, em 1971, das cooperativas médicas, em razão da edição da Lei do Cooperativismo, 5.764 do citado ano. Nessa modalidade de pessoa jurídica, tanto os médicos quanto outros profissionais da área da Saúde

---

[364]Por outro lado, o sistema público de assistência detinha suas bases na previdência social, sobretudo por conta da promulgação da Lei Eloy Chaves, em 1923. Em consequência disso, surgiram várias caixas de assistência custeadas pelas contribuições dos empregados e empregadores, o que posteriormente acarretou a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS. *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 85.

[365]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 85.

[366]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 111-112.

[367]GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 30-31.

[368]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 65

atuam na qualidade de cooperados, e, com isso, sócios da cooperativa prestadora de serviço médico. Inclusive, recebendo remuneração proporcional aos serviços médicos prestados.[369-370]

Nessa década de 1970 ainda, despontou o movimento da reforma sanitária, que ergueu a bandeira contra o modelo assistencial de saúde vigente à época no Brasil, segundo o qual a Saúde era um serviço a ser prestado pelo Estado àqueles que se encontravam na situação de trabalhadores-beneficiários. Ou seja, não havia a ideia de dever estatal, apenas de faculdade conferida ao Estado de beneficiar certas e determinadas pessoas. Portanto, o movimento da reforma sanitária defendia o caráter fundamental do Direito à Saúde e a sua universalização e democratização.[371] A despeito disso, a concretização desse movimento tardou a ocorrer, como se denotará do contexto histórico apresentado aqui.

Em seguida, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP autorizou, no final década de 1970, as seguradoras de planos de Saúde a oferecerem uma gama maior de serviços, sobretudo por meio de uma rede referenciada de profissionais de Saúde, hospitais, diagnósticos e tratamentos, não obstante ainda fosse vedada a manutenção de serviços próprios.[372]

Foi assim que o Estado, cedendo à atividade privada uma atividade essencial e pública, acabou consolidando uma realidade que foi disciplinada hodiernamente a partir do modelo adotado constitucionalmente.

Por conseguinte, a aludida década se caracterizou pelo crescimento da comercialização de planos individuais e familiares, bem como pela consequente inserção no mercado brasileiro de grandes operadoras, sobretudo aquelas ligadas a Bancos.[373] Aliás, as cooperativas de trabalhos médicos se destacaram como as

---

[369]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 115.

[370]"Nas cooperativas médicas, a forma de acesso aos serviços também se perfaz mediante relação jurídica contratual, na qual a vinculação dos usuários também se completa por meio de pré-pagamento a planos individuais, familiares e empresariais. *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 116.

[371]ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde**: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 138-139.

[372]GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 31.

[373]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 88.

primeiras a comercializarem planos individuais e familiares nesse período.[374]

Isso se deve também à queda da qualidade e das condições de assistência à Saúde no setor público[375], como efeito da crise econômica imperante à época, que fez diminuir os recursos voltados ao setor público de Saúde. Isso ao lado do fato de a rede pública ter sido aberta aos não filiados à seguridade social.

Assim, esses fatos – e vários outros não menos importantes – deram conta de tornar o setor público falho em vários aspectos e, em consequência, valorizou-se o sistema privado, como alternativa ao caos do setor público. Destarte, as seguradoras e empresas de medicina em geral – medicina de grupo e cooperativas médicas – começaram a formar um mercado lucrativo, porquanto os investimentos na área cresceram significativamente, assim se engendrando novas formas de Saúde Suplementar.[376]

Em suma, nessa quadra de injustiça social é que exsurge como relevante o papel da assistência privada à Saúde, eis que atua como forma de garantir a Saúde dos beneficiários e, em consequência, desonerar o Estado. Desempenha, assim, a função social de suplementar a Saúde pública, atendendo os seus contratantes de forma eficiente e satisfatória – algo que o Estado não vem conseguindo.

Acontece, sem embargo do afirmado acima, que o mercado ainda não estava regulado efetivamente – veja-se que o CDC só apareceu em 1990 e a Lei dos Planos de Saúde, 9.656, bem depois em 1998; sem se olvidar a Lei da Agência Nacional de Saúde Suplementar, 9.961, cuja edição é de 2000 –, de maneira que em

---

[374]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 115.

[375]Faz-se um parêntese para afirmar que o sucateamento do setor público de saúde, ao que tudo indica, tende a piorar. Veja-se a esse respeito o que diz FIGUEIREDO: "Todavia, apesar de a Constituição da República estabelecer, em seu art. 196, que 'a saúde é direito de todos e dever do Estado', tal preceito revela-se, até hoje, como norma meramente compromissória, uma vez que não existem políticas públicas que destinem recursos suficientes para viabilizar esse preceito. Nos últimos anos, um triste quadro de iniquidades se faz presente em terras brasileiras, tendo em vista que a rede pública de hospitais federais, estaduais e municipais vem sendo submetida a um processo de sucateamento e de deterioração acelerada por motivos diversos, entre eles: escassos recursos orçamentários para custeio de operações e novos investimentos; desvalorização do servidor público; falta de medicamentos e materiais; aumento da demanda devido à expansão da população urbana e do atendimento aos contingentes rurais antes excluídos; falta de políticas e de políticos sérios, realmente comprometidos com os interesses da nação e com as necessidades da população, dentre outros". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 89-90.

[376]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 88-89.

relações jurídicas desprotegidas, os beneficiários dos serviços de Saúde enfrentavam inúmeras discussões. As principais discussões (como sói acontecer até nos tempos atuais) cingiam-se, principalmente em torno de temas recorrentes: a) formas de reajuste das mensalidades; b) reajustes abusivos; c) descumprimento contratual; d) negativas, máxime as relacionadas a guias para internação e exames; e) cláusulas de exclusão de doenças crônicas infectocontagiosas e preexistentes.[377]

Em seguida, surge o CDC em virtude do mandamento constitucional de proteção ao consumidor previsto no art. 5, inciso XXXII, como se destacará adiante.[378]

Destarte, o setor tornou-se alvo de preocupação geral – devido às crises de incerteza levadas ao Poder Judiciário –, e o Estado assim percebeu a necessidade de regulá-lo com efetividade.[379-380] Ademais, é inegável a relevância do sistema privado de Saúde Suplementar, tanto em razão de sua função social, quanto em razão de sua importância econômica.

Em consequência, a Lei 9.961/2000 cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, como ente responsável por regular – de maneira complementar e específica – o mercado de assistência privada à Saúde. O que viria, *a priori*, a complementar a regulação estatuída pela Lei 9.656/1998, que, nos moldes como foi concebida, não se desincumbiu, por si só, de regular satisfatoriamente o setor. Além

---

[377]GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 32.

[378]"O Código de Defesa do Consumidor, proclamado como uma das legislações de proteção do consumidor mais avançadas do mundo, tem evidente e notável relevância nas relações entre usuários e operadoras de planos de saúde. É inegável que tais relações massificadas e estandardizadas deverão, via de regra, ser direta e significativamente influenciadas pelos princípios que norteiam o Código de Defesa do Consumidor, principalmente quando lembrado que o objetivo primeiro dos contratos de planos de saúde é a viabilização de tratamento médico e hospitalar dos usuários, facultando-lhes os meios necessários à busca da saúde e à tentativa de cura das moléstias que eventualmente os acometam". *In:* CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 112.

[379]"[...] conclui-se que a autorregulação do mercado mostrou-se insatisfatória para atender às necessidades e aos interesses de todos os envolvidos no respectivo ciclo econômico (Estado, agentes econômicos e consumidores). Faz-se mister, portanto, a atuação contundente do Poder Público, a fim de desenvolver uma estrutura reguladora, normatizadora e fiscalizadora, de modo a garantir, assim, a observância e o cumprimento do devido processo competitivo, sem sacrifício aos direitos consumeristas. *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 112.

[380]"[...] Para se ter uma ideia da sua importância, a saúde complementar realiza de 30% a 60% de todos os serviços de apoio a diagnose e terapia no país". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 97.

do que foi instituída – por meio da Lei 8.031/1990 – a política estatal de privatização, haja vista o Poder Público não exercer eficaz e adequadamente determinadas atividades.[381]

CARLINI leciona que é

> Evidente que um setor como a saúde suplementar não pode ter conflitos solucionados apenas pelas regras de mercado. É um setor sensível que impõe a presença do Estado na medida em que a contratação de serviços de saúde é muito diferente de outros serviços, em especial pelos aspectos técnicos e científicos que compõem toda a estrutura e que, não raro, é desconhecido (*sic)* do usuário/consumidor.[382]

Mais especificamente, no caso da Saúde Suplementar, o Poder Público não deixa de exercer a atividade; apenas dá ensejo à iniciativa privada para que esta atue paralelamente; entretanto, essa atuação paralela necessita de regulação plena – como já explanado.

Neste contexto, vale breve registro sobre o surgimento e a natureza jurídica das agências reguladoras.

Como se aludiu, a Lei 8.031/1990 instituiu o Plano Nacional de Desestatização[383] – PND, para, estrategicamente, diminuir o *déficit* público e salvar as finanças do governo. Para tanto, transferiu à iniciativa privada atividades até então desenvolvidas exclusivamente pelo Estado, exercício este dispendioso e falho.

---

[381]Inicialmente, as regulações do setor de assistência privada à saúde "[...] eram efetuadas pela atuação conjunta do Ministério da Saúde, via Secretaria de Assistência à Saúde – SAS e Departamento de Saúde Suplementar – DESAS, que se encarregavam de regular a relação jurídica entre o consumidor e a empresa (técnico-social), e a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, a quem competia a regulação da relação entre o Estado e a empresa (economia-financeira). Todavia, diante da alta complexidade da matéria, da necessidade de especialização da atividade reguladora do Estado, de se aliar a regulação econômica com a social, bem como do expressivo aumento do número de consumidores de seguros e planos privados de assistência à saúde, mister se fez a criação de um ente próprio, voltado, unicamente, para esse mercado de singularidade ímpar e relevante interesse coletivo para a sociedade brasileira. Destarte, foi concebida a Agência Nacional de Saúde Suplementar, via Medida provisória n. 1.928, reeditada pelas Medidas Provisórias n. 2.003-1 e 2.012, todas de 1999, posteriormente convertidas na Lei n. 9.961, de 2000. *In* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 129.

[382]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 68.

[383]"Com a desestatização, o Estado deixa de ser o agente financiador e executor do desenvolvimento e passa a delegar para a iniciativa privada a execução de alguns serviços, figurando, dessa forma, mais como regulamentador e fiscalizador e menos como executor. Diminui, portanto, a atuação direta do Estado na realização de atividades econômicas em sentido estrito e há um aumento da participação da sociedade na economia, por meio de mecanismos como a desregulamentação, a desestatização, ou a desmonopolização de algumas atividades". *In:* GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007. p. 51.

Dito de outro modo, o governo à época apostou na privatização, alienação de Direitos pertencentes ao Governo Federal à iniciativa privada.[384-385]

Com efeito, o afastamento do Estado exigiu a instituição de órgãos regulatórios – instrumentos de fiscalização estatal, uma vez que não era mais este quem desenvolveria o serviço –, de forma que se criaram as seguintes autarquias: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; Agência Nacional do Petróleo – ANP; Agência Nacional de Águas – ANA; Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC; Agência Nacional de Cinema – ANCINE; Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e; Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAq. Não é ocioso advertir que outras atividades poderão restar sob o controle de agências reguladoras, seja para fiscalizar, seja para controlar os serviços, bastando para tanto que haja interesse do Poder Público na regulação.[386]

Portanto, a essas agências foram atribuídos a função principal de controlar a prestação de serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, sobretudo no que concerne ao adequado fim pretendido pelo Governo em sua campanha de desestatização.

Quanto à natureza jurídica das agências reguladoras, trata-se de autarquias de regime especial, detendo autonomia em face do Poder Público. Têm-se por regime especial os privilégios conferidos às agências no intuito de aumentar a sua autonomia em relação às demais entidades autárquicas, ou seja, aquelas em

---

[384]CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*: 2009. p. 465-466.

[385]"O surgimento, no ordenamento brasileiro, das Agências Reguladoras tem guarida constitucional. A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a ordem econômica, fixou o papel do Estado como agente normativo e regulador e como executor subsidiário de atividades econômicas. Dispôs, ainda, sobre a possibilidade de transferência à iniciativa privada da prestação de alguns serviços. Tal previsão se evidencia, principalmente, a partir das emendas constitucionais ocorridas após 1995, pelas quais o mercado de serviços públicos foi aberto à execução pela iniciativa privada". *In:* GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007. p. 55.

[386]Aliás, "Como a instituição de tais autarquias resulta de processo de descentralização administrativa, e tendo em vista ainda a autonomia que lhes confere a Constituição, é lícito a Estados, Distrito Federal e Municípios criar suas próprias agências autárquicas quando se tratar de serviço público de sua respectiva competência, cuja execução tenha sido delegada a pessoas do setor privado, inclusive e principalmente concessionários e permissionários. O que se exige, obviamente, é que a entidade seja instituída ***por lei***, como impõe o art. 37, XIX, da CF, nela sendo definidas a organização, as competências e a devida função controladora." *In:* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*: 2009. p. 467. (negrito e itálico no original).

regime comum. Com efeito, além das competências inerentes à agência – quer dizer, competência regulatória –, ampliam-se as funções normativas e judicantes desse organismo da Administração Indireta, de sorte que resta caracterizado por ter organização colegiada, impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, autonomia financeira e orçamentária e, por fim, independência decisória parcial.[387]

No ponto específico da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, o art. 1.º da lei regente consigna que essa agência é criada no regime de autarquia especial, "[...] vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde". Por conseguinte, "[...] ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes". [388]

Dentro dessas características legais, a ANS deve, conforme art. 3.º, promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à Saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de Saúde no País. [389]

Para tanto, a lei atribui à ANS, entre outros deveres: propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar – CONSU; estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; elaborar o rol de procedimentos e eventos em Saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei 9.656; fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento; estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura; estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS; normatizar os conceitos de

[387]GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras**: Da Organização Piramidal à Governança em Rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.118.
[388]BRASIL. Lei da Agência Nacional de Saúde Suplementar, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm. (Acesso: ...)
[389]BRASIL. Lei da Agência Nacional de Saúde Suplementar, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm. (Acesso: ...)

doença e lesão preexistentes; definir, para fins de aplicação da Lei 9.656 a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à Saúde, observando as suas peculiaridades; estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos Direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei 9.656; estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1.º do art. 1.º da Lei 9.656; decidir sobre o estabelecimento de subsegmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei 9.656; autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à Saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei 9.656, e de sua regulamentação; aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei 9.656, e de sua regulamentação; e, por fim, fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do art. 1.º da Lei 9.656.

Desse modo, tenha-se sempre presente que a maioria das atribuições da ANS resume-se a dar efetividade às disposições da Lei 9.656, evidenciando-se, assim, o caráter complementar-regulatório dessa agência no mercado de assistência privada à Saúde.

No entanto, deve-se ter em foco que

> No âmbito específico dos contratos de saúde suplementar dado a sua característica fundamental de serem contratos que se prolongam no tempo, que mantém o consumidor vinculado a eles por período de tempo substancial, a atividade da agência reguladora é continuidade porque não se trata apenas de criar regras de instalação e funcionamento das operadoras, mas também de regular cada etapa da relação contratual, ou seja, os valores pagos, os reajustes, a eficiência dos serviços prestados em diferentes faixas etárias da vida, e tantos outros fatores próprios dos contratos de longa vigência. Além disso, os sucessivos avanços científicos e tecnológicos registrados nas ciências da saúde provocam a necessidade da regulação permanente dos serviços a serem incluídos na prestação, e de modo como esses serviços deverão ser prestados.[390]

Antes da criação da ANS, as funções que lhe são hoje outorgadas eram exercidas – *mutatis mutandis* – pelo Ministério da Saúde, O Departamento de Saúde Suplementar – DESAS, este que era incumbido de regular a relação entre

[390]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 80.

consumidor e fornecedor, e a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda. Entretanto, como já se aludiu no início deste tópico, a alta complexidade do mercado clamou a necessidade de especialização da atividade reguladora do Estado.[391]

Daí a atuação da ANS no sentido de harmonizar os interesses diversos presentes no segmento, ou seja, os desígnios do Estado (interesse público), das operadoras (interesse privado) e, por fim, dos consumidores (interesse coletivo em sentido amplo). Para tanto, deve agir de maneira neutra, apolítica e imparcial, a fim de não privilegiar algum desses interesses em detrimento de outro(s). Paralelamente, deve atuar em parceria com órgãos de proteção ao consumidor, inclusive despendendo esforços no intuito de implantar Política Nacional das Relações de Consumo, eis que só assim se angariará a efetivação dos Direitos do consumidor, sobretudo do Direito à Saúde.[392]

Dito de outro modo, a ANS "[...] pretende realizar um processo continuo de indução da qualificação nas dimensões assistenciais, econômico-financeira, estrutural e de satisfação do consumidor, para que o mercado opere de forma equilibrada, ágil, com informações consistentes e serviços adequados".[393]

Diante disso, CARLINI leciona que

> As agências não deveriam realizar atendimento do consumidor individual porque isso é papel dos PROCONs, ou das Defensorias Públicas. A sobreposição de papéis com esses órgãos agride exatamente o princípio da eficiência da administração pública, porque recursos públicos são utilizados de forma excessiva para garantir a mesma proteção.[394-395]

Para que fique bem claro, vejam-se algumas normativas, em sentido amplo[396], editadas pela ANS. A Resolução Normativa 277[397], de 4 de novembro de

---

[391]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 129.
[392]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 160-161.
[393]GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007. p. 45.
[394]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 76.
[395]"[...] o atendimento individualizado via canal direto com o consumidor, conforme consta no portal da agência na rede mundial de computadores, suscita dúvidas sobre sua pertinência, na medida em que a administração pública dispõe de outros canais para atender e defender o consumidor". *In:* CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 77.
[396]Essas normativas são: Resoluções do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU; Resoluções de

2011, institui o Programa de Acreditação de Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde – OPS, com o objetivo de aprimorar a qualidade das operadoras. A Resolução Normativa 275[398], de 1 de novembro de 2011, estabelece critérios para o monitoramento da qualidade dos prestadores de serviço no âmbito da Saúde Suplementar. A Instrução Normativa 13[399], de 21 de julho de 2006, define os procedimentos de reajuste dos planos contratados por pessoas jurídicas. A Resolução Normativa 254[400], de 5 de maio de 2011, dispõe sobre a adaptação e migração para os contratos celebrados até 1.º de janeiro de 1999. Por último, a Resolução Normativa 197[401], de 16 de julho de 2009, responsável por instituir o regimento interno da ANS.

Por fim, cabe trazer à baila lição de CARLINI, segundo o qual

> Em mercados complexos como a saúde suplementar em que a relação entre as operadoras de saúde, seus prestadores de serviços (médicos, hospitais, laboratórios, indústria farmacêutica, entre outros) e consumidores (usuários) é marcada por comprovada assimetria de informações, tanto quanto pela necessidade de cumprimento de normas atuariais sem as quais os fundos mutuais não cumprirão seu papel de sustentabilidade do sistema, a regulação cumpre o relevante papel de corrigir falhas de mercado e com isso, viabilizar o desenvolvimento econômico do setor e do próprio país.[402]

Portanto, tem-se que o Código de Defesa do consumidor foi instituído como norma de relevo a tutelar o mercado de assistência privada à Saúde; em seguida, surgiu a Lei dos Planos de Saúde, na qualidade de regulação específica do aludido mercado; e, por último, criou-se a ANS para fiscalizar e regular – por meio das normativas, em sentido amplo – os aspectos atinentes à relação estabelecida entre operadora-fornecedora e beneficiário-consumidor.

Diretoria Colegiada – RDC; Resoluções Normativas – RN; Resoluções Operacionais – RO; Resoluções de Diretoria – RD; Instruções Normativas – IN e Súmulas Normativas, todas editadas pela ANS. Disponíveis no site www.ans.gov.br. Acesso: 12/12/2014.

[397]Disponível:http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1877. Acesso: 25/10/2013.

[398]Disponível:http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1875. Acesso: 25/10/2013.

[399]Disponível:http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1078. Acesso: 25/10/2013.

[400]Disponível:http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1738. Acesso: 25/10/2013.

[401]Disponível:http://www.ans.gov.br/index2.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=1460. Acesso: 12/12/2014.

[402]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 79.

Entretanto, não se pode esquecer que a base dos contratos entabulados no âmbito da Saúde Suplementar deriva do Código Civil que em 2003 passou a viger em novas disposições sistematizadas em um novo Código, repleto de inovações que não podem ser desconsideradas no âmbito desta exposição – como se demonstrará oportunamente.

Ao unirem-se as disposições normativas mencionadas, tem-se o Direito de Saúde Suplementar como imperativo da evolução da ciência da saúde e de suas implicações jurídicas. Com efeito, pode-se conceituar esse ramo jurídico como sendo

> [...] o sub-ramo do direito econômico que disciplina tanto em caráter técnico, quanto em caráter financeiro, a atividade de prestação coletiva, empresarial ou liberal de assistência privada à saúde, bem como as relações jurídicas entre todos os segmentos sociais envolvidos no respectivo setor, a saber, governo, operadores de mercado, prestadores de serviços médicos e consumidores, sob o jugo da regulação estatal.[403]

Em outras palavras, o Direito de Saúde Suplementar é um ramo do direito que abarca normas de direito público e privado, visando a regular a relação multilateral entre aqueles que circulam no mercado de assistência privada à saúde. Tem como principais objetivos estabelecer regramento específico para garantir a qualidade do serviço, normatizar critérios financeiros para a manutenção da prestação dos serviços e sua qualidade e, por fim, promover a defesa dos interesses coletivos dos consumidores e individuais dos demais agentes do mercado privado de assistência à saúde.[404]

O Direito de Saúde Suplementar é um ramo novo no direito, que é próprio para o fato econômico, detendo singularidade e mutabilidade por essa razão, além de transitar entre o direito público e o privado.[405] Desponta a autonomia didática do Direito de Saúde Suplementar com princípios próprios que dão alicerce ao plexo normativo que regula o mercado de assistência privada à saúde.

Impende aqui destacar os Princípios mais relevantes que são específicos

---

[403]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7.
[404]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 8.
[405]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 8.

do Direito de Saúde Suplementar, tendo em mente a exposição já realizada no Capítulo anterior desta Tese.

O princípio da defesa do mercado assenta que se deve primar pela mantença da higidez econômico-financeira do mercado de assistência privada à saúde, assim como pela preservação daqueles que economicamente atuam nele. Mesmo porque a modalidade de prestação de saúde privada é custeada exclusivamente por recursos privados, do que resulta a sua natureza de atividade econômica. Com efeito, com o intuito de assegurar a assistência privada aos consumidores, é imprescindível que, primeiro, se tenha um conjunto normativo que viabilize a atividade, maximizando os lucros e tornando a atividade atrativa; e, segundo, mantenha-se a livre iniciativa e concorrência íntegra em suas bases, não confundindo o setor público com o privado e, consequentemente, desrespeitando os contratos entabulados em consonância com as determinações legais.[406]

Por outro lado, desponta o princípio da defesa do consumidor, segundo o qual se assegura o acesso igualitário ao plano contratado, por meio de uma disponibilização de atendimento médico efetivo, com o intuito de restabelecer/manter a incolumidade psicofísica do beneficiário, sempre observado o limite normativo. Nítido que as normas de Saúde Suplementar devem visar à qualidade técnica dos serviços ofertados, de maneira a garantir a disponibilização de serviços adequados de Saúde. No entanto, não há fundamento para impor-se às operadores de Plano de Saúde o atendimento a hipossuficientes, uma vez que o setor é financiado por recursos particulares.[407] Igualmente, inadmite-se o custeio de serviços que ultrapassem os limites contratuais, estabelecidos segundo os ditames das normas consumeristas.

Isso porque a defesa do consumidor encontra limite na legislação vigente, porquanto não se almeja gerar injustiça, mas tão somente pacificar a sociedade de forma justa e razoável. O dever legal que os fornecedores privados de serviços de

---

[406]"Por óbvio, se as normas de direito de saúde suplementar diminuírem de forma não razoável a margem de lucro dos operadores do mercado, tornando a atividade pouco atrativa, as empresas tendem a fechar, seja por quebra, seja por livre iniciativa. Com isso, elas passam a investir em setores econômicos mais rentáveis, fato que irá gerar gritantes prejuízos ao consumidor, que, forçosamente, terá de socorrer-se na rede pública de saúde". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 20.

[407]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 20.

saúde têm limita-se à qualidade desses serviços em relação àqueles que os contrataram e mensalmente pagam por isso, sendo desproporcional e injusta a responsabilização ilimitada.

Como bem aduz FIGUEIREDO,

> Qualquer política de atendimento do necessitado ou da população de baixa renda no setor de assistência privada à saúde deve ser, necessariamente, precedida de uma política de financiamento público por parte do Estado, a fim de subsidiar o mercado para tanto, não havendo como se impor ou compartilhar com o agente econômico o dever social de universalização de acesso à saúde, que é inerente, tão somente, ao Poder Público ('Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado...').[408]

Paralelamente aos princípios, destacam-se as fontes[409] do Direito de Saúde Suplementar, como nascentes normativas nas quais o operador do Direito procura e, posteriormente, fundamentam as resoluções dos embates relacionados ao setor. As espécies de fontes são Lei[410], atos normativos administrativos[411], contratos e usos e costumes[412].

Com tal aparato – fontes e princípios do Direito de Saúde Suplementar –, o julgador passou a ter, ao menos em tese, meios hábeis para solucionar as lides relacionadas ao setor de assistência privada à Saúde, pois a Lei dos planos de Saúde, ao lado das demais disposições normativas, colmatou os pontos que o CDC

---

[408]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 21.

[409]"Ao se falar de fonte do direito, deve-se ter em mente a gênese da relação jurídica. Em outras palavras, trata-se do conjunto de atos e institutos que dotam as relações interindividuais de vinculação jurídica, no sentido de sujeitar, coercitivamente, a vontade de um sujeito à de outrem". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 24.

[410]"Podemos conceituar a lei, partindo-se de uma premissa formal e procedimentalista como o produto final do processo legislativo. Trata-se, assim, do resultado definitivo do labor desenvolvido em conformidade com os trâmites das casas legiferantes, no que se refere ao processo de produção de espécies legislativas (art. 59 da CRFB)." *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 25.

[411]"São todos os atos emanados do Executivo que têm por fim regulamentar a aplicação de uma lei, espécie legislativa da qual retiram seu fundamento de validade, sendo aqueles atos hierarquicamente inferiores a estes". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 26.

[412]"Por usos e costumes podemos entender todas as práticas comportamentais da sociedade, cuja observância é consagrada pelo seu exercício reiterado, não necessitando de imposição cogente, mediante texto escrito positivado na lei". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 27.

não alcançava em razão da especificidade do setor.

Todavia, isso não evitou o amplo espaço disponível ao intérprete, ensejando decisões díspares e sendo causa permanente de falta de segurança jurídica. Outro efeito desse espaço em branco são as inúmeras demandas judiciais relacionadas ao setor de Saúde Suplementar – com as mais variadas pretensões, não raro absurdas –, bem como certo paternalismo jurídico agasalhado pela jurisprudência que se constrói não raro, sobre premissas equivocadas.

Não é demasia ressaltar que é necessária melhor regulação do setor; também se discute a compreensão do cipoal normativo por parte dos aplicadores dessas normas. A regulação atual deixa a desejar e a sua aplicação é deficiente, pois não são raras as vezes que, mesmo sendo claras e objetivas, as normas de regulação são desconsideradas ou moldadas por quem as aplica aos casos litigiosos que envolvem discussões em torno da prestação de Saúde Suplementar.

Nessa ordem de ideias, os debates merecem ser ampliados, sobretudo no ponto das relações entre o mercado privado e o público de Saúde, no intuito de que a regulação venha – além de prever o plexo jurídico necessário – ampliar as condições técnicas de Saúde, consagrando em decorrência, a afetiva tutela desse Direito.

CARLINI obtempera que,

> [...] mais importante do que a participação de eventuais atores sociais, o que faltou ao debate sobre a lei de regulamentação de saúde suplementar foi discutir que modelo seria possível implementar levando-se em conta os aspectos técnicos fundamentais para a construção de operações com sustentabilidade econômica e com qualidade de atendimento aos usuários.[413]

Ademais, tem-se como problema o fato de a Constituição, art. 199, § 2.º, tornar defesa a base social do financiamento público da assistência médico-suplementar, bem como não reconhecer o modelo público-privado que contempla o setor da Saúde, a exemplo de outros países.

Entende-se, pois, – como FIGUEIREDO[414] – "[...] que a regulação pública

[413]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 66.
[414]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 125.

do setor privado deveria concentrar seus esforços [...] no aumento da competitividade desse mercado, tanto em preços, quanto em qualidade, e, concomitantemente, legitimar a ação do Poder Público, por meio de reavaliação das atuais regras de subsídio financeiro do setor, compartilhando os riscos financeiros [...]", no intuito de diminuir o custo e dar ensejo ao aumento da oferta à população de classes baixas, pois só assim se angariará a efetiva tutela à Saúde.

Além desse problema relacionado à regulação em si, tem-se ainda a problemática engendrada pela intervenção do Poder Judiciário na qualidade de aplicador da regulação.

Como já se discorreu, as deficiências e lacunas da norma de regência – Lei dos Planos de Saúde – vêm sendo supridas por atos administrativos colegiados, emanados da Agência reguladora. Todavia, o Poder Judiciário não reconhece nem prestigia o legado normativo daquele agente sancionador e, não raro, estipula às relações jurídicas contratuais determinações jurídicas diametralmente opostas às decisões de mesmo caso concreto exaradas pela ANS.

Quando o Judiciário aplica o CDC e a Lei dos Planos de Saúde, deve ter em foco que está regulando o mercado e, por conseguinte, definindo o futuro dele. Sobretudo, deve ter presente que "[...] é por meio das operadoras de planos de saúde que os indivíduos pertencentes às classes menos abastadas conseguem ter acesso aos mais modernos tratamentos trazidos ao Brasil".[415]

É elementar que "Ante a deficiência do Estado, o plano de saúde tornou-se condição para levar-se vida mais tranquila. Atualmente, aproximadamente 35% da população brasileira possui alguma cobertura no campo da Saúde Suplementar, sendo certo que o setor vem crescendo à taxa de 4,8% ao ano [...]".[416]

Dentro do quadro atual, no que tange à intervenção do Judiciário nos contratos de assistência privada à Saúde, ao pretexto de fazer justiça no caso concreto (microjustiça), é inegável o reflexo desta no próprio mercado, que já é regulado por norma específica deficiente, fiscalizado e regulado por Agência reguladora, multidisciplinado por um cipoal normativo não sistematizado e seu

[415]CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 5.
[416]CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 15.

imbricado caráter técnico-científico.

Na realidade, as estatísticas quanto ao crescimento do setor podem até ser positivas – 4,8% de crescimento ao ano–,[417] porém, na prática o setor vem perdendo a sustentabilidade econômica. Isso se torna nítido ao observar-se que as operadoras de planos de Saúde já deixaram de comercializar algumas modalidades de contrato, porquanto em razão do dirigismo judicial[418] – nos moldes equivocados, como o atual – não está mais sendo frutífero investir em tais planos, eis que o indivíduo contrata o plano-referência[419] com os seus limites e – por força das decisões judiciais – passa a ter Direito indeterminado de cobertura, mesmo quando o contrato não cobre e encontra respaldo nos rigorosos requisitos legais.

Em outras palavras, as empresas que operam planos de Saúde vivem sob a insegurança de uma jurisprudência alicerçada em conteúdos individuais; vale dizer, decisões que determinam a cobertura de tudo que o beneficiário do plano necessite ou, ainda, decisões que revejam formas e métodos de cálculo dos contratos de assistência privada à Saúde, afetando o equilíbrio contratual e econômico. Com efeito, "[...] corre-se o risco de gerar a ruptura do sistema em razão de desequilíbrios pontuais. A rigor, cumpre ao Estado fornecer, em caráter primário, as prestações de saúde mais complexas, pois financiado por meio de tributos

---

[417] CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 15.

[418] O adequado dirigismo é aquele propugnado por MALOSÁ JUNIOR e SILVA, isto é, aquele que "[...] ocorre quando o Estado, através de seu Órgão-Juiz, é chamado a intervir no contrato para restabelecer o equilíbrio entre as partes, em razão da ocorrência de fato superveniente no momento da execução do contrato e que foi desconsiderado quando da celebração da avença. A evolução da doutrina tem impulsionado avanços na construção jurisprudencial, que consagrou várias teses no que toca à restauração da relação de equivalência entre as partes contratantes". *In:* MOLOSÁ JUNIOR, Francisco Carlos; SILVA, Rafael de Souza. Revista Jurídica da UniFil. **Autonomia da Vontade e Dirigismo Estatal nos Contratos**. Ano I, n.º 1. Publicada em janeiro de 2014. p. 185. Não é aceito o atual esquema, no qual o juiz se ergue como o mantenedor e administrador dos contratos celebrados sob o manto da autonomia privada.

[419] Este plano "Constitui o padrão de assistência médico-hospitalar porque conjuga a cobertura ambulatorial, hospitalar e obstétrica, sendo de oferta obrigatória por todas as entidades que atuem no mercado de suplementação dos serviços de saúde. [...] com padrão de acomodação em enfermaria, podendo ser ofertada dentro das limitações estabelecidas a abrangência geográfica. Nesta modalidade, são proporcionadas as coberturas relacionadas para o plano com cobertura ambulatorial somadas às previstas para o plano com cobertura hospitalar com obstetrícia, constantes da legislação e do rol de procedimentos médicos. Outrossim, os procedimentos listados como não cobertos para os planos ambulatorial, hospitalar com obstetrícia e hospitalar sem obstetrícia, não constituem direitos assegurados em lei, não sendo de disponibilização obrigatória ao consumidor, por parte das entidades de saúde suplementar". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 177-178.

arrecadados de toda a sociedade".[420]

Ao romper com as estipulações contratuais são inegavelmente afetadas as finanças das operadoras que estão diretamente ligadas ao conceito de equilíbrio econômico dos contratos.[421]

Em consequência, é imprescindível manter a segurança jurídica no âmbito dos contratos de planos de Saúde – e, portanto, na relação operadora/beneficiário –, de vez que só assim o mercado subsistirá. Para tanto, o julgador deveria ater-se, quando da análise das questões atinentes aos contratos celebrados entre beneficiários e operadoras de planos de Saúde, ao mutualismo[422] e à estrutura técnico-econômica, haja vista não poder preterir que o fornecimento/concessão de benefícios não previstos no contrato implicará o desfalque do fundo mútuo, vale dizer, o conjunto de contribuições realizadas pelos beneficiários. Por fim, não se olvide que os custos do tratamento de um beneficiário serão suportados pelos demais.[423]

Nessa mesma trilha, pois, "[...] cabe ao Poder Judiciário zelar pela aplicação das normas sobre direitos do consumidor, mas sem caminhar para o paternalismo jurídico ou a equiparação entre o Sistema Único de Saúde e o setor de Saúde Suplementar, segmentos que, embora atuantes na mesma seara, submetem-se a regimes jurídicos próprios".[424] No tocante à equiparação dos setores, tratou-se anteriormente, inclusive com cotejo jurisprudencial.

O efeito de manter a segurança jurídica na relação operadora/beneficiário implica a mantença da viabilidade econômica da operadora e consequente prestação de serviços relacionados à Saúde. Outrossim, deve-se manter hígido o respeito – de ambas as partes – às estipulações contratuais, entre as quais se citam

---

[420]CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 8.
[421]CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 13.
[422]O mutualismo é da natureza do contrato de assistência privada à saúde e "[...] deverá sempre ser considerado pelo julgador, que deverá levar em conta não só a relação tópica entre usuário e operadora do plano de saúde, mas também todos os efeitos que serão produzidos para o equilíbrio do contrato e para a coletividade com um todo". *In:* CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 111-112.
[423]CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 110.
[424]CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 15.

reajustes, revisões e rescisões.[425]

Ainda no concernente à segurança jurídica, é oportuno trazer à baila o tema da retroatividade da lei nova, ou mais especificamente, da aplicabilidade da Lei 9.656/98 aos contratos entabulados antes de sua entrada em vigência.

Por conseguinte, veja-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.931[426], relatoria do Min. Maurício Corrêa, julgada em 12 de agosto de 2003, na qual o STF constatou a impossibilidade de aplicação retroativa dos parâmetros advindos da Lei 9.656/98. Nessa toada, o STF rechaçou tentativas de violação do ato jurídico perfeito representado pelos contratos celebrados antes da entrada em vigência da referida lei. Isto não tem evitado, todavia, que o Judiciário Brasileiro venha aplicando sistematicamente os ditames da Lei aos contratos celebrados antes de sua égide.

Por outro lado, no que respeita ao controle difuso, há três feitos pendentes de julgamento no STF, quais sejam: a) Recurso Extraordinário n.º 597.064, que trata do ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS; b) Recurso Extraordinário n.º 578.801, no qual se discute diretamente a aplicação retroativa da Lei 9.656/98; e, por último, c) Recurso Extraordinário n.º 630.582, onde se cuida da aplicação retroativa do Estatuto do Idoso aos contratos celebrados no âmbito da Saúde Suplementar antes de sua entrada em vigência.[427]

Por fim e antes de concluir, não é ocioso alertar que o Código de Defesa do Consumidor é lei de caráter geral e a Lei dos Planos de Saúde de caráter específico, do que resulta a conclusão de que lei posterior-especial (Planos de Saúde) não pode ser revogada/mitigada pelas disposições da lei anterior geral (CDC). A despeito disso, a jurisprudência vem em alguns casos decidindo de forma contrária, e, portanto, equivocada. Ora, não se pode olvidar a última vontade do legislador, representada pela Lei dos Planos de Saúde. Inclusive, essa própria determina que o CDC será aplicado apenas subsidiariamente, art. 35-H.[428]

---

[425]CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 15.

[426]Acórdão disponível no seguinte *website*: http://redir.stf.jus.br/B057A123-A737-4520-A9EC-F0624995BFA9/FinalDownload/DownloadId-EE9009B12A88299AC5D96C0A7367AC27/B057A123-A737-4520-A9EC-F0624995BFA9/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347335. Acesso: 20/11/2013.

[427] Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp. Acesso: 19/12/2014.

[428]Com efeito, equivoca-se Claudia Lima Marques ao dar “superioridade hierárquica” ao CDC. Cf.

Feitas, perfunctoriamente, a demonstração dos baldrames da regulação dada pela Lei 9.656/1998 e a imperiosa crítica, cabe tratar-se dos responsáveis por prestar a assistência privada á saúde, isto é, as Operadoras de Planos de Saúde.

2.3 AS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

O art. 1.º da lei dos Planos de Saúde determina que "[...] 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 [...]", serão reguladas pelas normas nela estabelecidas.[429]

Quando a lei se refere a pessoas jurídicas, está se referindo às operadoras de planos de Saúde, ou seja, conforme art. 2, "[...] modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato [...]" privado de assistência à Saúde.[430]

No particular das cooperativas de trabalho médico[431], cabem rápidas considerações em razão de sua importância no cenário da Saúde Suplementar.

Há traços do cooperativismo no antigo Egito, Babilônia, Grécia clássica, China antiga, Império Romano e na Idade Média, cujas características são variadas conforme a época, porém existem apanágios, entre os quais a associação de pessoas para fins comerciais. No Brasil, entretanto, o marco do cooperativismo surge com a primeira caixa rural do tipo Raiffeisen, na cidade de Nova Petrópolis,

---

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 548.

[429]BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. (Acesso: ...)

[430]BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. (Acesso: ...)

[431]"São as sociedades de pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam planos privados de assistência à saúde. Trata-se de formação societária de prestação de assistência médica, configurada a partir de 1960, sob a formação societária de cooperativas de profissionais liberais de saúde, regidas e organizadas segundo as leis do cooperativismo (Lei n. 5.764, de 1971). Nessas, tanto os médicos quanto outros profissionais da área de saúde atuam como cooperados, sendo, simultaneamente, sócios de cooperativa e prestadores de serviço. Para tanto, recebem pagamento proporcional ao tipo e ao volume do atendimento, acrescido de um valor que procede do rateio do lucro final das unidades referentes à base territorial em que atuam". *In*: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 274.

Rio Grande do Sul, em 1902.[432]

O pensamento cooperativista, pois, demonstrou-se como instrumento de reforma social e de solidariedade entre os humanos, podendo cooperativismo ser conceituado como "[...] sistema de organização econômica que visa eliminar os desajustamentos sociais oriundos dos excessos da intermediação capitalista, tanto quanto o conjunto de princípios que devem reger o comportamento do homem integrado naquele sistema".[433]

No Brasil, atualmente, a Lei 5.764/71 trata do tema e institui as normas tutelares do Direito cooperativo. Não se aprofundarão esses aspectos, pois se fugiria ao tema. Entretanto, cabe destacar certos pontos relacionados a esta Tese.

Com efeito, a referida lei estabelece o conceito legal de cooperativa, no sentido de que "Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro".[434]

Portanto, a cooperativa é a formalização da vontade de um grupo de pessoas, físicas ou jurídicas, que têm entre si a mesma finalidade[435] relacionada à economia.

No particular das cooperativas médicas, há uma vinculação dos beneficiários que se completa por meio do pagamento em planos individuais, familiares e empresariais. Essas cooperativas têm significativa presença no território nacional, em regra, circunscrevendo-se aos municípios ou grupos destes.

Diante disso, as cooperativas praticam atos relacionados aos seus objetivos sociais, que, por causa de sua relevância, são tratados de forma peculiar pela Constituição brasileira. O art. 5º., XVIII, da CRFB dispõe que há limitação no que diz respeito à interferência do Poder Público no âmbito das cooperativas, sua

---

[432]SIQUEIRA, Paulo César Andrade. **Direito Cooperativo Brasileiro (Comentários à Lei 5.764/71)**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 9-15.
[433]SIQUEIRA, Paulo César Andrade. **Direito Cooperativo Brasileiro (Comentários à Lei 5.764/71)**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 20.
[434]BRASIL. Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm. Acesso: 21/11/2013.
[435]"Contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito próprio, sem objetivo de lucro, não é a finalidade da cooperativa, mas sim de seus associados. O fim da cooperativa, reparem mesmo, está no art. 4.º, não no art. 3.º da Lei de regência. Nesse artigo, tem-se o fim dos cooperados ao se cooperarem, o *leit motif* da associação, naquel'outro, tem-se a finalidade da cooperativa". *In:* SIQUEIRA, Paulo César Andrade. **Direito Cooperativo Brasileiro (Comentários à Lei 5.764/71)**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 35.

instituição e funcionamento.

Dito de outro modo, a necessidade de se impor ao Estado a observância do tratamento diferenciado dispensado às sociedades cooperativas vem afirmando-se, principalmente em razão da essência não mercantil de suas operações com seus associados e afins para alcance da finalidade social cooperativa de prestação de serviços aos médicos cooperados. Tendo em vista a necessidade de as previsões constitucionais serem particularizadas pela legislação ordinária, nela é encontrada a definição de Cooperativas. Refere-se aqui à Lei n.º 5.764/1971, que dispõe sobre as bases jurídicas de qualquer cooperativa.[436]

As cooperativas, ao visarem à continuidade de sua existência, inserem no custo de seus serviços uma margem de segurança, que culmina, ao final de seu período de apuração, num resultado positivo ou negativo. O positivo refere-se à sobra. O negativo, ao prejuízo.

Entretanto, é preciso ressaltar, ao anverso da ocorrência com o lucro nas sociedades empresariais criadas justamente visando ao acréscimo patrimonial dos proprietários, não ser a sobra o objetivo da cooperativa, mas uma consequência necessária do intrincado ato de levantar um valor no qual se resgatem os custos operacionais da entidade, como: luz, água, seguros, acidentes, cuja inserção ocorre em cada produto (cooperativas de consumos) ou serviço (cooperativas de prestação de serviços), como sói ser o caso das cooperativas médicas objeto deste estudo.

---

[436]"Art. 3º. - Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro. Art. 4º. - As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes; III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais; IV - inacessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade; V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade; VI - quórum para o funcionamento e deliberação da Assembleia Geral baseado no número de associados e não no capital; VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia Geral; VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social; IX - neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social; X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa; XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços." *In*: BRASIL. **Lei 5.764**, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm. Acesso: 21/11/2013.

Portanto, as sobras não dizem respeito ao lucro, tendo-se em vista direcionarem-se aos cooperados à medida de seus trabalhos. Permite a legislação própria, que as cooperativas façam uma previsão de suas despesas de operacionalização, ajustando sua contabilidade e retornando aos cooperados os prejuízos ou as diferenças na mesma proporção dos negócios com elas mantidos.

Na cooperativa médica, o cooperado é o profissional de medicina cujo propósito é a prestação de serviços – que angaria clientes e disponibiliza atividades para os cooperados, sendo esse, como dito, seu fim social – todos os atos praticados por ela para a conquista desse fim são atos cooperativos, aí incluídos os resultantes de suas relações com terceiros – por exemplo, o ato de uma cooperativa médica encaminhar o cliente para um hospital onde um médico cooperado atenda (objeto cooperativista = prestação de serviços médicos, hospitalares, clínicos, etc., aos usuários particulares ou empresas), já que eles constituem, em verdade, a própria essência da atividade das cooperativas assim organizadas (a oferta de clientes, sem a pretensão de lucro).

Quanto à oferta de Planos de Saúde, a cooperativa médica na busca da sua finalidade principal – prestação de serviços por médicos cooperados mediante captação de clientes – igualmente estará executando ato tipicamente cooperativo. Para a operacionalização de seus trabalhos, as cooperativas médicas manipulam Planos de Saúde visando à oferta de trabalho aos médicos associados, que realizam eles próprios, o atendimento aos clientes desses planos.

A concepção do texto legal revela que a cooperativa tem por fim servir aos associados, mediante o exercício de uma atividade econômica de proveito comum, sem intuito de lucro, o que importa dizer que o fim da cooperativa é gerir e administrar, em regime de mutualidade, as atividades dos cooperados, para a satisfação de suas necessidades econômicas. É com essa característica básica - ser uma sociedade sem fins lucrativos – que as cooperativas se destacam no ordenamento jurídico, e tal peculiaridade possibilita a sua inserção como entidade diferenciada das demais pessoas jurídicas.

Ocorre que, malgrado essa nítida configuração jurídica distinta, as decisões judiciais equiparam as cooperativas de trabalho médico (operadoras de Planos de Saúde) às sociedades empresarias que objetivam lucro e, com efeito,

impõem decisões que implicam que essas cooperativas arquem com altos custos destinados a um único contratante e direcionados a uma única pretensão agasalhada em processo judicial. A natureza jurídica de tais entes é desconsiderada quando da análise dos pleitos litigiosos e o tratamento equiparado a grandes conglomerados financeiros que operam Planos de Saúde.

Em outro contexto, não se pode ignorar que o mercado de assistência privada à saúde "[...] não é formado apenas pelas operadoras de saúde suplementar, mas igualmente por outros agentes que participam do mercado com interesses econômicos. Estão fora do âmbito da ANS os setores de prestadores de serviços, médicos, hospitais, laboratórios de patologia e de clínica, produção e fornecimento de órteses e próteses e também de produção e distribuição de fármacos".[437]

O Sistema de Saúde Suplementar é, pois, absolutamente complexo, tanto pela diversidade das atividades econômicas que o integram, pela intrincada e complexa legislação que o disciplina, pelos diferentes organismos que intervêm, integrantes do Poder Executivo (ANS, PROCON etc.), Ministério Público, como, enfim, pelas decisões judiciais que intervêm, solucionando pontualmente os litígios mas desconsiderando todas as variáveis aqui apontadas.

Feita esta exposição sobre as operadoras de Planos de Saúde – sua natureza, estrutura, histórico e finalidade – autoriza-se iniciar o tópico seguinte destinado aos contratos celebrados no âmbito da Saúde Suplementar e, portanto, entabulados entre operadora de Planos de Saúde e beneficiário do contrato, que paga mensalmente para obter atendimento na rede privada de assistência à saúde.

2.4 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E CONTRATO DE PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

O contrato, em sua forma primitiva, existe desde os primórdios em vista do princípio *ubi societatis, ibi jus* (onde há sociedade, há também direito). Mesmo porque a aglomeração de pessoas, em tribos, por exemplo, pressupõe concordância no sentido de certo comportamento, ou seja, existem regras que os membros da

[437]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 74.

tribo devem seguir para que possam coexistir.[438] Além disso, os membros das aglomerações primitivas já celebravam contratos orais entre si, por exemplo, na troca de comida por objetos de caça ou vice-versa.

Posteriormente, na civilização antiga egípcia, realizavam-se atos jurídico-contratuais, tais como o casamento e a transferência de propriedade; na civilização helênica, o casamento se estabelecia em um contrato. Porém, foi em Roma que o direito contratual erigiu-se dando azo às conquistas ulteriores que culminaram na sistemática contratual que se tem atualmente.

RIZZARDO destaca que

> A partir do Século V antes de Cristo, iniciaram a fluir importantes leis, como a *Lex Plaetoria*, de 490 a.C, formando o *jus civile* e o *optimum jus civium romanorum*, culminando a *Lex duodecim Tabulorum*, de 303 a. C, a qual representou a vitória dos tribunos da plebe contra os representantes do patriarcado. Foi justamente na Tábua VI que apareceu a origem da obrigação e do contrato, ao consignar a norma *cum nexum faciet mancipiumque uti língua nuncupassit ita jus est*. O vocábulo *nexum* exprime um elo, uma cadeia, significado, também, contrato. O conceito de obrigação emana desta regra, induzindo a concluir que o credor podia dispor do corpo do devedor no caso de impontualidade ou de inadimplemento da obrigação.[439]

Em momento posterior, surgiu o *Corpus Juris Justiniano*, que representa o ápice jurídico do direito romano antigo, no qual se consolidou o conceito de contrato como o assentimento de duas ou mais pessoas para formar entre elas algum compromisso, ou para resolver, ou solucionar, qualquer obrigação.[440]-[441]

Daí o desenvolvimento do contrato até os dias atuais, passando pelo direito canônico[442], Iluminismo[443], Socialismo[444] e, por fim, a doutrina da Igreja

---

[438]RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 7.
[439]RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 8.
[440]RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 8-9.
[441] A propósito, apresentando sua tradução do Digesto, alerta PILATI que [...] a chave da mudança consiste em se incluir na dicotomia público/privado, que orienta o CPC e a Modernidade, um terceiro elemento – anunciado no parágrafo único do art. 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): o coletivo constitucional dos direitos sociais. Do momento em que admitirmos a coexistência de bens/direitos: públicos (da esfera do Estado), privados (da esfera inviolável do indivíduo) e coletivos (do âmbito da Sociedade, mediante procedimentos constitucionalmente garantidos pela soberania direta, à imagem e semelhança das instituições romanas clássicas) – tudo fica claro, como problema. A guerra em Roma desafiava todos e cada um: magistrados, Senado e assembleia popular. As questões coletivas de hoje, *mutatis mutandis*, exigem o mesmo tipo de decisão condominial, articulada. *In:* PILATI, José Isaac. **Digesto de Justiniano: livro segundo: jurisdição.** UFSC: Florianópolis, 2013. p. 17.
[442]"Com o direito canônico, o contrato se firmou, assegurando à vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações. Surgiu o princípio *pacta sunt servanda"*. *In*: RIZZARDO, Arnaldo.

Católica.[445]

Esses fatos históricos, alguns destacados no corpo deste trabalho, foram de suprema relevância para que o contrato fosse reconhecido nos mais diversos ordenamentos jurídicos, assim como condição de seu desenvolvimento e aperfeiçoamento.

No Brasil, o dispositivo legal responsável por estabelecer regras e princípios sobre contratos é o Código Civil. O primeiro código dessa espécie é datado de 1916 e reconhecido por sua clareza e precisão conceituais, bem como brevidade e técnica jurídica. Tinha 1.807 artigos, antecedidos por uma lei de introdução. Teve sua inspiração nos Códigos francês, de 1804, e alemão, de 1896. O Código, com efeito, continha as concepções do século XIX e do início do século XX, em grande parte baseadas no individualismo então reinante, especialmente ao tratar do Direito de propriedade e da liberdade de contratar.

Ocorre que a mudança social ocorrida a partir do segundo pós-guerra e aliada ao advento da CRFB/88, fez com que o Código Civil de 1916 se tornasse extemporâneo, devendo por tal razão ser substituído.

Em consequência, editou-se o Código Civil de 2002, que apresenta, em linhas gerais, as seguintes características: a) preserva a estrutura do código civil anterior; b) mantém-se como lei básica do Direito Privado, unificando parcialmente o Direito Privado; c) aproveita as contribuições de projetos e trabalhos anteriores; d) inclui no código matérias de leis esparsas; e) não incorpora matérias de ordem processual; e, por fim, f) institui o sistema aberto e as cláusulas gerais, porquanto se concede ao juiz ampla margem interpretativa.[446]

O Código Civil de 2002 incorpora uma novel teoria geral dos contratos e

---

Contratos. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 9.

[443]"A teoria da autonomia da vontade humana foi desenvolvida pelos enciclopedistas, filósofos e juristas que precederam a Revolução Industrial e afirmaram a obrigatoriedade das convenções, equiparando-as, para as partes contratantes, à própria lei". *In*: RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 9.

[444]"O próprio socialismo levou à difusão do solidarismo no setor da economia privada. Expediram-se normas de ordem pública, destinadas a proteger os elementos economicamente fracos da sociedade [...]". *In*: RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 10.

[445]"Mesmo a doutrina da Igreja Católica teve grande repercussão nas concepções de uma justiça social nas estruturas dos sistemas econômico, especialmente pelas encíclicas *Rerum Novarum, Quadragesimo Anno, Mater et Magistra, Pacem in Terris* e *Populorum Progressio"*. *In*: RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 10.

[446] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso: 12/12/2014.

consequentes instrumentos de resolução de embates contratuais[447] e, no que tange à abordagem do tema central desta Tese, releva destacar três Princípios basilares, quais sejam socialidade, eticidade, operabilidade. A socialidade reflete a primazia que deve ser dada aos valores/interesses coletivos em face dos valores/interesses privados. Assim, o atual código é justamente o oposto do anterior, que primava pela individualidade. A eticidade, por sua vez, elege a dignidade da pessoa humana como valor principal, ou seja, fonte de todos os demais valores, sobretudo aqueles ligados ao equilíbrio contratual, exigência do atual sistema. Por fim, a operabilidade leva em consideração que o Direito é feito para efetivar-se, ou seja, passar da esfera teórica para a esfera prática. Para tanto, primou-se por linguagem clara e entendível, bem como por conceitos precisos e acessíveis – a despeito da tecnicidade peculiar às ciências jurídicas.

Com isso, possibilitou-se um avanço no sistema privado de relacionamentos, sobretudo no âmbito contratual. Os contratos em si e os ditames relacionados à relação contratual mudaram, de forma a repercutir em todo o ordenamento, inclusive em contratos celebrados sob a égide do código anterior.[448] E é justamente por tal razão que se cuida aqui desse assunto, restringindo-se, entretanto, apenas aos pontos afeitos à temática.

Desse modo, calha tratar-se inicialmente da teoria geral dos contratos prevista no Código Civil de 2002 e, na especificidade, do contrato de Plano de Saúde.

O contrato, como espécie de fonte de obrigação e ato humano que é, mostra-se uma exigência da vida moderna – embora seu aparecimento esteja ligado ao do próprio homem.[449] Viver é contratar. Não há na atual quadra da história como

---

[447]A esse respeito, vejam-se as páginas 95 a 118 em CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

[448]Isso ocorre em virtude da denominada retroatividade mínima e média, ambas previstas no art. 2.035. A primeira no *caput*; a segunda no parágrafo único. Veja-se: "**Art. 2.035**. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. **Parágrafo único**. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". (sem grifos no original). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso: 12/12/2014.

[449]"Desde o momento histórico do aparecimento do homem há indícios da existência do contrato, no sentido amplo, ou, pelo menos, em sua forma mais primitiva, segundo o vetusto princípio romano *ubi societatis, ibi jus*. Realmente, pela circunstância do agrupamento em tribos dos seres humanos já se

sobreviver sem celebrar contratos. Qualquer exteriorização da vontade que se destine a adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos será reputada como ato jurídico, e isso aliado à bilateralidade – vale dizer, à declaração bilateral de vontade – e constituirá um contrato.[450]

A disciplina dos contratos encontra-se prevista no Livro I – responsável por tratar das obrigações – da Parte Especial do Código Civil de 2002, abrangendo os Títulos V e VI.[451]

O art. 104 prevê os requisitos de validade do negócio jurídico, entre os quais figuram agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. A par disso, o Código determina que as declarações de vontade atendam mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem empregada; que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; e, nessa mesma linha, que aqueles que entabulam contratos são obrigados a preservar na conclusão e execução destes os Princípios de probidade e boa-fé.[452]

---

presume a verificação de uma concordância em um determinado comportamento, acatando os componentes do grupo certas regras comuns de convivência. Antes do aparecimento da moeda, as relações comerciais se desenvolviam num sistema de trocas dos mais variados produtos, envolvendo, sempre, apesar de tacitamente, deveres e direitos de cada lado das partes contratantes". *In:* RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 7.

[450]Caio Mário da Silva Pereira leciona que "[...] com o passar do tempo, entretanto, e com o desenvolvimento das atividades sociais, a função do contrato ampliou-se. Generalizou-se. Qualquer indivíduo – sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata. O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O *homo aeconomicus* estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários. Mas não é só este o aspecto a considerar. Paralelamente à função econômica, aponta-se no contrato uma outra civilizadora em si, e educativa. Aproxima ele os homens e abate as diferenças. Enquanto o indivíduo admitiu a possibilidade de obter o necessário pela violência, não pôde apurar o senso ético, que somente veio a ganhar maior amplitude quando o contrato convenceu das excelências de observar normas de comportamento na consecução do desejado. Dois indivíduos que contratam, mesmo que se não estimem, respeitam-se. E enquanto as cláusulas são guardadas, vivem em harmonia satisfatória, ainda que pessoalmente se não conheçam. Num outro sentido vinga a função social do contrato: na afirmação de maior individualidade humana. Aquele que contrata projeta na avença algo de sua personalidade. O contratante tem a consciência do seu direito e do direito como concepção abstrata. Por isso, realiza dentro das suas relações privadas um pouco da ordem jurídica total. Como fonte criadora de direito, o contrato assemelha-se à lei, embora de âmbito mais restrito. Os que contratam assumem, por momento, toda a força jurígena social. Percebendo o poder obrigante do contrato, o contraente sente em si o impulso gerador de comportamento social, e efetiva este impulso". *In:* PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 9 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1993. v. 3 p. 09-10.

[451]BRASIL. Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso: 12/12/2014.

[452]BRASIL. Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em

Embora já tratados em capítulo anterior, e no intuito de colmatar os fundamentos do escopo desta Tese, os princípios do atual Código Civil são abordados em particular.

Em seguida, o art. 421 estabelece o Princípio da Função Social do Contrato[453], vale dizer, passa a ter primazia a destinação social do contrato, não mais subsistindo avenças ou cláusulas abusivas, em sentido amplo, que violem Direitos, sobretudo os fundamentais, como a vida, saúde, respeito, liberdade, moradia, educação e outros.

Com efeito, em lição de RIZZARDO, a Função Social do Contrato leva a "[...]prevalecer o interesse público sobre o privado, a impor o proveito coletivo em detrimento do meramente individual, e a ter em conta mais uma justiça distributiva que meramente retributiva. Rompe-se com o princípio arrimado no velho brocardo latino *suum cuique tribuere* – dar a cada um o seu".[454]

Ao lado do Princípio da Função Social do Contrato, figura o Princípio da boa-fé objetiva[455], art. 422 do Código Civil[456], como meio de impor probidade, retidão e lhaneza durante todas as fases contratuais. Com efeito, "[...] verifica-se que: (a) a boa-fé tem relevante papel como critério fundamental de interpretação dos negócios jurídicos, passando a ser o principal critério de hermenêutica; (b) cria ainda os chamados deveres secundários ou anexos de conduta que, mesmo não estando expressos nos contratos, vinculam as partes obrigando-as a adotar determinadas

---

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso: 12/12/2014.

[453]Ao lado desse Princípio figura o da autonomia da vontade; entretanto, por força do que já foi dito anteriormente sobre esse Princípio, não será, por despiciendo, novamente tratado aqui.

[454]RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 21.

[455]"O princípio da boa-fé, principalmente, em sua vertente objetiva, deve influenciar significativamente as relações entre os usuários e as operadoras de planos de saúde, devendo ser considerados (sic) como indicador do padrão de comportamento a ser seguido pelas partes e como elemento fundamental para a solução de conflitos. Com efeito, o julgador deverá ter sempre como norte interpretativo o princípio da boa-fé, de modo a buscar soluções para as lides que não destruam ou comprometam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pelas partes, gerando prestações desarrazoadas e excessivamente onerosas para quaisquer delas. Também deverá estar pronto para coibir condutas, de qualquer das partes, contrárias aos parâmetros de lealdade e de cooperação impostos pela boa-fé objetiva. Deverá, assim, o julgador exprobrar as pretensões dos segurados relativas a procedimentos claramente não cobertos pelos contratos, bem como os abusos consistentes nas solicitações de realização de pouca ou reduzia eficácia, que poderiam ser substituídos por outros mais módicos, mas que produzam efeitos semelhantes". *In:* CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 106-107.

[456]"Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução os princípios de probidade e boa-fé". *In:* BRASIL. Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso: 13/01/2015.

condutas impostas pela boa-fé [...]". E, por fim, notadamente, o Princípio funciona como limite ao Direito dos contratantes, impedindo condutas antiéticas.[457]

Quanto à Função Social do Contrato, deve-se notar, pois, que esta surgiu da oposição ao liberalismo. A CRFB/88, a partir do Direito de propriedade em seu art. 170[458], passou a impor nas relações jurídicas a harmonização dos interesses privados dos contratantes com os interesses de toda a Sociedade na qual o contrato é celebrado. Dito de outro modo, a liberdade individual apequenou-se em prol do avanço social.[459] Não prosperando, por isso, cláusulas contratuais que violem direta ou indiretamente os interesses sociais vigentes, vale dizer, a Sociedade ganhou relevância ímpar.

Voltando ao particular do Código, este progride igualmente no que diz com a proteção do contratante, porquanto ordena que, havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, estas deverão ser interpretadas em favor do contratante. Aliado a isso, disciplina a hipótese de contratos de adesão que estabeleçam cláusulas de renúncia antecipada a Direitos, de forma a reputar nulas essas cláusulas sempre que violem a sistemática e os Princípios do novo diploma civil.[460]

De mais a mais, o Código disciplinou a equivalência das prestações[461], supremacia da ordem pública[462]; e, de outro lado, a obrigatoriedade dos contratos[463]. Inicialmente, a aparente configuração de um conflito entre essas regulações contratuais previstas no código, cede lugar a uma análise na qual se constata

---

[457]CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 103-105.

[458]BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 13/01/2015.

[459]RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 22.

[460]BRASIL. Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso: 13/01/2015.

[461]"[...] A margem normal do lucro é tolerada. Não se permite a vantagem escandalosa, o negócio desastroso. Mesmo os autores adversários da lesão do direito não são irredutíveis. [...] Em síntese, necessário proceder com honestidade nos negócios jurídicos. O Contrato, em essência, e por definição, é um congresso de vontade para formar um ato jurídico e não expediente de exploração do homem pelo homem". *In:* RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 22.

[462]"Embora a regra mais importante seja a autonomia da vontade, há restrições impostas por leis de interesse social, impedindo as estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, as quais não ficam subjugadas à vontade das partes". *In:* RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 22.

[463]"É irredutível o acordo de vontades, conforme regra consolidada no direito canônico, através do brocardo '*pacta sunt servanda'.* Os contratos devem ser cumpridos pela mesma razão que a lei deve ser obedecida. Ou seja, o acordo das vontades, logo depois de declaradas, tem valor de lei entre os estipulantes, e impõe os mesmos preceitos coativos que esta contém". *In:* RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 22.

apenas uma mitigação da obrigatoriedade dos contratos em razão da equivalência das prestações e supremacia da ordem pública, bem como dos demais Princípios estatuídos pelo Código.[464]

Ao lado desse princípio, e em conjunto com os demais aqui tratados, sobreleva-se o princípio da obrigatoriedade dos contratos. Esse preceptivo assenta que os contratos serão cumpridos pela mesma razão que a lei será obedecida, quer dizer, uma vez livres para contratar, as partes contratantes estão vinculadas ao que declararam, torna-se um dever que, em regra, não será mitigado por terceiros alheios aos contratantes.

Em consequência, neste ponto não é ocioso tecer rápida consideração ao dirigismo contratual – aqui entendido tanto aquele legal como judicial –, como mecanismo de controle do individualismo contratual. Assim sendo, por força da

---

[464]Tome-se nota da seguinte decisão a esse respeito: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. NEGATIVA DE COBERTURA DAS DESPESAS RELATIVAS A ÓRTESES E PRÓTESES DE QUALQUER NATUREZA AO ARGUMENTO DE QUE SÃO EXCLUÍDAS DA COBERTURA CONTRATUAL. *RELATIVIZAÇÃO DO PACTA SUNT SERVANDA*. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE FORMA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. COBERTURA DEVIDA. DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. 'O contrato de plano de saúde materializa a relação de consumo existente entre a Unimed e o usuário. Deste modo, há de se reconhecer a incidência do Código de Defesa do Consumidor, e a consequente mitigação do pacta sunt servanda, sendo inadmissíveis as cláusulas contratuais que violem o equilíbrio e a igualdade das partes' (AC n. 2006.006345-7, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, DJ de 7-11-2006). *'O princípio do 'pacta sunt servanda', ou da força obrigatória dos contratos, nos ajustes submetidos à égide da legislação consumerista vê-se relativizado, para propiciar a revisão das cláusulas ajustadas, sempre que sejam elas contratadas contra os princípios da equidade e da boa-fé, para que sejam elas extirpadas do contexto da avença*' (AC n. 2004.019049-2, de Tubarão. Rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 26-5-2006). Ora, inegável que a cláusula VII, 7.1, que dispõe: 'Não são cobertas por este contrato as despesas relativas a: n) marca-passo, lente intraocular, aparelhos ortopédicos, válvulas, próteses e órteses de qualquer natureza' fl. 88; é abusiva, seja pela inexistência de informação adequada e por restringir genericamente a responsabilidade da Unimed, seja pela restrição que ela representa, afrontando a Carta Magna quando preceitua que a seguridade social será franqueada à livre iniciativa, sem prejuízo do princípio da universidade da cobertura e do atendimento. CONTRATO FIRMADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N. 9.656/1998. APLICABILIDADE AOS AJUSTES FIRMADOS ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. ARTS. 10, § 2.º E 35, DA MENCIONADA LEI. OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE NÃO DEMONSTROU QUE POSSIBILITOU A MIGRAÇÃO DO CONTRATO. 'Os Tribunais têm reiteradamente entendido pela aplicabilidade das disposições da Lei n. 9.656, de 3-6-1998, aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, isso porque, na forma do arts. 10, § 2.º, e 35 da citada lex, todas as contratações deveriam ser ajustadas aos comandos da mencionada legislação, cujo ônus da prova acerca do oferecimento da mudança de plano para adaptação à nova lei competia à empresa operadora do plano de saúde'. (AC n. 2009.031510-4, rel. Des. Stanley da Silva Braga, DJ de 16-11-2011)". (TJSC, Apelação Cível n. 2011.073989-9, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 20-11-2012). (sem itálico no original). A despeito de a decisão fundar-se no CDC, apresenta indiretamente os pilares do Código Civil, pois tanto este diploma, quanto o CDC têm por escopo efetivar os dispositivos constitucionais. Daí assemelharem-se em certos momentos, como o da decisão citada. Veja-se que se falou em interpretação favorável ao aderente, relativização do *pacta sunt servanda*, equidade, boa-fé, equilíbrio, livre iniciativa e outros pontos.

necessária igualdade material no âmbito dos contratos, o Estado vem intervindo com frequência nas estipulações contratuais, e, assim, ditando regras rígidas nesse desiderato de igualdade. Paralelamente, o Judiciário vem sistematicamente anulando total ou parcialmente avenças que antes eram protegidas pela autonomia privada e pelo *pacta sunt servanda*, ou seja, adscrevem-se jurisprudencialmente cláusulas diretórias, vedando objetivos leoninos e estabelecendo preferências tidas pelos magistrados por almejáveis e justas.[465]

No entanto, não raras são as hipóteses em que se evidencia – sob o pálio de buscar isonomia entre os entes contratantes – a formulação de um efeito colateral de desequilíbrio econômico entre a prestação e a contraprestação e com certo afastamento do direito e da segurança jurídica apto a conjecturar em uma crise que circunda o Poder Judiciário nacional.[466]

Ao negar efeito ao contrato, transforma-se por comando judicial um seguro de natureza privada em social, e o Poder Judiciário age como um interventor das relações econômicas substituindo-se na relação entre sujeitos particulares. Como efeito inegável de tal prerrogativa opera-se uma legalização de indenizações por riscos excluídos que golpeia patrimonialmente um dos polos da relação contratual que, no jargão econômico, implica em aumento do passivo sem a receita correspondente, ignorando-se a essência dessa atividade que é lucrativa ou que no caso das cooperativas, tem que ser no mínimo equivalente, cobrindo os custos.

Neste viés e enquadramento, mister referir o contrato de seguro, que se reputa importante à compreensão da essência dos contratos oferecidos no âmbito da Saúde Suplementar – a despeito de esses terem configuração própria em razão da especificidade do mercado no qual são celebrados.[467] Até porque o art. 777 do Código Civil[468] prevê que o disposto no Capítulo referente ao contrato de seguro

---

[465]RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 33.

[466]Essa discussão será aprofundada no momento oportuno. Por ora: cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

[467]Existem "[...] tradicionalmente, duas formas de cobertura: ou pelo reembolso de despesas com liberdade de escolha de quem presta os serviços, caracterizando o seguro-saúde; ou pelo credenciamento de médicos e hospitais, para os quais se encaminha o segurado que receberá o tratamento médico-hospitalar, tendo-se aí, os planos de assistência. Nessa última espécie, os serviços médicos e hospitalares organizam-se através de convênios. As pessoas signatárias do contrato pagam, mediante contribuições mensais, o dispêndio com os serviços médico-hospitalares futuros. *In:* RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 893.

[468]BRASIL. Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em

aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias, a exemplo daqueles relacionados à Lei dos Planos de Saúde.[469]

O art. 757 do Código Civil disciplina que, por meio do contrato de seguro, o segurador obriga-se, mediante o pagamento de prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra riscos predeterminados.[470-471] Em outras palavras, o contrato de seguro é destinado a garantir que o segurado esteja a salvo de riscos previstos.[472] Não ocorre, pois, uma transferência do risco do segurado para a seguradora; pelo contrário, o risco continua na esfera jurídica do segurado, apenas a seguradora obriga-se a, em caso de sinistro, arcar com as consequências perniciosas do risco efetivado, como, por exemplo, consequências do acidente ocorrido ou da Saúde violada por moléstia.[473]

Com efeito, tem-se que a regulação – embora mereça destaque por sua intrincada sistemática – ainda tem inúmeros pontos omissos e falhos, que dão azo a demandas judiciais. Se esses pontos forem colmatados e reparados, a quantidade de demandas relacionadas ao mercado de Saúde Suplementar certamente sofrerá redução. Hoje, é visível o problema da incerteza diante dos casos. Os próprios julgadores se veem, não raro, diante de casos não respaldados pela lei, de maneira a os resolverem conforme sua consciência ditar – o que é discutível, no mínimo, por força do Estado Democrático de Direito e dos Direitos e garantias fundamentais

---

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 13/01/2015.

[469]"Embora centrada a Lei n.º 9.956 na regulamentação dos planos de assistência a saúde, não se pense que está afastado o seguro-saúde, tanto que a Res.- RDC n.º 65, de 16.04.2001, expressamente trata das sociedades especializadas em saúde, desde que constituídas sob forma de sociedades anônimas, as quais ficam submetidas às normas da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP e ao Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP." *In:* RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 33.

[470]BRASIL. Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso: 13/01/2015.

[471]A título ilustrativo, vejam-se as seguintes decisões: "A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado". (REsp. n.º 229.078-SP, da 4.ª Turma, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 9.11.1999, DJU de 7.02.2000); e, por fim, "Seguro-saúde. Doença preexistente. AIDS. Omissa a seguradora, cabe-lhe responder pela integralidade das despesas médico-hospitalares havidas com a internação do paciente, sendo inoperante a cláusula restritiva inserta no contrato de seguro-saúde". (Resp. n.º 234.219-SP, da 4.ª Turma, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 15.05.2001, DJU de 20.08.2001). Ambas as decisões disponíveis em http://www.stj.jus.br/portal_stj/. Acesso: 13/01/2015.

[472]"Art. 759. A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco". *In:* BRASIL. Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso: ...

[473]RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 841.

previstas na Constituição Brasileira vigente.

Quando o caso apresentado encontra eco no ordenamento jurídico, o que vem paulatinamente ocorrendo, visto que a normatização realizada pela ANS cresce exponencialmente, surge o problema da lei em si, pois [...] faltou ao debate sobre a lei de regulamentação de saúde suplementar [...] discutir que modelo seria possível implementar levando-se em conta os aspectos técnicos fundamentais para a construção de operações com sustentabilidade econômica e com qualidade de atendimento aos usuários".[474]

Afirma CARLINI,

> O debate que antecedeu a regulamentação deixou de lado os aspectos técnicos essenciais para a efetividade do binômio eficiência e sustentabilidade, para beneficiar os aspectos políticos e econômicos. A prioridade ao debate técnico poderia ter permitido a gênese de um modelo plural para atendimento de realidades regionais bastante diferentes em um país de dimensões continentais, sem protagonismo do setor econômico, mas também sem protagonismo dos setores que acreditam sem nenhuma base técnico-científica ser possível exigir da saúde suplementar a integralidade do atendimento à saúde, sem atender aos custos que decorrem dessa premissa.[475]

A comprovação da interferência de entes externos com interesses variados, sobretudo o Poder Executivo, é vista no histórico de tramitação do projeto de lei 4.425/94[476] e nas sucessivas medidas provisórias que foram editadas para

---

[474]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 66.

[475]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 66.

[476]"Com a finalidade de analisar e proferir parecer sobre esse Projeto de Lei (Projeto de Lei 4.425/94), foi instituída uma Comissão Especial. O Relatório dessa Comissão foi aprovado pela Câmara dos Deputados, retornando, no final de 1997, ao Senado Federal, no qual se originou o processo legislativo, com 36 artigos, admitindo a exclusão de cobertura por doença preexistente, congênitas e infectocontagiosas, bem como prevendo aumento de mensalidade em razão da mudança de faixa etária etc. Ocorre, entretanto, que no intervalo de tempo entre a aprovação do texto na Câmara e o início dos debates no Senado, assume o Ministério da Saúde o Senador José Serra, havendo uma mudança de orientação do Governo sobre o tema da saúde suplementar. Até então, o Governo Federal apoiava a aprovação do Substitutivo do relator, para que a regulação do setor de planos de saúde ficasse a cargo da Susep, órgão do Ministério da Fazenda. Esse ponto, além de outros relativos às disposições contratuais nas relações entre empresas e consumidores de planos, era alvo de críticas por parte de vários segmentos da sociedade, principalmente, os órgãos de defesa do consumidor. O projeto aprovado foi alvo de intenso debate no Senado e havia demanda para que se reiniciassem as discussões do texto votado na Câmara, por ter ele sido completamente descaracterizado. No entanto, isso demandaria muito tempo e causaria um adiamento da edição da lei. O então Ministro José Serra, em audiência pública realizada na Comissão de Assuntos Sociais, propôs a aprovação integral do texto aprovado na Câmara e comprometeu-se a fazer as modificações

regulamentar as disposições contidas na lei[477]. Diante disso, autoriza a concluir que faltou técnica quando da elaboração e tramitação do projeto que culminou na Lei dos Planos de Saúde e que muitos dos problemas que são postos diariamente diante dos juízes e tribunais decorrem desse sincretismo de interesses que norteou o processo legislativo.

Com efeito, segundo o art. 2 da Lei 9.656/98, os planos privados de assistência à Saúde destinam-se ao fornecimento ou prestação de serviços – ou cobertura de custos assistenciais – a preço anterior ou posteriormente avençado, "[...] 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 [...]", com a finalidade de assistência médico-hospitalar e odontológica, cujo pagamento integral ou parcial das expensas da operadora contratada dá-se "[...] mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor".[478]

A lei impõe requisitos aos contratos de assistência privada à Saúde[479] e seguro-saúde[480]; cria mecanismos de regulação relacionados às autorizações

---

necessárias por Medida Provisória, para solucionar os pontos pendentes da lei aprovada, entre eles a criação de um órgão específico para a regulação do setor de saúde suplementar dentro do Ministério da Saúde, órgão este com vocação eminentemente técnica" *In:* GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007. p. 38.

[477]"Em 04 de junho de 1998, o governo colocou em vigor a Medida Provisória 1.665, publicada em 05 de junho, que continha as mudanças elaboradas pelo Executivo e que teoricamente contemplariam os interesses dos múltiplos setores de mercado de saúde suplementar. Essa medida provisória foi sucedida por 44 outras, sendo a última a MP 2.177-44, de 24 de agosto de 2001. A Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, alterou a sistemática da edição de medidas provisórias no Brasil e, em razão disso, até que o Congresso Nacional retome o assunto essa medida provisória será considerada válida como a lei que regula o setor de saúde suplementar no país. [...] A Medida Provisória em vigor causa insatisfação em todos os segmentos: consumidores, operadoras de saúde, entidades médicas, prestadores de serviço. A sensação que une os diferentes setores é de que todos perderam, embora uns sempre apontem outros como ganhadores". *In:* CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 67.

[478]BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso: 13/01/2015.

[479]"Podemos conceituar o contrato de plano privado de assistência à saúde como o pacto celebrado entre a entidade e o beneficiário, no qual este se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária e periódica, ainda que de forma indireta, sob forma de benefício salarial, ao passo que aquele se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus financeiro, tão somente, nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente cobertas". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 167.

[480]"[...] o seguro-saúde se trata do pacto celebrado entre a seguradora de saúde e o respectivo segurado, no qual este se obriga ao pagamento do valor pecuniário de contratação estipulado na

prévias[481], coparticipação[482], direcionamento[483], porta de entrada[484] e franquia[485]; fixa os requisitos para acesso de dependentes aos planos familiares[486]; estipula prazos legais de carência contratual[487], bem como requisitos ligados à portabilidade[488] e vigência contratual; delineia regras relacionadas às doenças e

---

apólice, bem como do valor de franquia, quando estiver previsto, ao passo que aquele se obriga a pagamento do prêmio, quando da ocorrência de enfermidades contratualmente cobertas". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 170.

[481]"Trata-se de exigência que obriga o beneficiário a solicitar antecipadamente à operadora a chancela para realização de determinados procedimentos clínicos, laboratoriais ou cirúrgicos". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 184.

[482]"[...] se traduz em uma parcela de pagamento, além da mensalidade, para custear parte da despesa de um procedimento, sendo que o valor não pode corresponder ao pagamento integral do procedimento. Trata-se da cota de pagamento que cabe ao consumidor pela realização de um procedimento, isto é, trata-se da parte efetivamente paga pelo consumidor à operadora de plano ou seguro privado de assistência à saúde e/ou operadora de plano odontológico, referente à realização do procedimento médico coberto". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 185.

[483]"O direcionamento, referenciamento ou hierarquização de acesso consiste em impor que a realização de consultas, exames ou internação previamente determinados na rede credenciada ou referenciada. Cuida-se da definição pela operadora de que determinados procedimentos só podem ser obtidos pelo beneficiário em prestadores credenciados ou referenciados indicados e preestabelecidos." *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 184.

[484]"A porta de entrada é um mecanismo por meio do qual a operadora avalia e gerencia o encaminhamento do consumidor para a realização de procedimentos. Pela prática deste mecanismo, o beneficiário, antes de se dirigir a um especialista, tem que procurar um médico generalista que será responsável por autorizar ou não a realização de um procedimento específico e decidir se há necessidade de encaminhamento para outro profissional especialista". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 184-185.

[485]"Trata-se de prestação pecuniária, previamente estabelecida em contrato, até o qual a operadora não tem responsabilidade de cobertura, tanto para reembolso, quanto para o pagamento direto à rede credenciada. Tais valores não podem corresponder ao pagamento integral do procedimento pelo consumidor". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 185.

[486]Neste plano, o titular do "[...] contrato pode estender seus benefícios assistenciais aos dependentes que compõem sua respectiva entidade parental". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 191.

[487]"Por carência entende-se o período em que o consumidor não tem direito a algumas coberturas após a contratação do plano, isto é, trata-se do lapso de tempo, contratualmente previsto e respaldado na legislação, que decorre entre o início do contrato (assinatura) e a efetiva possibilidade de utilização dos serviços". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 205.

[488]"[...] pode-se definir a portabilidade como o direito de um beneficiário de plano de saúde, que já tenha cumprido período de carências em uma operadora, mudar de plano sem a necessidade de cumprir novos prazos de carências e sem a imposição de período de Cobertura Parcial Temporária – CTP para as doenças e lesões preexistentes." *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 206.

lesões preexistentes[489]; põe fim às discussões acerca do conceito dos institutos urgência[490] e emergência[491], justo que os conceituou expressamente; e, por derradeiro, determina critérios rígidos no concernente aos reajustes[492] contratuais.

Os contratos de Plano de Saúde detêm características[493] que os distanciam dos demais contratos, sobretudo em razão do objeto da prestação, que é o Direito Fundamental à Saúde.

Ademais, o contrato de Plano de Saúde detém Função Social relevante, eis que deve primar por equilíbrio econômico-financeiro, evitando que uma parte angarie ilicitamente benefícios em prejuízo de outrem. "[...] Assim, para evitar que a circulação de riquezas redunde em empobrecimento para uma das partes envoltas, o direito garante a isonomia econômica por meio de normas cogentes".[494]

Por fim, destacam-se se as espécies de planos (contratos) que podem ser celebrados à luz da legislação de Direito de Saúde Suplementar.

O plano individual ou familiar é aquele celebrado entre um indivíduo,

---

[489]"Doenças e lesões preexistentes – DLP são aquelas que o consumidor ou seu responsável sabia ser portador, na época da contratação do plano de saúde. Em outras palavras, são todas as patologias de conhecimento prévio dos respectivos portadores à época de ingresso no plano". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 218.

[490]Conforme o art. 35-C, II, da Lei 9.656/1998, a urgência decorre dos casos "resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional". *In:* BRASIL. Lei dos Planos Privados de Assistência à Saúde, de 3 de junho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso: 13/01/2015.

[491]Segundo o art. 35-C, I, da Lei 9.656/1998, caracterizam emergência os casos que "implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente". *In:* BRASIL. Lei dos Planos Privados de Assistência à Saúde, de 3 de junho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso: 13/01/2015.

[492]"[...] anualmente o ente regulador, em ato conjunto com o Ministério da Fazenda, divulga índice que representa o teto de reajuste linear que as operadoras podem aplicar em relação aos contratos de planos privados de assistência à saúde". *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 247.

[493]"[...] plurilateralidade: necessariamente a obrigação contratada assume feições bilaterais, nos contratos individuais e familiares, assumindo feições multilaterais nos planos coletivos. É de se ressaltar que, na hipótese de contratação coletiva, permanece o vínculo bilateral entre a entidade que opera o plano privado de assistência à saúde e o contratante. [...] trato sucessivo e prazo indeterminado: trata-se de contrato cujos efeitos se protraem no tempo, sem que haja rescisão ou solução de continuidade no vínculo contratual pelo seu decurso. [...] onerosidade: é contrato que, necessariamente, envolve pagamento pecuniário, sucessivo e mensal. [...] comutatividade: encerra obrigações mútuas para as partes contratantes. [...] adesão: trata-se de contrato no qual, via de regra, não há espaço para negociação por parte do contratante [...] aleatoriedade: trata-se de obrigação de risco para a empresa, isto é, probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro." *In:* FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 168.

[494]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 155.

pessoa natural, e a operadora de planos de saúde, para cobrir serviços médicos à pessoa natural do contratante e seus dependentes. O plano coletivo por adesão consiste nos opcionais ofertados por uma pessoa jurídica aos seus membros, empregados, sindicalizados e outros. O plano coletivo empresarial designa a modalidade de contrato celebrado por pessoas jurídicas com a finalidade de atender a uma massa populacional específica, com quem mantém vínculo empregatício, associativo ou sindical.

Cada modalidade de contrato referida açambarca dada cobertura assistencial, que pode ser integral do plano-referência ou integral por segmento.

A modalidade de cobertura assistencial integral do plano-referência "[...] constitui o padrão de assistência médico-hospitalar porque conjuga a cobertura ambulatorial, hospitalar e obstetrícia, sendo de oferta obrigatória por todas as entidades que atuem no mercado de suplementação dos serviços de saúde".[495] Dito de outro modo, a lei regente dispõe que "[...] a operadora de plano de saúde deve oferecer, obrigatoriamente, aos consumidores o plano referência, que garante assistência nos segmentos ambulatorial, hospitalar e hospitalar com obstetrícia, sendo relevante instrumento de simetria informativa para os beneficiários e o mercado".[496]

Destaque-se que a lei proíbe a venda de planos com coberturas e predicativos superiores às do plano-referência, por exemplo, cirurgias estéticas.

A modalidade de cobertura por segmento consiste nas assistências médicas relacionadas às espécies ambulatorial[497], hospitalar[498], hospitalar com

---

[495]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 177.

[496]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 177.

[497]"Engloba apenas os atendimentos realizados em consultório (consultas) ou ambulatório (procedimentos ambulatoriais), definidos e listados no rol de procedimentos médicos, inclusive exames. Outrossim, por atendimento ambulatorial entende-se todo aquele, tais como, curativos, primeiros socorros, pequenas cirurgias, exames, entre outros, a enfermos que podem locomover-se por meios próprios, sem a intervenção de terceiros". *In*: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 173.

[498]"Compreende os atendimentos realizados sob regime de internação hospitalar, isto é, atendimentos nos quais os enfermos necessitam ser acomodados no nosocômio para tratamento e/ou observação. Este plano não inclui cobertura ambulatorial." *In*: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 174.

obstetrícia[499] e odontológica[500].

Entretanto, observa-se que, ao sopesar a pretensão contida na demanda judicial, há forte inclinação em desconsiderar as previsões dos planos contratados e seguir cegamente a opinião do médico. Sobre o tema, leciona CARLINI:

> No processo de assimetria de informações, a tendência é considerar a opinião do médico como autoridade máxima, o que se torna ainda mais forte em razão do fato de que a lei, no Brasil, como vimos, concede aos médicos autoridade exclusiva para determinados atos. Remanesce, ainda, em boa parte da sociedade o imaginário social de que o médico, o 'doutor', é alguém acima das mazelas cotidianas e focado exclusivamente para a busca do que há de melhor para o paciente.[501]

Tais circunstâncias pois, autorizam toda a sorte de decisões judiciais, que a partir de uma indicação de um único profissional, uma cirurgia estética é enquadrada como reparatória; procedimentos clínicos viáveis e com eficácia são substituídos por inovações muito mais onerosas e com eficácia duvidosa, medicamentos ainda em fase experimental são aceitos como plenamente eficazes.

Somente para ilustrar tal realidade, em trabalho publicado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, por meio de sua Gerência de Avaliação Econômica de Novas Tecnologias, foram procedidos estudos dos novos medicamentos e sua precificação, baseados na análise comparativa de eficácia terapêutica entre o medicamento novo e os medicamentos já comercializados no Brasil.

De acordo com os resultados apresentados entre os anos de 2004 e 2011, verificou-se que: os que são tidos como inovadores, que possuem patente depositada no Brasil e que apresentaram vantagem terapêutica constituem uma média menor do que 2 produtos ao ano, correspondendo a um pouco mais de 3% dos produtos analisados pela GERAE à luz da Resolução CMED nº 2, de 2004. Dos

---

[499]"Engloba atendimentos realizados durante a internação hospitalar e os procedimentos relativos ao pré-natal e à assistência ao parto [...]." *In*: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 176.

[500]"Inclui apenas procedimentos odontológicos realizados em consultório, como os seguintes exames: clínico, radiológico, de prevenção, dentística (restaurações), endodontia (tratamento de canal), periodontia (tratamento de gengiva), bem como cirúrgico". *In*: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 176.

[501]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 97.

novos medicamentos lançados nesse período, no Brasil, 97% (419 em 433) não possuíam patente e/ou não comprovaram qualquer tipo de ganho terapêutico em relação aos medicamentos que já se encontravam em comercialização no mercado brasileiro.[502]

Em torno dessa relação contratual, pois, transcendem-se as partes originárias do contrato – contratante e operadora do Plano de Saúde – e incluem-se nessas relações o governo como agente regulador, a indústria e os fornecedores, cuja pressão mercadológica se espraia por todos os atores da relação, as instituições e os profissionais da saúde, os doentes e seus familiares.

Nesse contexto, o Poder Judiciário decidi – em última forma e a partir de uma única condição, tendo por base a requisição ou indicação médica – impondo uma alocação não planejada e não prevista de recursos sem os necessários fundamentos técnicos e sem perquirir acerca da eficiência para atendimento ao mal que aflige o paciente[503].

CARLINI se aproxima das razões pelas quais nos encontramos neste estado de coisas, com as quais se compartilha:

> Ainda não há um debate franco sobre a prática médica como prática de sujeitos que estão expostos a um só tempo a pressão para curar, para baixar custos, para ter uma vida compatível com os muitos anos de estudo a que foram submetidos, para recomendar remédios, para se atualizar, para implementar novas tecnologias e, na atualidade, enorme pressão para não ser processado judicialmente por equívocos cometidos que, muitas vezes, sequer são equívocos mas resultados adversos de um tratamento corretamente aplicado.[504]

Estabelecidos os parâmetros e especificidades do Contrato de assistência privada à saúde, suas modalidades e seu enquadramento no cenário jurídico brasileiro atual, seguem-se considerações acerca da relação de consumo

---

[502]http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/31cbde804e311d5694ddb7c09d49251b/trabalho+balan%C3%A7o+resol+2.final.15.Jan.2013.pdf?MOD=AJPERES. Acesso: 19/12/2014.

[503] Não é possível ignorar indicações terapêuticas para aplicação de tratamento quimioterápico experimental em pacientes portadores de tumor cerebral em estágio avançado da doença e em coma, cuja determinação judicial atende a uma requisição médica para aplicação de 10 sessões, que muitas vezes, sequer chega à segunda ou terceira pelo óbito do paciente.

[504]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 97.

estabelecida por esse contrato, entre o beneficiário do plano e a operadora deste.

2.5 RELAÇÃO DE CONSUMO E OS CONTRATOS PRIVADOS DE SAÚDE

Os primeiros movimentos pró-consumidor se deram na França, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos[505] – cada qual com sua contribuição determinante.

No entanto, foi só em 15 de março de 1962, com o Presidente Kennedy dos EUA, que o consumidor passou a ser reconhecido como sujeito de Direito; não mais mera estatística. Deve-se isso ao discurso do referido presidente, segundo o qual: “Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas [...]. Mas são o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos”.[506] Não é por outro motivo que esse dia é desde então considerado o Dia Mundial do Consumidor.

Após essa manifestação presidencial em prol dos consumidores, com efeito, os países em geral começaram um movimento no intuito de tutelar os consumidores.

Destaque-se, nesse ponto, a atuação da Comissão de Direito Humanos das Nações Unidas, que em sua 29.ª sessão, realizada no ano de 1973 em Genebra, reconheceu vários Direitos básicos do consumidor, muitos dos quais estão previstos atualmente no art. 6.º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Seguindo a mesma trilha, a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa elaborou a Carta de Proteção ao Consumidor, que tratou da reparação dos danos causados aos consumidores. Nessa mesma quadra da história, alguns movimentos consumeristas começaram a despontar no Brasil. Em 1974, foi criado o Conselho de Defesa do Consumidor (CONDECON), no âmbito do Rio de Janeiro. Com efeito, outros Estados também criaram os seus Conselhos e Associações no intuito de resguardar os Direitos consumeristas.[507]

---

[505]CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 4-5.
[506]Disponível em http://www.jfklibrary.org/JFK/Historic-Speeches.aspx. Acesso: 16/10/2013.
[507]CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 6-7.

Entretanto, foi só após o advento da CRFB/88 e o mandado constitucional de proteção ao consumidor previsto no art. 5.º, XXXII, que se implantou, de fato, a defesa do consumidor no Brasil. Além do que, paralelamente, os brasileiros começaram a ter a visão de que possuem Direitos relacionados ao consumo e que, com efeito, os fornecedores têm deveres a serem respeitados.

Os consumidores, desse modo, estavam protegidos na qualidade de sujeito de Direito hipossuficiente, ou seja, consistem estes na parte frágil da relação de consumo, não se admitindo mais o seu tratamento desumano. Antes de tal movimentação em prol dos consumidores, estes eram tidos como meros índices pela indústria e fornecedores em geral.

A necessidade de tal tratamento desponta como óbvia, eis que o mercado produtivo e justo depende de consumidores e fornecedores unidos por uma relação equilibrada. Não obstante se saiba que fornecedores e consumidores são forças díspares e indissociáveis, deve-se, antes disso, reputá-los como seres humanos detentores de Direitos Fundamentais, sobretudo este último por ser a parte frágil (hipossuficiente) da relação consumerista.

Neste ponto, ressalte-se que a aplicação do CDC nas relações jurídicas havidas pela assistência privada à Saúde nem sempre é prevalente, eis que esse diploma protetivo não se aplica à totalidade das hipóteses relacionadas ao referido mercado. Veja-se o exemplo do REsp 1.102.848/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 03/08/2010, no qual não se aplicou o CDC na relação estabelecida entre empregador contratante de seguro-saúde e segurada contratada, ao argumento de estar-se diante de relação comercial; e não consumerista.[508]

[508]RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE DE REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES – PLANO EMPRESARIAL – CONTRATO FIRMADO ENTRE O EMPREGADOR E A SEGURADORA – NÃO APLICAÇÃO DO CDC - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - E DA HIPOSSUFICIÊNCIA NA RELAÇÃO ENTRE AS EMPRESAS CONTRATANTES – CONTRATO ONEROSO – REAJUSTE – POSSIBILIDADE – ARTIGOS 478 e 479 DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - Trata-se de contrato de seguro de reembolso de despesas de assistência médica e/ou hospitalar, firmado entre duas empresas. II - A figura do hipossuficiente, que o Código de Defesa do Consumidor procura proteger, não cabe para esse tipo de relação comercial firmado entre empresas, mesmo que uma delas seja maior do que a outra e é de se supor que o contrato tenha sido analisado pelos advogados de ambas as partes. III - Embora a recorrente tenha contratado um seguro de saúde de reembolso de despesas médico-hospitalares, para beneficiar seus empregados, dentro do pacote de retribuição e de benefícios que oferta a eles, a relação da contratante com a seguradora recorrida é comercial. IV - Se a mensalidade do seguro ficou cara ou se tornou inviável para os padrões da empresa contratante, seja por variação de custos ou por aumento de sinistralidade, cabe ao empregador encontrar um meio de resolver o

Com efeito, merecem destaque alguns dos avanços trazidos pelo CDC. Inicialmente, deve-se cuidar do Princípio da boa-fé objetiva, eis que basilar dentro da estrutura de proteção do código. O Princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 4.º, tem como finalidade compatibilizar interesses aparentemente contraditórios, estabelecendo, para tanto, o dever de as partes agirem conforme parâmetros de honestidade e lealdade. Desse modo, o Princípio funciona como um *standard*, ou seja, independe de verificação da má-fé subjetiva do fornecedor ou consumidor. Portanto, sempre que o juiz encontrar dificuldade na análise do caso concreto, deve levar em conta a boa-fé objetiva – na qualidade de ideal apriorístico – e, assim, buscar identificar qual o modelo previsto para aquele caso, ou seja, qual a resposta adequada/justa ao caso em face dos imperativos do código. De fato é um instrumento genérico que dá ampla liberdade ao juiz.[509]

Outro aspecto inolvidável é o rol de Direitos básicos previstos no art. 6.º, do qual constam, *grosso modo*: a proteção da vida, Saúde e segurança; a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços; a garantia de liberdade de escolha e da igualdade nas contratações; a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, máxime sobre os riscos que apresentem; a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva; a modificação das cláusulas contratuais de ofício pelo juiz sempre que estabeleçam prestações desproporcionais, bem como a revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, inclusive aos necessitados; a facilitação da defesa de seus Direitos por meio da inversão do ônus da prova; e, por fim, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.[510]

Assim, a consequência lógica da existência de Direitos básicos do

---

problema, o qual é de sua responsabilidade, pois é do seu pacote de benefícios, sem transferir esse custo para a seguradora. A recorrida não tem a obrigação de custear benefícios para os empregados da outra empresa. V - A legislação em vigor permite a revisão ou o reajuste de contrato que causa prejuízo estrutural (artigos 478 e 479 do Código Civil – condições excessivamente onerosas). Não prospera o pleito de anulação da cláusula de reajuste, pois não se configura abusividade o reequilíbrio contratual. VI – Recurso especial improvido.
Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19134246/recurso-especial-resp-1102848-sp-2008-0274493-2/relatorio-e-voto-19134248. Acesso: 20/11/2013.

[509]NUNES, Rizzatto, **Curso de direito do consumidor**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 181-184.

[510]BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso: 13/01/2015.

consumidor é a existência de deveres básicos do fornecedor. Toda vez que o fornecedor violar Direito básico do consumidor, estará deixando de observar um dever básico seu, e, portanto, ser-lhe-á imposta determinada consequência por essa grave violação.

Ao lado do art. 6.º funciona o art. 51, prevendo as cláusulas abusivas, muitas delas inclusive violadoras dos Direitos básicos do consumidor, merecendo, portanto, anulação/glosa. São abusivas as cláusulas que: impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços, ou impliquem renúncia ou disposição de Direitos; subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga; transfiram responsabilidades a terceiros; estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade – veja-se que aqui aparece novamente a boa-fé –; estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; determinem a utilização compulsória de arbitragem; imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual Direito seja conferido ao consumidor; obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual Direito lhe seja conferido contra o fornecedor; autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor e, por último; possibilitem a renúncia do Direito de indenização por benfeitorias necessárias.[511]

Em consequência, as implicações do CDC no âmbito dos contratos de assistência privada à Saúde – e, portanto, no setor da Saúde Suplementar – são amplas, haja vista o caráter aberto do mencionado microssistema legal. Nessa trilha, afirma-se que o CDC, “[...] proclamado como uma das legislações de proteção do consumidor mais avançadas do mundo, tem evidente e notável relevância nas

[511]BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso: 13/01/2015.

relações entre usuários e operadoras de planos de saúde".[512]

Por força do citado artigo, pois, não deve haver informações enganosas ou potencialmente enganosas, pois as cláusulas contratuais que preveem o produto e suas especificações devem ser claras e objetivas, além de necessariamente terem os pontos importantes grifados e negritados. Não se aceitando, assim, que as cláusulas contratuais tenham duplo sentido.[513]

Não se desprezando os demais avanços trazidos pelo CDC, os acima referidos são nodais no sistema de proteção, porquanto qualquer demanda erigida no contexto do consumidor passará inexoravelmente por esses dispositivos.

Sua interpretação e aplicação, todavia, no caso específico dos Contratos de Saúde Suplementar, tem que necessariamente ser conjugada com a natureza jurídica de tais contratos, com a legislação de regência e, sobretudo, das singularidades do setor. Ao revés, não pode o CDC ser aplicado aleatoriamente como autorização tácita para nulificar toda e qualquer cláusula restritiva de direitos, sob a alcunha de cláusula abusiva.

---

[512]CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 112.

[513]A título de exemplo: DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO DOMICILIAR – HOME CARE. COBERTURA EXCLUÍDA. CLÁUSULA ESPECÍFICA, CLARA E DESTACADA. CONFORMAÇÃO COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. EFICÁCIA. CONTRATO DE ADESÃO. LEGITIMIDADE. OBRIGAÇÃO DE CUSTEAR O TRATAMENTO NÃO ACOBERTADO. INEXISTÊNCIA. RECUSA DA OPERADORA LEGÍTIMA. ATO JURÍDICO PERFEITO. CONTRATO BILATERAL, COMUTATIVO E MUTUALISTA. PRESERVAÇÃO DAS COBERTURAS CONTRATADAS E FOMENTADAS. 1. Conquanto qualifique-se como contrato de adesão, o contrato de plano de saúde pode alcançar exceções às coberturas oferecidas, e, desde que não remanesça nenhuma dúvida acerca das exclusões de cobertura contempladas por terem sido redigidas de forma destacada ou impregnadas em cláusula específica e guardando conformidade com o enquadramento legal que é conferido aos planos de saúde - Lei n.º 9.656/98 -, não se enquadrando as exceções nas coberturas que obrigatoriamente devem ser asseguradas, não se ressentem de abusividade, iniquidade ou ineficácia, devendo-lhes ser reconhecida eficácia como forma de ser resguardada a comutatividade do ajustado como expressão do ato jurídico perfeito e da natureza bilateral e mutualista que encerra. 2. O contrato de adesão não encontra repulsa legal, sendo, ao invés, expressamente legitimada sua utilização pelo legislador de consumo, que, de forma a resguardar os direitos dos consumidores aderentes, ressalvara simplesmente que devem ser redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legítimos de forma a facilitar sua compreensão pelo consumidor, devendo as cláusulas que redundem em limitação de direitos ser redigidas com destaque de modo a permitir sua imediata e fácil compreensão (CDC, art. 54, §§ 3.º e 4.º). (TJDF, Apelação Cível 2012.01.1.138001-8, 1.ª Turma Cível, Rel. Des. Teófilo Caetano, Pub. Em 18/09/2013). (sem grifos no original). Inteiro Teor do Acórdão Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=711634. Acesso: 21/11/2013.

2.6 ASPECTOS DE DIREITO ECONÔMICO NA RELAÇÃO CONTRATUAL DOS PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Com o intuito de aprofundar o debate das questões que, ainda que perpendicularmente, afetam ao tema desta Tese, impende-se breve incursão em alguns conteúdos econômicos que repercutem no mundo jurídico e que se não servem de causa, por certo servem para analisar os efeitos das decisões no âmbito da Saúde Suplementar, prestada por atividade econômica de natureza privada.

A Economia[514] trata basicamente não do dinheiro ou das leis econômicas, mas dos resultados de escolhas racionais, e por isso é uma ferramenta essencial para que se compreendam as implicações das normas jurídicas. Saber quais efeitos as normas terão é elementar tanto para sua compreensão, quanto para decidir quais normas devem ser estabelecidas. Daí a relação umbilical entre Direito e Economia, do que se pode afirmar resulta o denominado Direito Econômico.[515]

Para FRIEDMAN, a relação da Economia com o Direito está em ser a primeira ferramenta imprescindível para a compreensão das normas legais, pois a Economia é construída em torno da análise do efeito das regras jurídicas sobre o comportamento humano, especificamente no que tange ao comportamento racional em torno do qual são realizadas as escolhas.[516]

Assevera ainda FRIEDMAN que

> Para uma aplicação da Economia em uma parte diferente das leis, considere a indispensável garantia de habitabilidade, uma doutrina jurídica segundo a qual alguns tribunais defendem que os apartamentos devam se adequar a padrões definidos pela justiça em relação a componentes como aquecimento, água quente e, às vezes, até mesmo ar-condicionado, sejam esses componentes contemplados ou não pelo contrato – na verdade, mesmo que o contrato explicitamente não os inclua. O efeito imediato é que certos inquilinos recebem serviços que de outra forma os proprietários não forneceriam. Como resultado disso,

[514]"A Economia pode ser conceituada como a ciência social que estuda a administração dos recursos escassos entre usos alternativos e fins competitivos. [...] Dessarte, a formulação de 'leis' econômicas tem em conta um caráter estável no comportamento humano. Esta padronização comportamental humana, pressuposta na teorização econômica vigente, equivale ao comportamento do *homem econômico*, chamado assim de *homo aeconomicus.* Este retrataria a imagem do indivíduo cujas ações sempre racionais derivam exclusivamente de seus interesses econômicos dentro da sociedade". *In:* PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008. p. 31.

[515]FRIEDMAN, David Director. **O que o a Economia tem a ver com o Direito?**. Disponível em http://ordemlivre.org/posts/o-que-a-economia-tem-a-ver-com-o-direito. Acesso: 24/07/2014.

[516]FRIEDMAN, David Director. **O que o a Economia tem a ver com o Direito?**. Disponível em http://ordemlivre.org/posts/o-que-a-economia-tem-a-ver-com-o-direito. Acesso: 24/07/2014.

> alguns proprietários são prejudicados e alguns inquilinos beneficiados. Parece que o apoio ou a oposição a essa regra depende principalmente do lado em que você está. [517]

Nessa ordem de ideais, FRIEDMAN entende que "[...] a análise econômica do Direito abrange três empreendimentos proximamente relacionados: prever que efeitos algumas regras jurídicas teriam, explicar por que algumas regras jurídicas existem e decidir que regras jurídicas devem existir".[518]

PINHEIRO e SADI obtemperam que

> O embate entre Direito e Economia no Brasil cresceu na década de 1980 com a avalanche de planos econômicos e com a Constituição de 1988, que abriu para o Poder Judiciário novas (e importantes) fronteiras. Além disso, alguns dispositivos legais "abertos", no sentido de sua vagueza e abrangência, não raros no Direito, foram celebrados na nova Carta, tornando a sua interpretação cada vez mais ampla. Da conjunção entre dispositivos abertos – alguns dos quais dando a entender ser dever do Estado prover serviços públicos universais ao cidadão – e a crescente hegemonia do Poder Executivo resultou o que há de mais nefasto no sistema moderno: um enorme déficit nas contas públicas, tanto interno como externo, sem a contrapartida do crescimento econômico.[519]

Da discussão entre juristas e economistas, com suas posições antagônicas a respeito de cumprir as leis, proteger contratos e preservar o direito à propriedade, ficou evidenciado, em pesquisa realizada por CASTELAR junto a 741 magistrados brasileiros, que a maioria dos julgadores baseia suas decisões em visão política que privilegia seu papel de promotor da Justiça Social, e que ao exercer seu papel social está autorizado a romper contratos e leis. Tal posição é inversa ao que propugnam os economistas.[520]

Independentemente da óptica que se tome, é reconhecido por economistas e juristas o papel desempenhado pelo Direito na Economia, haja vista que as leis e o Judiciário têm função essencial na organização da atividade

---

[517]FRIEDMAN, David Director. **O que o a Economia tem a ver com o Direito?**. Disponível em http://ordemlivre.org/posts/o-que-a-economia-tem-a-ver-com-o-direito. Acesso: 24/07/2014.
[518]FRIEDMAN, David Director. **O que o a Economia tem a ver com o Direito?**. Disponível em http://ordemlivre.org/posts/o-que-a-economia-tem-a-ver-com-o-direito. Acesso: 24/07/2014.
[519]PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p 4.
[520]PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p 6-7

econômica.[521] Assim, a análise mais eficiente do fenômeno jurídico pode comportar a influência do Direito na Economia e a influência da Economia no Direito.

Ainda afirmam os autores citados que

> [...] o direito afeta de forma dramática a economia em face do desenho da política econômica, da determinação dos direitos de propriedade, do direito dos contratos e de sua aplicação pelo Poder Judiciário. Sem excluir outros fatores importantes com a educação e a liberdade, é o Direito uma das instituições que mais influenciam a diferença de desempenho econômico entre países desenvolvidos e não desenvolvidos. Em especial, o respeito aos contratos e à propriedade privada beneficia em muito o eficiente funcionamento da economia.[522]

O que baliza as relações entre o Direito e a Economia são os contratos, instrumentos dotados da capacidade de materializar promessas e intenções e garantir que os direitos sejam exercidos. Em tal contexto, o conceito do justo está atrelado tanto ao que é direito dos contratantes (conteúdo jurídico) como deveria também conter o que é eficiente (conteúdo econômico).

Ao discorrer sobre a importância dos contratos, lecionam PINHEIRO e SADDI que

> Numa economia moderna, todos os agentes fazem promessas continuamente, das mais variadas formas. Vendedores prometem felicidade, amantes prometem casamento, generais prometem vitória, e crianças prometem se comportar. Interessa ao sistema legal não apenas a formalização dessas promessas por meio de instrumentos conhecidos como contratos mas também a garantia de que os direitos poderão ser plenamente exercidos.[523]

O papel que o Estado tem atribuído a si para o desempenho econômico dos Países é fundamental para a criação de novas instituições, reformas das existentes, a busca de recursos, a eficiência econômica e o bem-estar social. Quando as instituições não são eficientes, propicia-se um estado de risco e incerteza que torna o mercado débil, as políticas públicas ineficazes, acarretando precariedade no sistema produtivo e distribuição de renda injusta.

---

[521]PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p 11.
[522]PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p 14.
[523]PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p 110.

Como assinala AYALA ESPINO,

> Se há dicho com razón que la eficiencia y el bienestar son processos cuya solución no depende exclusivamente de las instituciones, o del mercado, o de las políticas públicas, sino de um complejo ensamble de arreglos institucionales que son simultaneamente económicos, sociales, políticos e institucionales.[524]

Por exemplo, a política econômica na América Latina mudou de paradigma, pois os países adoram a abertura comercial como fundamento econômico. No Brasil, a oposição ganhou a primeira eleição presidencial da primeira década do século 21, porém não alterou em nada a política até então adotada; ao contrário, ao fundamento da vulnerabilidade do país em momento de globalização, impediu alterações na política econômica, de maneira que se manteve a agenda do governo e estabilidade monetária. Com isso, o Poder Judiciário brasileiro manteve, como na década anterior, o caráter de mais procurado por quem foi prejudicado por todas essas medidas econômicas e governamentais. E, ao decidir favoravelmente a esses litigantes, em detrimento das próprias políticas governamentais, o Judiciário fez com que o Poder Público voltasse a ter sua legitimidade sistematicamente questionada.[525]

Dentro desse contexto insere-se a chamada crise da justiça[526] no Brasil atual. Para a opinião pública, o Judiciário é visto como um moroso e falho prestador de serviço público. Para os gestores públicos, a instituição é vista como um óbice às finalidades governamentais e de gestão, pois as decisões judiciais cada vez mais acarretam despesas e custeios que comprometem o ajuste fiscal e a estabilidade monetária – veja-se o exemplo dos medicamentos fornecidos pelo SUS. Não bastando, o Judiciário é acusado de exorbitar seus limites de atuação e, por conseguinte, interferir no âmbito dos demais poderes e bloquear políticas

---

[524]Tradução livre da doutoranda: Tem-se dito com razão que a eficiência e o bem-estar são processos cuja solução não depende exclusivamente das instituições, ou do mercado, ou das políticas públicas, mas de uma complexa concepção de arranjos institucionais que são simultaneamente econômicos, sociais, políticos e institucionais. *In:* AYALA ESPINO, José. **Instituciones y economia. Una introducción al neoinstitucionalismo económico**. México: FCE, 1999. p. 13.

[525]FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no Século XXI**: a crise da Justiça no Brasil. p. 1. Disponível em http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf. Acesso: 24/07/2014.

[526]Em uma só frase: este vocábulo "[...] se traduz pela crescente ineficiência com que o Judiciário vem desempenhando suas três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica". *In:* FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no Século XXI**: a crise da Justiça no Brasil. p. 1. Disponível em http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf. Acesso: 24/07/2014.

democraticamente formuladas, bem de como criar e dar propulsão à Judicialização – tema de fundo deste trabalho.[527]

Pondera FARIA que

> Muitas dessas críticas talvez sejam severas e injustas. Mas isto não quer dizer que não tenham algum fundo de verdade, o que alimenta diferentes indagações sobre o futuro da instituição num contexto marcado por fortes desigualdades sociais e culturais, graves limitações fiscais e transformações radicais nos modos de funcionamento da economia.[528]

Além desses pontos, atualmente se destaca a teoria dos jogos, que deriva do âmbito econômico e hoje é amplamente aplicada nas questões jurídicas. Essa teoria foi aplicada pela primeira vez na área bélica, mais especificamente na Segunda Grande Guerra, como modelo de tomada de decisões. No entanto, recentemente, os seus pressupostos foram reavaliados e estendidos a outras áreas do conhecimento. Os responsáveis foram John C. Harsanyi, John Nash e Richard Selten, em 1994, pelo desenvolvimento da Teoria do Equilíbrio em jogos não cooperativos, e James A Mirrlees e Willian Vickery, em 1996, por sua contribuição à Teoria dos Incentivos sobre a regra da assimetria das informações.[529]

Jogo é uma situação de conflito em que dois ou mais indivíduos interagem e um deles precisa tomar uma decisão, sabendo que o outro também a tomará no mesmo tempo, sem, entretanto, existir comunicação entre ambos. Porém, a teoria dos jogos demonstra que existe uma decisão racional a ser tomada nessa situação, ou seja, a teoria dos jogos busca identificar as regras do jogo e, assim, prever as possíveis ações racionais a serem tomadas.[530]

Limitando-se especificamente aos contornos econômicos do mercado[531] e

---

[527]FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no Século XXI**: a crise da Justiça no Brasil. p. 1. Disponível em http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf. Acesso: 24/07/2014.

[528]FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no Século XXI**: a crise da Justiça no Brasil. p. 2. Disponível em http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf. Acesso: 24/07/2014.

[529]ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. **Judicialização da Saúde**: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. Disponível em http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1592/1569. Acesso: 25/07/2014.

[530]ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. **Judicialização da Saúde**: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. Disponível em http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1592/1569. Acesso: 25/07/2014.

[531]"O mercado é uma instituição jurídica. Dizendo-o de modo mais preciso: os mercados são instituições jurídicas. [...] Ao final do século XVIII, toma forma como projeto político e social e serve ao tipo de sociedade que os liberais desejavam instaurar. O mercado se desdobra: sem deixar de referir os lugares que designamos como mercado e feira, assume o caráter de ideia, lógica que reagrupa uma série de atos, de fatos e de objetos". *In*: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na**

sua relação com o objeto de análise desta Tese, - mercado de Saúde Suplementar, pode-se apontar que a perspectiva de Direito Econômico é fundamental, porque a Saúde Suplementar é uma atividade econômica e suas nuances dizem, muito mais que outros segmentos, respeito ao Direito e a Economia, de forma que a discussão sobre os problemas desse mercado deve levar em conta tal conclusão, sob pena de desconsiderar pontos importantes e elementares do funcionamento das Operadoras de Plano de Saúde e do próprio serviço prestado por elas, de natureza eminentemente privada e econômica.

Com efeito, se se levar a teoria dos jogos ao âmbito da Judicialização da saúde – e, portanto, aproximá-la do objeto desta Tese –, ver-se-á que, embora o Estado tenha assumido o papel de executor das políticas sociais e prestador de serviços públicos (Estado Social), o Judiciário ainda remanesce vinculado ao viés individualista e casuístico, eis que desconhece as implicações de suas próprias decisões em longo prazo e abstratamente. Disso decorre o desprestígio da macrojustiça em prol da microjustiça. A teoria dos jogos surge como possível solução para esse problema de racionalidade da decisão judicial, no intuito de torná-la econômica e juridicamente ordenada.[532]

Com o raciocínio de que a Saúde é direito de todos, sobretudo no âmbito da Saúde Suplementar, o Judiciário vem exercendo seu mister pela perspectiva da microjustiça e desconsiderando os aspectos econômicos em longo prazo e de uma maneira universal. O SUS já vem demonstrando as consequências dessa atitude, à medida que não se sustenta mais adequadamente, a par de seu sucateamento que por óbvio, não tem como causa a intervenção judicial, mas cuja atuação jurisdicional nos casos individuais, impõe ainda mais dificuldades de prestar o mais corriqueiro serviço, como o fornecimento de medicamentos. O que se deve perquirir com atenção e preocupação – e as circunstâncias já vêm demonstrando aos poucos, é a gradativa perda de qualidade dos serviços privados de assistência à saúde. Em outras palavras, o sistema privado de saúde caminha para a mesma direção do sistema público, em grande medida por força das decisões judiciais que rompem

---

Constituição de 1988. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27-33.

[532]ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. **Judicialização da Saúde**: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. Disponível em http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1592/1569. Acesso: 25/07/2014.

com a estrutura administrativo-financeira das Operadoras de Planos de Saúde. Decisões, *verbi gratia*, que determinam coberturas *ad infinitum*, em manifesto prejuízo aos demais beneficiários dos contratos.

CARLINI leciona que

> O debate em torno do valor econômico da vida também é presente no Brasil, onde estudos de análise econômica do direito e de direito econômico realizados em caráter científico já identificaram que não se trata de atribuir valor econômico a bens como a vida, o meio ambiente ou a segurança, mas sim, de identificar os custos necessários para defender esses bens e o grau de racionalidade que deve ser utilizado quando se trabalha com escassez de recursos.[533]

A autora explica ainda o que entende por escassez:

> Escassez não significa que não há o suficiente para atender a todos, mas sim, que haverá problemas para atender a todos de forma igualitária. Haverá escassez porque tratar a todos de forma igual implicará custos insustentáveis, mesmo que em um primeiro momento se possa dar a poucos tudo o que consideram essencial para sua qualidade de vida.[534]

Os interesses subjacentes ao mercado de Saúde Suplementar – de um lado, operadora de Plano de Saúde; de outro, beneficiário do plano – são opostos e geram conflitos não raras vezes, do que resultam as demandas judiciais. No entanto, as soluções encontradas pelos juízes para essas demandas vêm acarretando consequências não aquilatadas, pois não alinham os interesses subjacentes ao equilíbrio do contrato, despendendo toda proteção ao consumidor, em detrimento da higidez administrativo-econômica das Operadoras. Se o contrato fosse mantido em sua perfeita higidez, e assim alinhados os interesses contrapostos, seria possível solucionar tal discrepância de forma razoável e proporcional para ambos os contratantes.

Sobre o tema, leciona CARLINI que

> Em mercados complexos como a saúde suplementar em que a relação entre as operadoras de saúde, seus prestadores de serviços (médicos, hospitais, laboratórios, indústria farmacêutica, entre outros) e consumidores (usuários) é marcada por comprovada assimetria de

[533]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 84.
[534]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 84.

> informações, tanto quanto pela necessidade de cumprimento de normas atuariais sem as quais os fundos mutuais não cumprirão seu papel de sustentabilidade do sistema, a regulação cumpre o relevante papel de corrigir falhas de mercado e com isso, viabilizar o desenvolvimento econômico do setor e do próprio país.[535]

Nesse contexto, a teoria da agência, descrita em 1933 por Adolf Berle e Gardiner Means, pode ser usada para elucidar os aspectos internos dessa relação econômica estabelecida entre operadora e beneficiário de Plano de Saúde, porquanto teoriza que o problema da empresa se resume a uma situação na qual o interesse de um (beneficiário) depende da ação de outro (operadora), que é oposto e conflitante, regulado por um contrato entabulado entre ambas as partes.[536] No caso específico, ainda entraria um terceiro que tem outro interesse (Judiciário), com a clara intenção de promover Justiça Social.

Daí que a possível solução – alinhamento e harmonização dos interesses por meio de um contrato hígido – se torna complexa e de difícil alcance, sobretudo em decorrência da atual postura do Judiciário, como interventor e executor de políticas sociais – que, como se sabe, dependem de custeio e, assim, planejamento econômico.

O capitalismo racional exige que o mercado apresente calculabilidade e previsibilidade, suficientes para estabelecer previsões seguras e estáveis; do contrário, o sistema não persistirá, tampouco aqueles que operam nele.[537]

É certo que todo contrato implica em riscos econômicos, porém atualmente há muito se superou um grau de incerteza, que vai muito além de simples risco econômico do próprio empreendimento/contrato, em face das decisões judiciais no âmbito da Saúde Suplementar. Risco é a probabilidade de perda concomitantemente à probabilidade de ganho, isto é, chance de ganho e chance de perda ao mesmo tempo. Por outro lado, incerteza é algo que está fora do jogo, não é quantificável, mensurável e previsível, não há como estimar previamente o

---

[535]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 79.
[536]PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 139-140.
[537]GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 30-31.

acontecimento incerto.[538] Logo, a incerteza presente no mercado de assistência privada à saúde rompe as estruturas desse serviço, pois a previsão e organização administrativo-financeira das operadoras se torna impossível em face da incerteza crescente. Não é por outra razão que muitas operadoras já foram à bancarrota.[539]

PETTER sustenta que

> O pensamento jurídico atual revela preocupações especiais para com a questão da lucratividade. Estando os agentes econômicos vocacionados à obtenção do lucro, houve uma supervalorização deste instituto, pois as empresas são mesmo o motor da economia atual, e, seja do tamanho que forem, a ideia da busca incessante do lucro é o mote de suas investidas no mercado.[540]

Em certa medida, isso é inquestionável, sobretudo no que diz respeito à supervalorização do lucro e à sua importância atual num mercado de cunho amplamente capitalista.

A retórica em torno da demonização do capitalismo ou de sua razão de ser, que é o lucro, não tem o condão de servir de cortina de fumaça para estabelecer um discurso da decisão judicial não baseado em racionalidade, mas permeado de emoção, conformado ao peso da caneta a cada liminar concedida para obtenção de um tratamento de alto custo não contemplado no Plano de Saúde contratado.

É evidente que o enfrentamento de uma doença grave pressupõe uma busca por tratamentos, medicamentos, cirurgias e tudo o mais que pode oferecer a medicina moderna. A questão não é essa. O que submerge a partir de tal problemática é qual o custo desse enfrentamento e quem o suportará.

Para CARLINI

> Em uma decisão pessoal, posso escolher ir à completa falência e utilizar todos os recursos de que disponho e comprometer aqueles que vou ganhar nos próximos 20 anos para salvar a vida de meu pai ou de meu filho. Mas posso exigir que todo o grupo mutual faça o mesmo?[541-542]

---

[538]PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p 145.

[539]Além disso, as intervenções da ANS são crescentes, veja-se o exemplo previsto na seguinte reportagem: http://veja.abril.com.br/noticia/economia/ans-suspende-301-planos-de-saude. Acesso: 13/01/2015.

[540]PETTER, Lafayete Josué. Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. 2 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008. p. 320.

[541]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 95.

[542]"Os contratos são criados exatamente para evitar que as decisões dessa natureza tenham que ser debatidas a cada instante em que ocorrem. Mas os contratos, como a experiência já demonstrou, não

A ideia, pois, de que os direitos fundamentais não têm valor monetário, que os direitos sociais têm custos públicos e que tal raciocínio se presta tanto para a seguridade social, quanto para assistência médica ou à propriedade privada, não tem o condão de subordinar o sistema jurídico ao sistema econômico. Paradigmaticamente, na expressão de DUARTE, "almejamos manter o traçado deontológico dos Direitos Fundamentais sem, no entanto, continuar a apostar no *mito* dos Direitos absolutos".[543]

No caso dos contratos de Saúde Suplementar, um de seus alicerces é o cálculo atuarial, espécie de cálculo estatístico formulado com base em análise de informações sobre frequência de utilização, tipo de cobertura e peculiaridades do usuário, com vistas à manutenção do equilíbrio financeiro do plano e o cálculo das contraprestações.[544]

Conforme lição de CUNHA JUNIOR:

> Impor às operadoras qualquer tipo de ônus não previsto em seu cálculo atuarial simplesmente impacta o equilíbrio das mesmas, e, em última instância, do próprio SUS. O setor privado por essência requer lucro, mesmo no campo da saúde, pois se esse não existir, não haverá investidores, e, assim, não haverá manutenção ou expansão da empresa ou do mercado. Se houver fuga do capital privado do mercado de saúde suplementar, os grandes prejudicados não serão os planos coletivos ou os individuais de beneficiários de alta renda, mas sim os beneficiários da classe média de planos individuais, assim como SUS, tendo em vista que aumentará sobre ele pressão da demanda. O equilíbrio do mercado passa pelo equilíbrio econômico-financeiro das operadoras, pois sem esse estariam em risco os prestadores de serviços (hospitais, clínicas, médicos e cirurgiões dentistas), e, por consequência, a oferta ou a qualidade dos serviços. Esse equilíbrio está centrado no cumprimento dos contratos por todas as partes, os quais devem estar alicerçados na legislação e na

---

podem prever tudo em uma sociedade pós-moderna, hipercomplexa e de risco. É nesse momento que a interpretação das cláusulas contratuais à luz dos princípios constitucionais que regem os direitos fundamentais mas, igualmente à luz dos princípios técnicos que regem a sustentabilidade coletiva do instrumento de prevenção das consequências dos riscos (os fundos mutuais), deve ser colocada em ação e impulsionada pelo sentido de proteção do coletivo, da sustentabilidade aliada à qualidade de vida". *In:* CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 95.

[543]DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação**: Em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 197

[544]CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. **O Mercado de Saúde Suplementar**: a busca do equilíbrio. *In:* CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 20-40.

regulamentação da ANS.[545]

Ao se projetarem as variáveis técnicas que compõem o cálculo que visa a determinar o preço da mensalidade de qualquer das modalidades de contratos de Plano de Saúde, os custos resultantes de sua imprevisão – pelas decisões judiciais que impõem obrigações que originalmente não foram contratadas, são majorados.

HOLMES E SUSTEIN, ao analisar a posição adotada pelas Cortes estadunidenses, formulam sua teoria acerca dos direitos e seu custo, considerando que tal variável não pode ser afastada quando as cortes categorizam determinados direitos como infensos dessa conjugação:

> No podemos concebir un Estado relativamente intervencionista sin dotarlo de la capacidad suficiente para desarrollar tal intervención. ¿A qué podría deberse entonces ese prejuicio, si es que tengo razón en que realmente ha existido? Creo que se ha vinculado con tres cuestiones relacionadas, que algo especulativamente desarrollo a continuación. La primera es que, en efecto, el presupuesto se ha estudiado con frecuencia con el fin de hacer recortes y ajustes al gasto público antes que para contemplar un mayor gasto en derechos o la priorización de uno de ellos por sobre otros (salvo que ese derecho sea el de la seguridad de la propiedad). Un temor posible es que introducir en la discusión de derechos la necesidad de estudiar partidas presupuestarias termine abriendo una caja de Pandora. Podría pensarse que aceptar hablar el lenguaje de costos y beneficios generaría el riesgo de que los derechos terminen desprotegidos. Es que, en un sentido importante, es normal que existan reticencias para pensar en el costo de los derechos.[546]

A discricionariedade do julgamento que determina que o contrato seja anulado e que o serviço médico seja prestado independentemente da previsão

---

[545]CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. **O Mercado de Saúde Suplementar**: a busca do equilíbrio. *In:* CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 20.

[546]Tradução livre da Doutoranda: “Não podemos conceber um Estado relativamente intervencionista sem dotá-lo de capacidade suficiente para desenvolver tal intervenção. A que poderia então se dever esse prejuízo, se é que tenho razão que ele realmente tenha existido? Creio que tenha sido vinculado com três questões relacionadas, que algo especulativamente desenvolveu a continuação. A primeira é que, em efeito, o pressuposto tenha sido estudado com frequência com o fim de fazer cortes e ajustes ao gasto público antes que para contemplar um maior gasto em direitos ou a priorização de um deles sobre outros (salvo que este direito seja o da segurança da propriedade). Um medo possível é que introduzir na discussão os direitos da necessidade de estudar rubricas orçamentais termine abrindo uma caixa de Pandora. Poderia pensar que aceitar falar a linguagem de custos e benefícios geraria o risco de que os direitos terminem desprotegidos. É que, em um sentido importante, é normal que existam reticências para pensar no custo dos direitos”. *In:* HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Título original: The Cost of Rights. p. 21.

ajustada implica igualmente na discricionariedade no custo desse direito. Significa uma escolha em torno do bem jurídico protegido sem aquilatar qual a consequência que a decisão acarreta. É óbvio que a decisão judicial em torno de um contrato não pode ter como norteamento específico o foco econômico, não é isso que se afirma; mas que não pode desconhecer a repercussão econômica que induz quando não encontra fundamentação na norma, nem no contrato, e mesmo assim, o Julgador decide conforme sua convicção pessoal.

É isso que afirmam os mesmos autores:

> Reconocer que los derechos cuestan es una cosa; sugerir que lo que debe importar a la hora de privilegiar uno de ellos por encima de otro es *exclusivamente* su costo es otra. La reflexión central del libro se refiere al vínculo entre el goce efectivo de los derechos y la capacidad y voluntad del Estado para garantizarlo, especialmente dedicando dinero para ello. […] Lo que intento destacar es que el criterio para privilegiar el cumplimiento de un derecho por sobre otro (o entre distintas situaciones respecto del mismo derecho) debe estar guiado por algo más que el costo. Esta cuestión puede verse con claridad al analizar las dos razones que pueden emplearse para privilegiar selectivamente las libertades tradicionales (y no los derechos sociales).[547]

O que se perquire, então, nestes contornos, é que, tanto na relação prestacional indivíduo/Estado quanto nas relações horizontais, tendo à frente o Direito Fundamental à Saúde, o caráter principiológico e de fundamentalidade do direito influencia o discurso juridisdicional de forma a torná-lo sem a necessária racionalidade, contaminando a decisão que, embora, *a priori,* se justifique na Constituição, com ela não guarda fundamento.

No contexto dos Direitos Fundamentais, o Direito à Saúde e sua intrínseca relação com o Direito à Vida, conforme já tratado antecedentemente, adquire um grau de absolutoriedade infenso a qualquer outro argumento:

> En general los derechos se describen como inviolables, perentorios y

[547]Tradução livre da Doutoranda: “Reconhecer que os direitos custam é uma coisa; sugerir que o que deve importar na hora de privilegiar um deles por cima de outro é *exclusivamente* seu custo é outra. A reflexão central do livro se refere ao vínculo entre o gozo efetivo dos direitos e a capacidade e vontade do Estado para garanti-lo, especialmente dedicando dinheiro para ele. [...] O que tento destacar é que o critério para privilegiar o cumprimento de um direito sobre outro (ou entre distintas situações a respeito do mesmo direito) deve estar guiado por algo mais que o custo. Esta questão pode se ver com claridade ao analisar as razões que podem ser usadas para privilegiar seletivamente as liberdades tradicionais (e não os direitos sociais).”. *In:* HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Título original: The Cost of Rights. p. 27.

> concluyentes. Pero está claro que esos adjetivos no son sino floreos retóricos. Nada que cueste dinero puede ser absoluto. Al fin y al cabo, ningún derecho cuya defensa presuponga un gasto selectivo del dinero de los contribuyentes puede ser protegido unilateralmente por el poder judicial sin tomar en cuenta las consecuencias presupuestarias cuya responsabilidad recaerá sobre otras ramas del gobierno. Puesto que la protección contra la violencia privada no es barata y necesariamente requiere la inversión de recursos casi siempre escasos, el derecho a esa protección, presumiendo que exista, no puede ser total ni intransigente. Lo mismo vale para otros derechos individuales con los que estamos más familiarizados: los derechos de protección contra los abusos gubernamentales. [548]

Os citados autores apontam o exemplo de desapropriação por motivos de necessidade pública, e afirmam que a compensação por tal atividade só será possível se o Poder Público detiver meios financeiros; do contrário, o direito à compensação será socialmente ineficiente:

> Por ejemplo, mi derecho a una compensación por la expropiación de mi propiedad por motivos de necesidad pública no tiene ningún valor si el tesoro está vacío y no puede pagar. Si los derechos tienen costos, entonces la exigibilidad de los derechos siempre tendrá en cuenta el interés de los contribuyentes en ahorrar dinero. Y los derechos se reducirán cuando los recursos disponibles se agoten, como asimismo serán susceptibles de expandirse cuando los recursos públicos aumenten.[549]

Continuando o fio do argumento, é analisado ainda o reflexo das decisões dos Tribunais sobre a exigibilidade dos direitos, ao se afirmar que a racionalidade das decisões se engrandeceria com o reconhecimento de que os direitos dependem

---

[548]Tradução livre da Doutoranda: “Em geral os direitos de descrevem como invioláveis, peremptórios e conclusivos. Mas está claro que esses adjetivos não são senão floreios retóricos. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. No fim das contas, nenhum direito cuja defesa pressuponha um gasto seletivo de dinheiro dos contribuintes pode ser protegido unilateralmente pelo poder judicial, sem levar em conta as consequências orçamentais cuja responsabilidade recairá sobre outros ramos do governo. Como a proteção contra a violência privada não é barata e necessariamente requer a inversão de recursos quase sempre escassos, o direito a essa proteção, presumindo que exista, não pode ser total nem intolerante. O mesmo vale para outros direitos individuais com os quais estamos mais familiarizados: os direitos de proteção contra os abusos governamentais”. *In:* HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Título original: The Cost of Rights. p. 119-120.

[549]Tradução livre da Doutoranda: “Por exemplo, meu direito a uma compensação pela expropriação de minha propriedade por motivos de necessidade pública não tem nenhum valor se o tesouro está vazio e não pode pagar. Se os direitos têm custos, então a exigibilidade dos direitos sempre terá em conta o interesse dos contribuintes em economizar dinheiro. E os direitos serão reduzidos quando os recursos de esgotem, como também serão suscetíveis de se expandir quando os recursos públicos aumentem”. *In:* HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Título original: The Cost of Rights. p. 119-120.

de recursos. Veja-se:

> Los tribunales que deciden sobre la exigibilidad de los derechos razonarán de manera más inteligente y más transparente sí reconocen con toda honestidad que los costos afectan el alcance, la intensidad y la consciencia de la exigibilidad de los derechos. Y la teoría de los derechos sería más realista si examinara sin ambages la competencia por los recursos escasos que necesariamente se produce entre los distintos derechos básicos, y también entre esos mismos derechos básicos y otros valores sociales.[550]

Tal construção de ideias é rechaçada por juristas de escol que são veementemente contrários à influência de ciências não jurídicas nas decisões judiciais, como critério de fundamentação, e inclusive naquelas relacionadas à efetivação do Direto à Saúde. Nesta esteira, STRECK, adjetiva como "predador do direito", a ciência econômica, qualificando tal construção teórica como ideológica.[551]

Destarte, levando em contra os argumentos supradescritos e em outra vertente, comporta demonstrar a imprescindibilidade de conjugação dos fundamentos extraídos de ciências alienígenas para a adequada racionalização do discurso jurisdicional (sem, contudo, subordinar o direito a estas), sobretudo aquele conducente a decisões que têm por escopo concretizar direitos – mormente o Direito à Saúde, no âmbito do Contrato vinculado à Saúde Suplementar – cuja efetivação da medida material é manifestamente vinculada aos recursos monetários previamente reunidos.

A abordagem efetuada no Capítulo que ora se encerra teve como

---

[550]Tradução livre da Doutoranda: "Os tribunais que decidem sobre a exigibilidade dos direitos raciocinariam de maneira mais inteligente e mais transparente se reconhecessem com toda honestidade que os custos afetam o alcance, a intensidade e a consciência da exigibilidade dos direitos. E a teoria dos direitos seria mais realista se fosse examinada sem rodeios a competência pelos recursos escassos que necessariamente se produz entre os diferentes direitos básicos, e também entre esses mesmos direitos básicos e outros valores sociais". *In:* HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Título original: The Cost of Rights. p. 120.

[551] "Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional, o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar apenas nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. No fundo, a análise econômica do direito AED se insere no conjunto de discursos predadores do direito (e de sua autonomia) ao lado da política e da moral (lembramos o viés corretivo assumido pela moral no interior das teorias argumentativas, em especial a de Alexy). Estes podem ser denominados 'predadores externos'; já os 'predadores internos' são incontáveis e encontram terreno fértil na dogmática jurídica (senso comum teórico dos juristas) e até mesmo em algumas teorias críticas, valendo referir as teses que pretendem relativizar a coisa julgada, a substituição do direito legislado pela jurisprudencialização e, talvez o mais perigoso de todos, a discricionariedade judicial (caminho para arbitrariedades)."STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 212.

propósito contextualizar a Saúde Suplementar nos Sistemas de Saúde existentes no Brasil da atualidade, examinar a legislação que constitui o Direito de Saúde Suplementar e suas intersecções com o Direito Civil, o Direito do Consumidor e o Direito Econômico. Ao estabelecer tal viés, a abordagem específica e particular dos Contratos desse jaez propõe uma visão que pretende ser precisa ao intento proposto nesta tese.

No próximo Capítulo abre-se caminho para tratar dos aspectos teóricos relacionados aos paradigmas das decisões judiciais e aos fundamentos e pressupostos do discurso jurídico. Para tanto, serão abordadas teorias da decisão judicial de três autores cujas obras são indicadas no corpo do texto a seguir.

Os autores foram selecionados por representarem correntes doutrinárias que frequentemente são referenciadas direta ou reflexamente nos discursos jurisdicionais contidos nos julgados colacionados, os quais, implícita ou explicitamente se prestam a fundamentar as decisões judiciais sobre o tema, ainda que, conforme adiante se verá, se operam em uma vertente diametralmente contrária à racionalidade desses mesmos julgamentos.

A doutrina abordada a seguir, dentro da metodologia empregada nesta Tese e fiel aos objetivos propostos, tem assim, o propósito de estruturar uma análise crítica dos discursos jurisdicionais correlatos ao Direito à Saúde e cujos julgados são abordados no último capítulo.

CAPÍTULO 3

CONTORNOS TEÓRICOS NAS OBRAS SELECIONADAS DE HANS KELSEN, ROBERT ALEXY E RONALD DWORKIN

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A decisão judicial é resultado do discurso desenvolvido pelo membro do Poder Judiciário, no sentido de verificar e/ou alterar, criar, extinguir, ou nulificar a situação fático-jurídica submetida à sua análise, de modo a resolver o conflito estabelecido entre indivíduos e expedir normatização concreta para o caso.

Na área da saúde, o avanço tecnológico, mormente da medicina e das experiências científicas, acaba por ampliar as perspectivas dos casos levados a julgamento. Doenças até então incuráveis são tratadas; a expectativa de vida cresce e, com ela, a necessidade de tratamentos do novo homem da modernidade.

Por via de consequência, as relações sociais tornam-se cada vez mais complexas e a norma jurídica, cada vez mais insuficiente para regê-las. No peculiar Direito da Saúde Suplementar, grassam as dificuldades. Diversas leis esparsas diluem o raciocínio jurídico e compartimentam a construção de uma doutrina capaz de fundamentar a decisão judicial.

O que se pretende aquilatar são exatamente os paradigmas[552] que servem de base aos raciocínios desenvolvidos por juízes e tribunais quando do momento da prolação de uma decisão judicial. Isso porque "O raciocínio judicial tem sido discutido intensamente nos últimos anos e foram expostos métodos que se excluem entre si. [...]".[553]

Os paradigmas são norteados pela filosofia que se adota; os

[552]"O vocábulo 'paradigma' tem muitos sentidos diferentes. No nosso caso, fazemos referência aos modelos decisórios que têm um *status* anterior à regra e condicionam as decisões." *In:* LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título Original: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 36.

[553]LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título Original: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 157.

jusnaturalistas raciocinam diversamente dos juspositivistas, e assim sucessivamente.

Neste Capítulo serão destacadas correntes doutrinárias que embasam a construção jurisprudencial brasileira, com relevo à atual celeuma existente no âmbito das decisões que envolvem o tema da Saúde Suplementar.

LORENZETTI leciona que “O sistema atual abre um amplo campo para o intérprete, que deve ‘reconstruir’ o direito do caso mediante um processo de seleção de leis, costumes, normas administrativas, normas constitucionais, princípios e valores. O problema é como deve fazê-lo, o que nos leva ao estudo da decisão judicial e da argumentação jurídica [...]”.[554]

Interessante notar, sobretudo no âmbito da Saúde Suplementar, que, não raro, o julgador se vale de uma Interpretação hermética, isto é, aquela que surge “[...] pela revelação de um princípio oculto, sem nenhum limite. A partir de determinado ponto de vista, qualquer coisa tem relação de analogia, continuidade e semelhança com qualquer outra. Percebe-se um excesso de assombro, uma tolerância, um apressamento evidente na homologação de diferentes relações [...]”.[555]

Na lição de LORENZETTI,

> Em um sistema tão aberto como o ora descrito, tudo é possível, qualquer argumentação parece legítima, e resulta muito complexo encontrar critérios de validação do discurso. O problema é que a atividade interpretativa se sustenta tão-somente (sic) na subjetividade do intérprete, e as referências ao texto são meramente instrumentais, para fundamentar uma decisão que já foi tomada antes mesmo da sua leitura.[556]

Importante destacar, conforme ainda o mesmo autor, os principais problemas apresentados pelos paradigmas, como a “[...] falta de controle por parte do cidadão, uma vez que permanecem ocultos; falta de articulação entre as distintas visões; expansão de paradigmas concebidos para uma realidade para outras

---

[554]LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título Original: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 35.

[555]LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título Original: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 68.

[556]LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título Original: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 68.

realidades distintas".[557]

Partindo-se de tal raciocínio, colima tratar-se, inicialmente, dos paradigmas que embasam os raciocínios desenvolvidos quando da prolação das decisões judiciais e, assim, reflexamente perquirir sobre aqueles praticados corriqueiramente no momento de fundamentar uma decisão, de modo que, no Capítulo seguinte e último desta Tese, colacionam-se algumas decisões judiciais destacadas, a título ilustrativo, prolatadas no âmbito da Saúde Suplementar, e procura-se dimensionar como uma teoria crítica pode auxiliar na construção de uma jurisprudência fundamentada nas especificidades do Direito de Saúde Suplementar.

Para tanto, destacam-se três pensamentos jurídicos que influem implícita ou explicitamente nas decisões judiciais dos Tribunais no âmbito brasileiro, mormente naquelas que adquirem especial relevo ao tema aqui desenvolvido, que são os pensamentos de Hans Kelsen[558], Robert Alexy[559] e Ronald Dworkin.[560]

A escolha de obras específicas desses autores – como antes já noticiado – decorre da sua reflexa inferência na análise crítica que se pretende desenvolver e também da construção teórica levada a efeito pelo autor brasileiro Lenio Luiz Streck em suas obras Verdade e Consenso[561] e Hermenêutica Jurídica em Crise.[562]

STRECK formula um diagnóstico segundo o qual se operou a recepção dessas teorias de forma equivocada no Brasil, além da reunião inadvertida dessas recepções em conjunto com o aparato teórico dworkiniano, do que resultou o fenômeno denominado pelo autor de mixagem teórica, que se efetiva no momento

---

[557]LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título Original: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 37.

[558]KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título Original: General theory of law and state; KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. Título Original: Allgemeine Theorie der Normen; KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre.

[559] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte.

[560] DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously; e DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título Original: A Matter of Principle.

[561]STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

[562]STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da produção do direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

da prolação da decisão judicial. Em outros termos, o julgador – vinculado ao contexto teórico nacional no qual está inserido – se utiliza das recepções e as une em seu discurso jurídico, com a finalidade de incorporar autoridade a esse ato decisório.[563]

Merece registro a construção teórica de WARAT, segundo o qual a dogmática jurídica é preenchida por crenças, disciplinas específicas, valores, cuja legitimação advém de entes institucionalizados como parlamento, tribunal e faculdade de direito. A isso o referido autor dá o nome de *sentido comum teórico*, que apresenta o acúmulo de práticas jurídicas institucionalizadas[564], do que resulta a recepção acrítica de teorias alienígenas, como as acima referidas.

Além disso, procura-se situar a utilização, mesmo que inconsciente, do normativismo kelseniano em conjunto com a teoria da argumentação jurídica de Alexy e amparo teórico dworkiniano.

O objetivo aqui proposto não é discorrer com profundidade sobre tais teorias, mas justamente expor um registro de sua aplicação, que, comumente, serve de base para as decisões judiciais prolatadas pelo Poder Judiciário brasileiro no âmbito da Saúde Suplementar e, por conseguinte formular uma análise crítica no intuito de fomentar a mudança de pensamento e rechaçar os equívocos relacionados.

Inicialmente, destacar-se-á o normativismo kelseniano como sendo o fundamento inicial para decidir-se conforme a vontade do julgador, à medida que o ordenamento jurídico escalonado e incompleto, nesse cenário, exigirá do operador do direito tal ação, que é reputada legítima. Em consequência, inúmeros problemas surgem. O principal – e aqui destacado – é o da discricionariedade judicial, que mais adiante será abordado, à luz das proposições teóricas de Kelsen e das decisões judiciais prolatadas no âmbito da Saúde Suplementar, dotadas em sua maioria de visível discricionariedade e protagonismo judicial.

Por sua vez, a ponderação alexyana (teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy) é usada como remédio para todas as dores, e decisões que a utilizam como fundamento não raro a desvirtuam dos pressupostos teorizados por Alexy.

---

[563] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 10-50.

[564] WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao Direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994 p. 57.

Trata-se atualmente de pôr dois valores sobre uma balança e, simplesmente, ver qual pesará mais, de modo a fazer prevalecer este em detrimento do outro. Ora, tal raciocínio conduz a absurdos e violações claras da ordem jurídica, bem como não representa de fato a teoria de Alexy, como se demonstrará a seguir.

Ao fim, abordam-se alguns excertos do pensamento de Ronald Dworkin, cujas proposições teóricas conduzem a atuação do Judiciário no sentido da intervenção em âmbito político e principiológico, abandonando fronteiras impostas pelo direito em suas escolas filosóficas serôdias — tais como o positivismo —, nas quais prevalecia o direito das leis geral e abstrata, protegido da materialidade, da ética e do justo por 'antigas fronteiras'. Tais possibilidades decorrem da distinção realizada pelo autor entre *hard case* e *easy case*, de seus argumentos em prol do julgamento político, entre outros fatores adiante abordados.

3.2 CONTRIBUIÇÃO DE HANS KELSEN[565]

Inicialmente, aborda-se a teorização da decisão judicial em KELSEN, visto que, mesmo que implicitamente, os julgadores, comumente, apoiam seu raciocínio no positivismo kelseniano, do que resulta, inclusive, sua ampla discricionariedade para julgar segundo aspectos exclusivos de sua consciência.

Com efeito, partindo-se para o ponto nevrálgico, KELSEN desenvolveu uma teoria geral do Direito em que se isenta o mundo jurídico de interferências externas, sejam políticas, morais, metafísicas ou de outras ciências, entendendo o jurista que só assim se atingiria a exatidão. Daí que questões relacionadas à justiça não poderiam participar da ciência jurídica, uma vez que não há objetividade nelas.[566] "Trata-se, na verdade, de uma paráfrase eufemística para o doloroso fato

[565]"Hans Kelsen era filho de judeus vienenses de classe média que se mudaram para Viena pouco depois de seu nascimento em Praga, em 1881. Ele se tornaria o mais importante teórico do direito de toda a Europa do século XX. Professor de direito constitucional na Universidade de Viena de 1911 a 1930, Kelsen testemunhou o colapso do Império Austro-Húngaro e o complicado nascimento de novos países na esteira da Primeira Guerra Mundial. Preparou o projeto do 'Tribunal Constitucional' da Áustria – cujo modelo foi a Suprema Corte dos Estados Unidos –, que vigorou de 1921 a 1930, e foi ele também o principal autor da Constituição de 1919 da República Austríaca. Defendeu a democracia e o pluralismo em face do totalitarismo, e fugiu do nazismo para os Estados Unidos, onde tornou-se professor de ciências políticas na Universidade da Califórnia, em Berkeley." *In:* MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism. p. 381-382.

[566]KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título Original: General theory of law and state. p. 11.

de que a justiça é um ideal inacessível à cognição humana".[567]

Portanto, com a finalidade de alcançar uma purificação e, por conseguinte, rigor científico, KELSEN limitou a ciência jurídica ao conjunto de normas que compõem a ordem positiva estatal. [568] Nas palavras do autor:

> Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. (sic) Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito 'ideal' ou 'justo'. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser; pergunta pelo Direito real e possível, não pelo direito 'ideal' e 'justo'. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico.[569]

Nesse contexto, KELSEN entendia norma jurídica como algo que deveria ser ou acontecer, quando fixa uma regra indicativa do que precisará ocorrer ou, em outros termos, da conduta humana que deverá ser realizada.[570] Em consequência, o acontecer fático é lícito quando consoante com as prescrições normativas e, no entanto, ilícito quando divergente. Portanto, a facticidade é resultado das normas estabelecidas, e não dos critérios da causalidade relacionados à natureza das coisas.

Segundo leciona KELSEN, a norma de validade última é a primeira norma que inaugurou a ordem jurídica de dado Estado e permanece lhe conferindo juridicidade.[571] Daí se conclui que as normas abaixo da Constituição só podem ter validade se com ela forem compatíveis[572], bem como esse sistema é estruturado

---

[567]KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título Original: General theory of law and state. p. 11.
[568]KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 118.
[569]KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 118.
[570]KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 5.
[571]"Todos esses atos pertencem a uma mesma ordem jurídica porque a origem de sua validade pode ser remontada – direta ou indiretamente – à primeira constituição. Pressupõe-se que a primeira constituição seja uma norma jurídica de caráter obrigatório, e a formulação da é a norma fundamental dessa ordem jurídica." *In:* KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 169.
[572]"Uma 'ordem' é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem." *In:* KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 33.

segundo um critério de validade formal[573], cuja hierarquia compreende Constituição, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, decretos, atos normativos e norma individual.[574]

Nessa ordem de ideias, a Constituição retira sua validade de uma regra superior pressuposta, que KELSEN designou como *Grundnorm* (norma fundamental).[575]

> Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação de causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm)*. [576]

Em seguida, KELSEN tece considerações sobre a interpretação jurídica, segundo o qual "A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior".[577] Com efeito, criar o Direito e aplicá-lo são exatamente a mesma atividade, porquanto para o referido autor uma decisão jurídica tem caráter constitutivo, haja vista que sempre criará norma inferior com efeitos sobre um caso específico.[578] KELSEN leciona:

> Contanto que a relação de correspondência que existe entre duas normas seja uma relação de subsunção, é uma relação lógica que existe entre o conceito mais geral (abstrato) e o menos geral (abstrato) ou entre o

---

[573]"Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. [...] Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito." *In:* KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 221.

[574]KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 247.

[575]KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 217.

[576]KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 217.

[577]KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 387.

[578]KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. Título Original: Allgemeine Theorie der Normen. p. 339-340.

> conceito geral (abstrato) e uma representação concreta (conceito individual). [...] Contanto que tal subsunção seja um processo lógico de pensamento, que se realiza na fundamentação de validade de uma norma pela validade de outra norma, a Lógica é aplicável na relação entre normas. Esta relação não é nenhuma conclusão, e sim uma relação lógica.[579]

O problema, segundo aponta KELSEN, é que as normas superiores nem sempre serão claras e completas, do que resultará a necessidade de o intérprete jurídico atuar no sentido de colmatar as lacunas deixadas por tal norma superior e, ao fazer isso, exercerá ato de vontade conducente a mais de uma possibilidade dentre todas as possíveis e lícitas existentes.[580] Eis o ovo da serpente, pois por conta disso se fundamenta e legitima a discricionariedade judicial.

KELSEN afirmava que

> A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação 'correta'. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.[581]

Diante dessa conclusão, a decisão jurídica em KELSEN é discricionária e o julgador tem amplo espaço para criar a norma individual que entender adequada às normas superiores e, por conseguinte, ao próprio caso *sub judice*.[582]

---

[579]KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. Título Original: Allgemeine Theorie der Normen. p. 339-340.

[580]KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 392-395.

[581]KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 396.

[582] Vale, aqui, a afirmação de STRECK: "Aqui é importante um esclarecimento: quando me refiro a uma ênfase semântica, estou apontando para o problema da *interpretação do direito* tal qual é descrito por Kelsen no fatídico capítulo VIII de sua *Reine Rechtslehre*. Para compreendermos bem essa questão, é preciso insistir em um ponto: em Kelsen, há uma cisão entre direito e ciência do direito que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação. De fato, também a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: *interpretação como ato de vontade* e *interpretação como ato de conhecimento*. A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua 'aplicação', *normas*. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de conhecimento – produz *proposições*. Devido à característica relativista da moral kelseniana, as normas – que exsurgem de um *ato de vontade* – terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. Esse espaço de movimentação é derivado, exatamente, do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico – por meio do qual a norma superior se manifesta – aos objetos do mundo concreto – que serão afetados pela criação de uma nova norma. Por outra banda, a interpretação como ato de conhecimento – que descreve, no plano da uma metalinguagem, as normas produzidas pelas autoridades jurídicas – produz proposições que se inter-

Entretanto, a concepção da moldura kelseniana tem sido a justificativa para argumentos que se distanciam do verdadeiro conteúdo jurídico da própria lei estabelecida formal e materialmente no Estado Democrático; a partir do entendimento pessoal em torno da margem de liberdade do julgador as decisões judiciais culminam por alterar o próprio conteúdo legislativo com o estabelecimento de sentidos que não são da lei, mas do próprio julgador.

Há muito, SIEYÈS assentou que "É impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que preencha as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é o que chamamos constituição desse corpo".[583]

No Brasil, à Constituição foi conferida, dentre outras, a finalidade democrática, de modo que "[...] ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade".[584-585]

Com efeito, o sistema brasileiro não admite a discricionariedade com base na teoria kelseniana, sobretudo ao argumento da necessária superação do

---

relacionam de maneira estritamente lógico-formal. Vale dizer: a relação entre as proposições é, essa sim, meramente *sintática*. Minha preocupação, contudo, não é dar conta dos problemas sistemáticos que envolvem o projeto kelseniano de ciência jurídica; é explorar e enfrentar o problema lançado por Kelsen e que perdura de modo difuso e, por vezes, inconsciente no imaginário dos juristas: a ideia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da 'moldura da norma'. *In:* STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

[583]SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa**: que é o Terceiro Estado? org. e introd. Aurélio Wander Bastos, trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986. Título Original: Qu'est-ce que le tiers état? p. 116-117

[584]STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da produção do direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 37.

[585]"Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda geração, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas." *In:* STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da produção do direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 37-38.

positivismo exegético (juiz como boca da lei), visto que essa modalidade de positivismo é reconhecidamente ultrapassada e antidemocrática. A despeito disso, continua presente "[...] a ideia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da 'moldura da norma'".[586]

Ao discorrer sobre a discricionariedade em Kelsen, vale o registro de DUARTE, segundo o qual para o pensamento kelseniano o juiz estaria legitimado a transpor os limites do Direito positivo, relativizando-se a diferença entre jurisdição e legislação a partir da interpretação autêntica, ou seja, elaborada pelo órgão jurídico competente.[587]

A despeito do conteúdo e vastidão da obra kelseniana, extraíram-se apenas os referenciais teóricos imprescindíveis ao contexto do trabalho ora proposto, tendo-se em mira que a abordagem foi norteada pelo intuito de propiciar terreno para a análise das decisões judiciais no âmbito da Saúde Suplementar colacionadas no Capítulo que se segue.

3.3 A DECISÃO JUDICIAL NA OBRA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

ALEXY, em sua obra Teoria da Argumentação Jurídica, busca descrever como se dá a estruturação de uma argumentação racional ou, mais especificamente, uma argumentação jurídica racional, baseando-se em arcabouços teóricos consistentes dentro da ciência jurídica, da lógica e da filosofia; e orientando-se por um referencial racional objetivo ideal.

Para tanto, o autor alemão postula que a argumentação, do ponto de vista da análise teórica, deve ser dividida em uma abordagem geral e outra especial, focada no discurso jurídico e no legal. Nesse ponto, ALEXY sugere que, ainda que haja a divisão categórica acima mencionada, deve haver também uma integração sistemática entre o discurso geral genérico e no âmbito do Direito, com a finalidade de se obter a fundamentação e validação mais racional possível nas decisões e na argumentação jurídica.[588]

---

[586]STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.
[587] DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação**: Em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 84.
[588]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da

Nesse sentido, o autor diferencia os dois tipos de discurso, jurídico e geral prático, indicando que a diferença no discurso jurídico é que este está limitado à racionalidade de proposições normativas específicas, exclusivas ao âmbito de um ordenamento jurídico. O autor cita elementos tais como a lei, precedentes, e dogmática jurídica como limitadores para o discurso jurídico, e define tal conceito como o alcunhado caso especial.

Ademais, ALEXY indica em sua obra determinados traços fundamentais da argumentação jurídica, que são a justificação interna e a justificação externa. A primeira prova ou valida uma decisão, desde que siga, de forma intrinsecamente lógica, as premissas expostas como fundamentação; ao passo que a segunda corrige as premissas com conceitos extrínsecos.[589]

Aprofundando-se mais o conceito, tem-se que a justificação interna dentro da argumentação jurídica, em sua forma mais simples, é demonstrada através de uma espécie de silogismo jurídico, o qual é exemplificado pelo autor através de normas pouco complexas do ordenamento alemão (a exemplo do § 13, ap. 1, da Lei do Soldado).[590]

Para que a justificação interna seja aplicável, contudo, o raciocínio silogístico deve encontrar amparo em pelo menos uma regra universal, isto é, partindo do princípio da justiça formal, com base no qual as regras devem tratar da mesma maneira todos os indivíduos de uma mesma categoria. Dessa regra universal a decisão jurídica deverá ainda decorrer logicamente junto a outras proposições complementares, estando a regra positivada ou não.

O autor ainda observa que a aplicação desse raciocínio lógico mais abreviado, presente na "justificação interna" no exemplo supramencionado da Lei do Soldado, é insuficiente em conjecturas de maior complexidade. Como se extrai da

---

fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 209.

[589]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 219.

[590]O referido dispositivo legal dispõe o seguinte: "§ *13 Wahrheit. (1) Der Soldat muss in dienstlichen Angelegenheiten die Wahrheit sagen.*" (Tradução livre da Doutoranda: Art. 13. Verdade. (1) O soldado deve dizer a verdade em questões de serviço.) Conforme o autor demonstra, no contexto desse dispositivo legal, todo indivíduo que preencher o pré-requisito do artigo, isto é, que for um soldado, deverá, portanto, dizer a verdade em questões de serviço. Trata-se de um silogismo simples, uma vez que é composto por um indivíduo, uma suposição de fato da norma, e um predicado indicando o que deve fazer o individuo destinatário dessa norma.

obra de ALEXY, esse esquema da fundamentação

> [...] é insuficiente em casos complicados, que se apresentam, por exemplo, (1) quando uma norma, como a do § 828, ap. 1, do BGB[591], contém diversas propriedades alternativas do fato hipotético, (2) quando sua aplicação exige um complemento por meio de normas jurídicas explicativas, limitativas ou extensivas, (3) quando são possíveis diversas consequências jurídicas, ou (4) quando na formulação da norma se usam expressões que admitem diversas interpretações.[592]

O autor ainda demonstra o esquema da estrutura lógica da justificação interna mais complexa ao esmiuçar as nove variáveis componentes do § 211, ap. 1, do *Strafgesetzbuch*, dispositivo legal que corresponde ao crime de homicídio no Código Penal alemão. Seu propósito ao fazê-lo é demonstrar que as condições — isto é, as circunstâncias em que ocorreu o crime, bem como o fato que o motivou *etc.* — devem ser analisadas individualmente, e conforme o fato se enquadrar dentro do arcabouço da norma, o operador do Direito elaborará uma série de premissas que comporão a estrutura lógica que permite a decisão ou argumento jurídico.

Para ilustrar esse pensamento, é possível trazer à tona o dispositivo equivalente no Código Penal brasileiro o Art. 121 do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e analisá-lo comparativamente. Seu *caput* indica o crime de homicídio simples com a premissa simples de matar alguém, e este primeiro componente do crime no ordenamento pátrio equivale ao silogismo jurídico mais simples, com base no Princípio da universalidade e sem a necessidade de conceitos complementares para que haja uma fundamentação ao argumento jurídico. Há, portanto, um indivíduo hipotético (que pode ser qualquer pessoa, inclusive, por se tratar de crime comum)[593], uma suposição de fato da norma (matar alguém), e um

---

[591]Conforme se extrai do BGB, o código civil alemão, o dispositivo indicado por ALEXY no trecho citado estabelece o seguinte: "*§ 823 Schadensersatzpflicht. (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet*." (Tradução livre da Doutoranda: *§ 823*. Dever de reparação de danos. (1) Aquele que, por dolo ou culpa, ilegalmente ferir ou violar a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de terceiro, está obrigado à substituição ou reparo dos danos correspondentes.) O silogismo simples não pode ser aplicado diretamente, como no caso da justificativa interna, uma vez que contém variáveis e circunstâncias hipotéticas que não podem ser resolvidas com uma regra universal ou silogismo genérico.

[592]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 221.

[593]Conforme a classificação doutrinária: "Homicídio é a eliminação da vida de outra pessoa praticada

predicado indicando o que deve fazer o individuo destinatário dessa norma (no caso, a pena de reclusão).

Ainda no que tange à aplicabilidade da justificação interna de ALEXY, utilizando-se o art. 121 do Código Penal brasileiro como modelo explicativo, cumpre notar que o § 2º. do referido artigo, ao definir as condições para que o homicídio seja qualificado, é comparável ao dispositivo alemão em seu trecho de maior complexidade,[594] o qual dispõe literalmente os conceitos complementares — no caso, a definição do sujeito ativo — para que seja possível a construção lógica de eventual decisão a respeito.

Em outras palavras, ao definir as condições em que o homicídio passa a ser qualificado — tais como nos casos em que é cometido por motivos torpes, fúteis, insidiosos, ou para assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime (art. 121, § 2º, incisos de I a V) — o operador poderá fundamentar a decisão jurídica com essas premissas, ligando-as a condições dadas e vinculadas à norma.

Cabe observar, no entanto, que as normas descritas na justificação interna, segundo o autor, não necessariamente estão positivadas, mas a fundamentação jurídica depende sempre de dispositivos normativos dados previamente, com a eventual inclusão de regras *extra legis*. De todo modo, para garantir a validade intrínseca das premissas, nesse ponto, é mais importante o desenvolvimento do raciocínio através da formulação do maior número possível de etapas, até que o caso interpretado não seja mais passível de discussão do ponto de vista lógico.

Não se busca aqui, porém, explicar ou justificar cada um das condições cumpridas. No caso hipotético, isso se evidencia pelos fatores que compõem homicídio qualificado. Isto é, estabelecer qual é a definição de um motivo torpe, por

---

por outra. [...] Sujeito ativo: Qualquer pessoa (crime comum).” *In:* DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 440.

[594]“*§ 211 Mord [...] (2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebs, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.*” (Tradução livre da Doutoranda: § 211 Homicídio. [...] (2) Homicida é aquele que, por impulso assassino, para a satisfação do instinto sexual, por cobiça ou por outro motivo fútil ou torpe; insidiosamente, com crueldade, ou outro meio perigoso; para possibilitar ou esconder outro crime; tira a vida de outra pessoa.)

exemplo, é um papel que pertence à justificativa externa.[595]

Dessa forma, conclui ALEXY que a necessidade da justificação interna está conectada à validade geral da fundamentação da decisão, de modo que se faz necessário formular explicitamente todos os pressupostos da argumentação, bem como expor quais desses pressupostos deverão ser justificados externamente.

> A exigência da dedução conduz precisamente ao contrário do ocultamento da parte criativa da aplicação do Direito: as premissas não extraídas do direito positivo aparecem explicitamente em toda sua extensão. Esse é talvez o aspecto mais importante da exigência de justificação interna. Fundamentar essas premissas não extraídas diretamente do direito positivo é tarefa da justificação externa.[596]

A justificativa externa, por outro lado, é descrita como o meio para se fundamentar as premissas usadas na justificativa interna, através de determinados métodos e regras: *"*[...] *(1) lei, (2) Ciência do Direito, (3), precedente, (4) razão, (5) empiria e (6) formas especiais de argumentos jurídicos*".[597]

Conforme a lição de ALEXY, a justificativa externa visa a buscar

> [...] a análise lógica das formas de argumentação que se reúnem nestes grupos. O principal resultado desta análise é a compreensão da necessidade e possibilidade de sua vinculação. A investigação das interconexões entre argumentos de diferentes formas deve esclarecer, sobretudo, o papel da argumentação empírica e da argumentação prática geral no discurso jurídico.[598]

Nesse ponto da construção argumentativa e teórica da decisão ou da argumentação jurídica, em que já está vencida a primeira etapa de validação intrínseca (e em que se verifica a construção coesa de elementos lógicos entre si, processo já descrito e denominado pelo autor de justificação interna), é que o aplicador ou operador do Direito deve proceder com a ponderação dos métodos e regras cabíveis, analisando sua relevância para a construção de uma argumentação

---

[595]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 222-223.

[596]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 226.

[597]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 229.

[598]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 229.

racional e lógica.

ALEXY continua sua exposição quanto à justificação externa diferenciando e especificando os seis grupos de regras que a compõem, agora denominados *cânones de interpretação, argumentação dogmática, precedentes, formas de argumentos jurídicos especiais e argumentos práticos gerais.*

Inicialmente, o autor expõe brevemente o conceito de argumentação empírica, que é uma primeira forma de justificação externa, consistindo em uma estrutura argumentativa que faz uso de enunciados de outras áreas da ciência e de uma cooperação interdisciplinar.[599]

No entanto, é importante notar que o conhecimento empírico é insuficiente para prover uma sustentação lógica em função de que não se pode sempre obter o conhecimento empírico, muito por ele depender de presunção racional (e frequentemente falta ao intérprete ou ao aplicador do Direito o conhecimento empírico para apreciar os fatos e elaborar a decisão embasada correspondente).

Adicionalmente, ALEXY explora os cânones da interpretação, isto é, as estruturas lógicas que servem como modelos para interpretação de normas e a consequente elaboração de regras (e decisões) jurídicas, sem que possuam caráter de regra. Tais cânones estão novamente subdivididos em formas concretas de argumentos — semântico, genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico — os quais se passará a resumir pontualmente abaixo.

O autor começa seu raciocínio nesse sentido indicando o *argumento semântico*, que referencia o uso da linguagem para análises específicas de normas. Isto é, a partir das regras já dispostas (convencionado nessa doutrina em linguagem lógica como R), criam-se subprodutos lógicos (o que se definiu como R') que são as interpretações de regras em função da linguagem. Essa forma de interpretação e argumentação, porém, depende muito da análise puramente semântica, de modo que os cânones seguintes servem precisamente para justificar as determinações por meio da linguagem.

Nesse sentido, ALEXY define em seguida o argumento genético, que

[599]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 230.

consiste na interpretação R' de R, que corresponde à vontade do legislador. Nesse momento se pressupõe certa finalidade em função de um sujeito ativo específico da norma, que é uma construção teórica hipotética a que se chama de 'legislador'. Porém, há certa dificuldade em estabelecer qual é a vontade do legislador, de modo que este cânone depende ainda mais de abstrações indefinidas. ALEXY demonstra a fragilidade da *argumentação genética* ao provocar certos questionamentos, abaixo transcritos:

> [...] É a totalidade dos parlamentares o sujeito da vontade em questão? Se é assim, o que ocorre se a maioria dos parlamentares não têm nenhuma ideia sobre uma determinada prescrição de um dos temas a ser legislado? Devem adotar-se as interpretações dos que, por exemplo, em um ministério, redigiram a lei e debateram nos diferentes comitês e comissões? O que ocorre se expressaram diferentes opiniões e a própria expressão destas opiniões deve ser, por sua vez interpretada?[600]

Há uma evidente dificuldade na argumentação genética, portanto, da mesma forma que na argumentação semântica, que, segundo ALEXY, se apresentam como formas especiais de argumentação empírica. Sua aplicação isolada não garante a justificação externa.

Em seguida, o autor expõe o argumento histórico, que em muito se assemelha à aplicação de precedentes no processo de fundamentação, e à validação lógica durante a elaboração de decisões e argumentos. Ressalta-se que não se trata somente de um silogismo com base em conhecimento histórico, sociológico e econômico, mas também que parte de uma premissa normativa fundamentada.

Ademais, de modo similar ao argumento histórico, o autor ainda elenca o argumento comparativo, que consiste em levar-se em conta o contexto examinado, acerca do qual se elabora uma fundamentação argumentativa, e contrastá-lo com outro similar. A diferença, entretanto, é que no argumento comparativo se faz uso do contraste entre sociedades diferentes, em vez de estados de coisas jurídicas anteriores, como no argumento histórico.

ALEXY ainda analisa o argumento sistemático, que consiste em uma

---

[600]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 236.

análise e a construção de um raciocínio jurídico pensado na relação lógica que há entre normas de um mesmo ordenamento, sem, no entanto, que se analise o aspecto finalístico dessa relação.

Para tanto, o autor expõe como último cânone o argumento teleológico, cujo cerne se propõe exatamente a analisar a presença de metas, fins ou objetivos guiando o discurso jurídico e a sua construção lógica.

Nesse ponto é interessante analisar-se novamente o argumento genético, por se tratar de uma forma de argumentação cuja base e premissa é uma construção teórica hipotética a que se chama de 'legislador', e de quem se extraem presunções de intenção para a aplicação da norma. Paralelamente, no contexto da argumentação teleológica, não se direciona a interpretação a pessoas existentes em qualquer tempo, e sim "a fins 'racionais' ou 'prescritos objetivamente' no contexto do ordenamento jurídico vigente".[601]

Isto é, ainda há um sujeito hipotético baseado em uma construção teórica que se torna um norte para a elaboração de argumentações ou discursos jurídicos, mas ele deixa de ser o legislador (ou qualquer sujeito passível de uma análise tendenciosa). Aqui se contempla o fim racional ou prescrito objetivamente no ordenamento jurídico vigente, utilizando-se uma argumentação absolutamente racional.

No que tange ao estado de coisas que se busca atingir com o ordenamento jurídico vigente — isto é, qual é efetivamente o fim racional pressuposto pela argumentação teleológica — é necessário ainda utilizar normas de tipo geral ou princípios, isto é, proposições normativas de um alto nível de generalidade.

Como conclusão deste ponto, ALEXY afirma:

> A argumentação teleológica se torna, com isso, argumentação a partir de princípios. O problema da argumentação a partir de princípios não consiste tanto na justificação dos princípios, mas especialmente no fato de a norma a ser fundamentada não se seguir em geral diretamente dos princípios. É necessária uma concreção dos princípios com a ajuda de novos enunciados normativos.[602]

---

[601]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 238.

[602]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Retomando a especificação dos seis grupos de regras que compõem a justificação externa, o autor alemão prossegue em sua exposição com a argumentação dogmática jurídica, que em suas palavras é uma "disciplina plurimensional" [*sic*] decorrente da Ciência do Direito em sentido mais estrito, ou, como ele a definiria, "[...] uma mescla de, ao menos, três atividades: (1) a descrição do direito vigente, (2) sua análise sistemática e conceitual e (3) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídico-problemáticos".[603]

A dogmática jurídica, esse conjunto de princípios estabelecidos, preceitos e máximas no âmbito do Direito, encontra na lição de ALEXY ainda mais subdivisões teóricas, mas deve-se dar especial atenção para as principais funções descritas pelo autor, como formas de dar relevância prática ao conceito: "[...] (1) estabilização, (2) de progresso, (3) de descarga, (4) técnica, (5) de controle e (6) heurística".[604]

Em apertada síntese, sustenta o autor que a estabilização visa a encontrar soluções práticas, fixas e feitas de modo que se permita sua constante reprodução. Busca-se, com isso, estabelecer determinadas formas de decisão, revogáveis de acordo com o Princípio da inércia de Perelman: cada nova solução proposta e que difira da dogmática deve conter uma nova carga de argumentação, ônus do proponente.

A função de progresso é uma dogmática ligada não somente à atividade do cientista do direito, mas também ao legislador e à evolução do pensamento jurídico valorativo na sociedade. O pensamento e o propósito dessa função é que a dogmática estabelecida se torne institucionalizada, e traga progressivamente maiores comprovações e a ampliação da discussão jurídica em dimensões tais como a temporal, objetiva e pessoal.

No que tange à função de descarga, tem-se aqui a possibilidade de comprovar os enunciados que vão sendo incorporados às decisões judiciais, o que permite seu uso no trabalho dos tribunais sem que se tenha que proceder com novas confirmações ou discussões aprofundadas a cada nova decisão. Por outro

---

Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 240-241.

[603]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 247.

[604]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 261.

lado, o autor indica que o valor dessa função da dogmática é limitado, uma vez que frequentemente é necessário eleger novos enunciados dogmáticos alternativos (e novamente fundamentá-los) ante a decisão de um caso singular.

Para a função técnica, "[...] a dogmática desenvolve uma função de informação, promove o ensino e aprendizagem da matéria jurídica e, com isso, sua capacidade de transmissão".[605] Nesse ponto, destaca o autor que se deve ensinar e contemplar a construção de alicerces teóricos gerais, bem como instituições de Direito e outros elementos da dogmática que permitam ao aplicador contemplar a totalidade das normas jurídicas concretas.

Para a função de controle, a dogmática visa a comprovar de modo sistemático a compatibilidade lógica dos enunciados entre si, assim como sua compatibilidade prático-geral. Essa função permite decidir casos de forma coesa com outros casos relacionados, aumentando a eficácia do princípio da universalidade e servindo à justiça.

Como última função positiva da dogmática, a exposição de ALEXY quanto à heurística está ligada à noção de que a dogmática pode servir como ponto de partida para soluções não contempladas em decisões anteriores. Isto é, a própria indicação da palavra no verbete do dicionário a define como "arte de inventar, de fazer descobertas; ciência que tem por objeto a descoberta dos fatos".[606] Dessa forma, busca-se iniciar novos conhecimentos e consolidá-los por meio dessa função da dogmática, eis que toda e qualquer reflexão por ela abrangida está integrada ao sistema como meio de gerar conceitos inovadores nas decisões.

Em seguida, ALEXY discorre sobre o uso de precedentes no âmbito da argumentação jurídica, expondo inicialmente a sua importância em um contexto geral, o que ele já expõe no começo do tópico a esse respeito:

> Uma teoria da argumentação jurídica que não considere o papel dos precedentes omitiria seus aspectos essenciais. A importância, pelo menos *fática,* que têm os precedentes também no Direito europeu-continental é hoje destacada em todos os aspectos. O que se discute é sua valoração

[605]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 264.
[606]HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua portuguesa**. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1017.

teórica.[607]

Nesse sentido, a discussão proposta pelo autor diz respeito ao princípio da universalidade, que preza pela aplicação da justiça de forma equânime em casos similares, embora não haja nunca casos realmente iguais. Exatamente por isso, a ponderação de ordem teórica que se deve fazer se dá ao analisar a relevância das diferenças e a mudança na valoração das circunstâncias em cada caso comparado.

Em um vértice prático, o referido autor define que há regras para o uso dos precedentes no que tange à carga da argumentação, cujo fundamento reside em dois pressupostos: "[...] (J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo. (J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação".[608]

No que tange ainda ao uso do precedente na argumentação jurídica, o autor brevemente explana técnicas de divergência, especialmente na Ciência do Direito anglo-saxão. Para tanto, indicam-se especificamente as técnicas de distinguishing e do overruling, isto é, respectivamente, a interpretação estrita à luz do precedente, ainda com a consideração de novos fatos não existentes no contexto do precedente; e a rejeição fundamentada do precedente jurídico.

Cabe levantar que todas essas situações pressupõem a necessidade de razões jurídicas, mas junto a essas técnicas faz-se necessário o acréscimo de argumentos adicionais, denominados por ALEXY de argumentos práticos de tipo geral.

O autor introduz esse conceito, último desdobramento específico do conceito geral de justificação externa, definindo que os argumentos práticos de tipo geral não são formas exclusivas ao discurso jurídico. Ao contrário; são comuns a diversas formas de argumento. O que as diferencia é o uso intenso no âmbito do Direito, especialmente com algumas técnicas específicas: "[...] a analogia, o argumentum a contrario, o argumentum a fortiori e o argumentum ad absurdum".[609]

---

[607]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 267.

[608]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 270.

[609]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Nesse ponto o autor especifica o preceito lógico-teórico que sustenta cada uma dessas formas de argumentação, bem como suas aplicações e exemplos, os quais não se entende por necessário aprofundar nesta Tese.

Finalmente, ALEXY conclui que os argumentos práticos de tipo geral constituem o fundamento da argumentação jurídica. Nas palavras do autor, “A Ciência do Direito pode ser entendida como a institucionalização estável do discurso prático sob a condição de existência de um ordenamento jurídico”.[610]

Ao traçar as linhas gerais e os pressupostos da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, é possível vislumbrar alguma desconexão com a recepção dessa teoria, sua afirmação e incorporação ao discurso jurídico e à fundamentação dos julgado, com consequências deletérias às decisões judiciais, sobretudo àquelas pertinentes ao objeto desta pesquisa, visto que fomentam o protagonismo judicial (mascarado de discricionariedade judicial) e o consequente descumprimento da legislação democraticamente estabelecida.

Com efeito, em contraste com as escolas positivistas do Direito, ora representadas pelo pensamento de KELSEN, ALEXY propõe uma reavaliação da dogmática de interpretação mecânica e da subsunção pura do caso prático em função do ordenamento jurídico.

ALEXY, especificamente ao analisar em detalhes a sua justificação externa, fala em métodos e linhas de pensamento pormenorizadas para a ponderação e aplicação de conceitos valorativos na construção da argumentação e do discurso jurídico, dando certa liberdade ao operador do Direito.

Na lição de RAMOS:

> As inconsistências e lacunas do positivismo em matéria de interpretação normativa serviram de *leitmotiv* às duras críticas contra ele desfechadas pelo moralismo jurídico, assim entendidas as propostas teóricas que, sem defender um retorno à Dogmática jusnaturalista, afastaram-se do positivismo ao postularem, em alguma medida, a coincidência entre o direito e a moral. Nesse sentido, a exacerbação da importância dos princípios constitucionais [...] não tem outra finalidade senão dotar o intérprete-aplicador de liberdade para, se necessário, corrigir (ou, em hipóteses extremas, até mesmo recusar validade) o direito posto, em

---

Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 272.

[610]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 283.

> nome de uma pretensa ordem objetiva de valores impostos pela razão (Alexy) ou pela vivência histórica de uma comunidade (Dworkin).[611]

O excerto acima transcrito trata diretamente dos princípios à luz do constitucionalismo, mas para a finalidade desta Tese, a noção de que a doutrina de ALEXY dota o intérprete-aplicador de certas liberdades hermenêuticas, para corrigir ou recusar o direito dado, aplica-se também em uma abordagem holística do Direito e, consequentemente, na construção de decisões judiciais.

Tal linha de pensamento está ligada ~~com a~~ à prática do ativismo judicial, conceito que encontra respaldo na atuação histórica das cortes dentro do sistema da *common law* e é também descrito por ALEXY em sua obra Teoria da Argumentação Jurídica (conforme exposto acima), quando o autor descreve as funções da dogmática jurídica, especificamente no que tange ao uso de precedentes.

Colocado de outra forma, como expõe STRECK "[...] todas essas teorias e propostas metodológicas do século XX nada mais fazem do que superar o positivismo exegético-primitivo".[612] Em contrapartida, como expõe o jurista gaúcho, muito do que se propõe em doutrinas que permitem maior liberdade hermenêutica encontra empecilhos na distinção entre discricionariedade e arbitrariedade.

Isto é, há uma aparente transposição (em muitos aspectos, equivocada) da discricionariedade administrativa — isto é, ato de um administrador em consonância com aquilo que lhe é permitido por lei — para o âmbito do Direito, criando-se uma espécie de discricionariedade judicial, espaço em que o julgador tem a prerrogativa e, em tese, a legitimidade para criar uma argumentação jurídica livre e sustentar sua decisão baseada em valores operados subjetivamente.

STRECK ainda descreve a desconstrução de um paradigma histórico da interpretação e aplicação da lei que periclita o princípio democrático de até então:

> [...] a força normativa da Constituição, que se manifesta pelo elevado grau de autonomia conquistado pelo direito a partir do segundo pós-guerra – pode, dependendo do *modus* compreensivo-interpretativo utilizado pelos juristas, vir a ser fragilizado ou até mesmo anulado pelo crescente aumento das posturas pragmatistas (nos seus mais variados matizes) que, a pretexto de superar o "ultrapassado" silogismo dedutivista do

---

[611]RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307.
[612]STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38.

> paradigma liberal-formal-burguês, vêm deslocando o *locus* do sentido do texto – que represente a produção democrática do direito – na direção do protagonismo (acionalista-indutivista) do intérprete.[613]

Seguindo-se a linha de pensamento de STRECK, a crítica que deve se fazer quanto à aplicação das ideias de ALEXY e os consequentes desdobramentos (como o ativismo judicial, por exemplo) não dizem necessariamente respeito à doutrina *per se*, e sim à recepção desses conceitos nos tribunais brasileiros.

Uma primeira situação exemplificativa é o do uso da *Jurisprudência dos Valores* aplicada pelo *Bundesverfassungsgericht,* o tribunal constitucional alemão. No caso do Direito teutônico, há que se observar que a *Grundgesetz* (lit.: lei fundamental, equivalente em nosso contexto normativo à Constituição) foi outorgada no período do segundo pós-guerra, em que o país estava dividido em duas polaridades (em zonas ocupadas pelos aliados dos Estados Unidos e Inglaterra e de outro lado pela União Soviética).

A lei fundamental alemã de 1949 teve sua outorga com caráter provisório, eis que o Parlamento à época contava com a reunificação posterior dos estados com ocupação soviética e a consequente necessidade de uma nova assembleia constituinte, fato que não ocorreu. A solução encontrada foi a modificação do preâmbulo e a adaptação de outros dispositivos no texto constitucional, de modo que aquela Constituição se tornasse "[...] *lei fundamental para todo o povo alemão"*.[614]

Nesse contexto, STRECK sustenta que não houve uma legitimação democrática através da ampla participação do povo alemão[615] (afirmação

---

[613]STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44.

[614]"Mit den Änderung der Präambel und des Art. 156 GG sowie der Streichung des Art. 23 GG a.F. gilt das 'Grundgesetzfür das gesamte Deutsche Volk'. Wie es in der Neufassung von Satz 3 der Präambel und des Art. 146 GG durch den Einigungsvertrag heißt. [...] Sowohl der Bundestag als auch der Bundesrat waren durch Wahlen des Volkes hierzu legitimiert. Das **Grundgesetz** ist damit **legitimierte Verfassung des wiedervereinigten Deutschland.**" (Tradução livre da Doutoranda: "Com a alteração do Preâmbulo e do Art. 146 da Lei Fundamental, bem como a revogação do Art. 23, em sua antiga redação, da Lei Fundamental, passou a valer a 'Lei Fundamental para todo o povo alemão', como ela já passa a ser denominada na nova redação da 3.ª Cláusula do Preâmbulo e do Art. 146 da Lei Fundamental. [...] Tanto o Parlamento quanto o Conselho Federal foram legitimados através dos votos do povo legitimados para tanto. A **Lei Fundamental** é, com isso, **a Constituição legitimada da Alemanha reunificada."**) (grifos no original) *In:* STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. Munique: C.H. Beck, 2000. Vol. 5. p. 1969.

[615] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas.

controvertida pela doutrina alemã que afirma o contrário[616]), o que implicou em um esforço necessário por parte do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional) para legitimá-lo.

Apesar do aparente dissenso doutrinário, há que se levar em conta que a Jurisprudência dos Valores trazida à baila por STRECK fez-se necessária na Alemanha de qualquer forma, eis que a estrutura legal da sua Constituição é, conforme o doutrinador gaúcho, extremamente fechada. Para tanto, o mecanismo de abertura encontrado teve seu fulcro teórico na referência a *valores* feita pela atividade decisória do Tribunal Constitucional alemão.

No que tange à recepção da *Jurisprudência dos Valores,* conforme se extrai da lição de STRECK, "[...] os teóricos brasileiros tomaram emprestada [dos alemães] a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores".[617]

O ponto conflitante dessa recepção da teoria original alexyana, assim como das atividades da corte constitucional alemã, é que o sincretismo teórico — isto é, a coexistência de diversas escolas teóricas a fundamentar o discurso jurídico e as decisões de tribunais pátrios — desconsidera o escopo maior proposto na Teoria da Argumentação Jurídica de ALEXY, isto é, a fundamentação lógico-racional de teses jurídicas, mesmo no caso da ponderação de valores.

No Brasil, portanto, não se utiliza uma linha de pensamento que leve em conta tais pressupostos formais e racionalizadores, deixando a jurisprudência sem uma ponderação embasada para sustentar sua fundamentação.

STRECK indica a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro no processo do *Habeas Corpus* n.º 82.424, julgado em 17 de setembro de 2003, como um exemplo do sincretismo teórico da aplicação concomitante da Jurisprudência de Valores, prática do tribunal correspondente na Alemanha, e da teoria alexyana de argumentação jurídica (que são, em tese, incompatíveis).

---

4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.48.

[616] A esse respeito, *vide* ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 283.

[617] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

Trata-se do caso de um editor de livros com suposto teor antissemita e apologético de ideias nazistas e com caráter revisionista do holocausto. O paciente desse *writ* constitucional postula não haver crime de racismo, eis que o judaísmo não corresponde a uma 'raça', e, portanto, ainda que houvesse o crime, seria este passível de estar prescrito. Ademais, a publicação dos livros que ensejaram a ação penal está resguardada por princípios de fundo constitucional, tal como a livre expressão do Art. 5.º, IX, da Constituição brasileira.

A título de contextualizar tal decisão com a tese ora desenvolvida, o ponto relevante é exatamente a colisão dos princípios em que busca amparo o impetrante do *Habeas Corpus.* Isto é, como se comporta a atividade decisória do STF diante da necessidade de ponderar, por exemplo, o valor da liberdade de expressão, tal como levantada pelo paciente ao postular seu direito de publicar os livros independentemente do teor, diante da necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana, em tese afrontada pela apologia de ideais antissemitas.

A teoria alexyana, analisada neste capítulo, é mencionada nos votos dos Ministros presentes no plenário, conforme extraído do inteiro teor do julgamento. Do voto do Ministro Celso de Mello, inclusive, se transcreve o seguinte trecho:

> Isso significa, em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método – que é apropriado e racional – da ponderação de bens e valores, de tal forma que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes penais praticadas por qualquer pessoa basta, por si só, para atribuir, ao Estado, o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas desviantes culminem por fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em ódios raciais (sem grifos no original). [618]

Resta claro que o Ministro em questão se propõe a aplicar um método lógico-racional, no qual a ponderação figuraria como uma das funções da dogmática jurídica aplicada, parte da justificação externa definida na Teoria da Argumentação Jurídica de ALEXY.

---

[618]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 82.424/RS**. Siegfried Ellwanger e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 19. mar. 2004, p. 17, ement. Vol. 2144-03, p. 524. Inteiro Teor, pp. 109 - 110. Disponível em http://goo.gl/ODxtpX. Acesso: 27/08/2014.

Nesse mesmo vértice, o voto do Ministro Gilmar Mendes, disponível no inteiro teor do acórdão acima mencionado, também indica a aplicação da doutrina alexyana para a resolução de conflitos e choques principiológicos:

> O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição de excesso" na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade na expressão de Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte,* Frankfurt am Main, 1986), coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição de determinado direito fundamental.[619]

O Ministro Gilmar Mendes examina, em seguida, três máximas que integram o princípio da proporcionalidade, à luz de seus próprios estudos. Isto é, ao analisar dois princípios constitucionais conflitantes, deve-se verificar qual resta apto para produzir o resultado desejado (adequação); se o princípio não pode ser substituído por outro cujo resultado tenha igual eficácia e menos gravidade (necessidade); e o quanto o grau de restrição de um princípio implica na realização ou não do princípio contraposto (proporcionalidade em sentido estrito).

Ao explorar essa forma de interpretação, o Ministro faz claro uso da justificação externa proposta por ALEXY. Isto é, suas máximas podem ser entendidas como *cânones de interpretação* e formas de *argumentação dogmática.* Disso, bem como dos votos de outros Ministros no mesmo processo, se pode depreender que o método lógico-racional da Teoria da Argumentação alexyana é aplicado.

No mesmo julgamento, posicionando-se de forma contrária aos demais, o Ministro Ayres Britto vota no sentido de prover o remédio constitucional ao impetrante, que analisa a questão em todos os seus pormenores, verificando, por exemplo, todas as implicações jurídicas das diferentes nuances interpretativas dadas à manifestação do paciente do *Habeas Corpus*. Isto é, se seu comportamento

---

[619]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 82.424/RS**. Siegfried Ellwanger e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 19. mar. 2004, p. 17, ement. Vol. 2144-03, p. 524. Inteiro Teor, pp. 109 - 110. Disponível em http://goo.gl/ODxtpX. Acesso: 27/08/2014.

antissemita implica no crime de racismo — tornando-o, portanto, em sujeito passivo da imprescritibilidade desse tipo penal em particular — ou não.

A questão ora analisada diz respeito à mixagem teórica, que, conforme a lição de STRECK, acarreta resultados diferentes entre si, ainda que os julgadores teoricamente façam uso do mesmo método de interpretação e construção lógico-racional, uma vez que também há interferência da *Jurisprudência dos Valores, .* "[...] ao afirmar que no julgamento do HC n. 82.424, [...] argumentos baseados na ponderação proporcionaram votos discrepantes, o que demonstra a irracionalidade da fórmula".[620]

É verdade que os Ministros fazem uso do método alexyano, e nem por isso seus votos seguem o mesmo entendimento. Isso se observa em passagens dos votos e discussões transcritos no inteiro teor do *writ* constitucional em tela, elementos como, *exempli gratia,* no caso do voto do Ministro Ayres Britto, o argumento semântico[621], histórico[622], sistemático[623] e genético-teleológico[624].

A problemática desse ecletismo metodológico encontra-se no fato de que o relativismo ponderativo não segue a tradição alexyana como se um guia hermenêutico fosse; do contrário, esse pensamento dá ensejo à discricionariedade na decisão e na construção do discurso jurídico baseado na arbitrariedade.

3.4 APORTES TEÓRICOS EM RONALD DWORKIN

Expoente da filosofia do direito liberal no âmbito político-jurídico dos Estados Unidos da América e da Inglaterra — um pensador representativo do liberalismo legal no sistema da *common law,* portanto —, DWORKIN publicou diversas obras e postulou seu pensamento no sentido de desenvolver uma

---

[620]STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas / Lenio Luiz Streck. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.
[621]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 82.424/RS**. Siegfried Ellwanger e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 19. mar. 2004, p. 17, ement. Vol. 2144-03, p. 524. Inteiro Teor, p. 488-497. Disponível em http://goo.gl/ODxtpX. Acesso: 27/08/2014.
[622]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 82.424/RS**. Siegfried Ellwanger e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 19. mar. 2004, p. 17, ement. Vol. 2144-03, p. 524. Inteiro Teor, p. 499. Disponível em http://goo.gl/ODxtpX. Acesso: 27/08/2014.
[623]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 82.424/RS**. Siegfried Ellwanger e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 19. mar. 2004, p. 17, ement. Vol. 2144-03, p. 524. Inteiro Teor, p. 462-467. Disponível em http://goo.gl/ODxtpX. Acesso: 27/08/2014.
[624]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 82.424/RS**. Siegfried Ellwanger e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 19. mar. 2004, p. 17, ement. Vol. 2144-03, p. 524. Inteiro Teor, p. 477. Disponível em http://goo.gl/ODxtpX. Acesso: 27/08/2014.

abordagem e metodologia jurídico-hermenêutica que se volta à política, promovendo "[...] a defesa das ideias de equidade, do processo legal justo e dos direitos individuais como aspectos fundamentais da legalidade."[625]

Nesse vértice, em uma de suas obras, intitulada Uma Questão de Princípio, o tema perseguido pelo autor americano é o do programa político — isto é, a influência do pensamento e ativismo político na construção de decisões e da argumentação jurídica — e a ocorrência de juízes políticos no Estado de Direito.[626]

A agenda política dos tribunais, ainda que venha a ocorrer de forma tácita e não intencional no âmbito das decisões judiciais, não é tratada como uma questão meramente incidental na obra de DWORKIN. O autor norte-americano aborda o assunto como um ponto fulcral da sua teoria liberal do direito, trazendo a questão à luz da sociologia, filosofia e economia política.

Nesse sentido, do ponto de vista ontológico do direito, segundo DWORKIN, o magistrado não pode ser definido como algum oráculo da doutrina; ao invés disso, conforme a visão sociológico-positivista na abordagem de Roscoe Pound, o juiz é percebido como um homem passível de influência e estímulos sociais e pessoais.[627]

Da mesma forma, a moderna hermenêutica — replicada, *mutatis mutandis,* na lição de DWORKIN para o âmbito jurídico — rejeita o conceito da epistemologia platônica de um observador externo independente que procura a objetividade, em favor da metafísica "[...] de um cientista comprometido que pertence a uma tradição e trabalha com os recursos intelectuais dessa tradição".[628]

---

[625]MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism. p. 496.

[626]"Quero indagar, porém, se os juízes devem decidir casos valendo-se de *fundamentos* políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas também que seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos. Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária [...]. Mas os princípios políticos em que acredita, como por exemplo, a crença de que a igualdade é um objetivo político importante, podem ser mais característicos de um partido político do que outro." *In:* DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título Original: A Matter of Principle. p. 3-4.

[627]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 7.

[628]MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism. p. 499.

Em função disso, a discussão acerca da construção do discurso jurídico na visão política de DWORKIN diz respeito especialmente ao processo decisório dos tribunais, uma vez que os juristas, segundo o doutrinador estadunidense, não veem com clareza como se deve aplicar o conceito de seguir regras na perspectiva dos juízes.

A título de exemplo, o doutrinador em tela traz à baila a polaridade dos *hard cases* e *soft cases*, isto é, casos difíceis e fáceis, respectivamente. A distinção nesse ponto é que os casos fáceis são aqueles em que aparentemente não há nada no processo de decisão além da aplicação de regras pré-existentes (e inexiste a criação de novas regras), em função de o contexto fático demandar baixo grau de indagação jurídica, filosófica ou principiológica.

Exemplo disso seria a violação de regras de trânsito, uma vez que a subsunção da infração à norma tem um processo lógico que dispensa profunda conceituação ou debates, por assim dizer, acerca dos elementos presentes no caso — o sujeito, a natureza da infração, eventual princípio que guie a aplicação da norma *etc.*

Por outro lado, há os casos difíceis, os quais o autor elucida através de decisões célebres da Suprema Corte dos Estados Unidos no século XX, tais como o caso *Regentes da Universidade da Califórnia contra Allan Bakke*.[629] Nessa decisão, o tribunal em questão teve que decidir e ponderar elementos tais como o suposto acesso constitucional à educação superior para qualquer cidadão, em oposição às ações afirmativas que privilegiavam o acesso de minorias às universidades norte-americanas.

A lição de DWORKIN sugere que os juízes "[...] tomam as suas decisões de acordo com suas próprias preferências políticas ou morais e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização."[630], assim como indicaria o pensamento do realismo legal, abordagem doutrinária mencionada nesse ponto da exposição.

Transcrevendo literalmente a posição e os questionamentos do autor a

---

[629]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 437.
[630]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 8.

respeito, tem-se que, nos casos difíceis,

> [...] a Suprema Corte apresenta razões – ela não cita leis escritas, mas apela para princípios de justiça e política pública. Isso significa que, em última instância, a Corte está seguindo regras, embora de natureza geral e abstrata? Se for assim, de onde provêm essas regras abstratas e o que as torna válidas?[631] Ou isto significa que a Corte está decidindo o caso com suas próprias crenças morais e políticas?[632]

Dito isso, DWORKIN passa a tratar a questão sob a égide da moral, eis que "[...] os problemas da teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos". Levando-se em conta esse fator, o autor cita a doutrina pós-realista de H. L. Hart[633], filósofo e jurista britânico, segundo o qual é questionável se a moral é suficiente para que um homem imponha obrigações a outro. Há, igualmente, dúvida quanto ao modo em que deve o jurista (ou o juiz, mais especificamente) seguir regras ao fazê-lo.

Para o autor, a moral individual consiste, na verdade, em um estudo preliminar da questão. Isto é, a análise dos juízos morais do homem comum deve ser ponto de partida para a avaliação crítica quanto a qual é a moralidade popular em que se assenta o direito como um todo.

À luz de discussões de âmbito do Direito Penal, DWORKIN também menciona o estudo de Hart, que aborda a questão das infrações cometidas por autores cujas faculdades mentais não estavam plenas e saudáveis. Nesse momento, a argumentação trabalhada pelo autor trata objetivamente da necessidade de elaborar decisões pensando em princípios e políticas (por exemplo, observando que a prisão de um incapaz por conta de deficiência mental pode ter como intenção a segurança pública), contrastando-a com o real poder de discernimento e arbítrio que o ser humano possui — ainda que essa seja, como DWORKIN indica, um tipo de argumentação que "[...] levanta mais problemas do que resolve".[634]

O raciocínio nesse ponto é inconclusivo. O doutrinador estadunidense discorre sobre a controvérsia quanto à distinção entre fenômenos da escolha e

---

[631]HART, Herbert Lionel Adolphus**. O Conceito de Direito**. 3 ed. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Título Original: The Concept of Law.
[632]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 8.
[633]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 12.
[634]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 19.

compulsão. Certas correntes de pensamento filosófico, por exemplo, defendem que o determinismo nos impede de exercer um real poder de arbítrio, e a extensão dessa noção ao pensamento jurídico implica que os seres humanos talvez não possuam direitos que os governos (e, por extensão, os operadores do direito) devam respeitar por obrigação moral. Afinal, o determinismo invalida exatamente a ideia da obrigação moral — isto é, não há um conjunto de valores universais que norteiem relações sociais e a conduta de indivíduos, porque tudo está subjugado ao crivo da casualidade e de leis naturais necessárias e imutáveis.

Trata-se de uma divagação incidental, e embora o autor não indique necessariamente uma conclusão, levanta tais questões

> [...] somente para mostrar que a abordagem da teoria do direito que enfatiza os princípios não pode contentar-se apenas em mostrar as ligações entre a prática jurídica e a prática social, mas deve continuar a examinar e criticar a prática social à luz de padrões independentes de coerência e sentido.[635]

Antes de ligar esse raciocínio à problemática dos princípios *per se,* ou a sua crítica do positivismo, DWORKIN inicia o próximo ponto de seu raciocínio expondo a necessidade de se elaborar um modelo de regras para direcionar os juristas, que encontrariam dificuldade em manter a solidez e segurança de instituições jurídicas e da atuação dos tribunais através de um pensamento e de um discurso coeso entre si (algo que se espelha no teor das decisões).

A dificuldade de estabelecer uma conceituação coesa e harmônica entre juristas se inicia em conceitos até mais básicos e clássicos do pensamento jurídico. O autor o demonstra analisando a distinção (ou a correlação) entre os conceitos de direito jurídico e obrigação jurídica, caracterizando-a com fragilidade e obscuridade. Não há claro entendimento, por exemplo, quanto à definição do que é de direito; se o termo obrigação é tão somente um termo técnico derivado da lei; ou mesmo se há um enunciado do direito que ligue obrigação de direito com obrigação moral.

Segundo o doutrinador americano, mesmo em casos em que não há tenuidade nos limites morais ou jurídicos do fato jurídico, como no exemplo dado pelo autor, de uma quebra voluntária de contrato ou de um assalto a banco, “[...] não somos capazes de oferecer uma exposição satisfatória do que aquilo significa ou

[635]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 20.

porque aquilo autoriza o Estado a puni-lo ou coagi-lo".[636]

Uma primeira solução para tal problemática é a apresentada pela corrente de juristas ditos nominalistas, segundo quem seria ideal ignorar a dificuldade de chegar a conceitos universais de fato para obrigação jurídica e o direito, uma vez que estes consistem em um misto de conceitos intangíveis, conscientes e inconscientes, mantidos pelos juristas "[...] em nome de uma sombria mistura de motivos conscientes e inconscientes".[637] Em vez de ocupar-nos com perplexidades e indagações conceituais dessa natureza, explica DWORKIN, para os nominalistas seria mais relevante que somente perseguíssemos os objetivos sociais aos quais se propõe o direito (independentemente de sua conceituação formal).

Os nominalistas, ao que indica, apresentam análises (tais como a sintetizada acima) que se propõem a demonstrar modelos de funcionamento real das instituições jurídicas e dos tribunais. Porém, como o autor bem pontua (com certa imprecisão histórica), a teoria do direito corrente mais aceita por juristas, especialmente em núcleos acadêmicos — em função de sua solidez e, como indica DWORKIN, por sua clareza e elegância —, é o Positivismo Jurídico, consoante às ideias de KELSEN, expostas ao início deste capítulo, popularizada também por John Austin e conceituada por H. L. Hart, ambos juristas e filósofos ingleses dos séculos XIX e XX, respectivamente.

A doutrina dworkiniana indica que o cerne da filosofia positivista é composto de poucas proposições centrais e organizadoras, as quais ele define da seguinte forma:

> [...] (a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido pelo poder público [...] (b) o conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com 'o direito' [...] (c) dizer que alguém tem uma "obrigação jurídica é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se submeta a alguma coisa.[638]

Esse, segundo DWORKIN, é tão somente o esqueleto de sua concepção

---

[636]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 24.
[637]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 25.
[638]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 28.

da teoria positivista — com a qual, aliás, nem todos os filósofos e juristas positivistas concordam —, e a título de complementá-la, o norte-americano traz para sua lição as definições dos ingleses John Austin e H. L. Hart, citados acima.

Cabe iniciar, até por uma razão cronológica, por Austin, que formula sua tese de forma abreviada, conforme DWORKIN. Para ele, a obrigação é a submissão de um sujeito a uma regra, sendo regra "[...] uma ordem de caráter geral e ordem como uma expressão do desejo de que outras pessoas comportem-se de um modo específico, desejo sustentado pelo poder e pela vontade de fazer valer essa expressão em caso de desobediência".[639]

O poder que Austin afirma ser sustentáculo das regras parte da premissa de que em cada comunidade política há um soberano, de quem emanam as ordens e regras jurídicas de modo geral, sendo passíveis de sanção os destinatários que não as obedeçam.

Importante observar que tais regras nem sempre seriam claras o suficiente, de modo que os encarregados do soberano (no caso, os juízes) deveriam ter poder discricionário para criar novas ordens diante de situações extraordinárias. A função do soberano passaria a ser, no caso, a anulação, as novas regras ou a adaptação das antigas, caso delas discorde, confirmando-as tacitamente quando não o fizer.

Tal ideia ecoa a solução do filósofo Thomas Hobbes proposta em Leviatã, em que se concebe um soberano — isto é, um ser artificial concebido a fim de concretizar o contrato social —, formado pela soma dos poderes abdicados pelos indivíduos de uma Sociedade em prol de uma ordem social.[640]

Toda essa concepção de Austin enuncia a definição do primeiro princípio do positivismo (já descrito acima, conforme citação da lição de DWORKIN), e inclusive enseja a criação de uma pergunta simples que possibilita avaliar regras

---

[639]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 29.

[640]Conforme a lição de Morrison, "O soberano será uma instituição, um corpo, mas essa unidade é artificial – uma criação. Na verdade, o soberano é uma instituição criada pelos poderes a ele transferidos, pelos membros individuais da sociedade, para agir do modo como lhe permitem os poderes dos quais se abriu mão. O soberano é criado pelo evento do contrato social. O contrato social é a metodologia que institui um 'poder comum' que pacifica o corpo social [...]." *In:* MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism. p. 111.

especiais: que ordenou o soberano?

Porém, é na simplicidade da teoria de Austin que reside seu maior defeito. Isto é, Sociedades complexas tais como as nações modernas têm em sua formação histórica e no processo de controle político-jurídico noções de poder mais complexas que não são facilmente resumíveis em um soberano. DWORKIN exemplifica essa dificuldade expondo o caso dos Estados Unidos da América — igualmente aplicável à natureza política da República Federativa do Brasil[641] —, no qual o povo seria o soberano da teoria em tela, e de igual forma se descreve a origem do poder Estado na lição de J. J. Gomes Canotilho.[642]

A complexidade do caso consiste, portanto, em entender qual seria a ordem do soberano. É impossível recorrer ao povo, haja vista sua pluralidade, ecletismo e intangibilidade, de modo que se está buscando entender as eventuais lacunas ou a aplicabilidade de seus comandos (*e.g.* nas normas constitucionais de eficácia limitada); ou mesmo com a finalidade de confirmar normas jurídicas novas ou antigas e readaptadas pela atividade de tribunais diante de *hard cases.*

Justamente em função de não haver uma resposta certa para esse ponto na doutrina de Austin, é que DWORKIN recorre ao pensamento do filósofo positivista H. L. Hart, o qual distingue a natureza das regras e postula que a eficácia das regras independe da potestade de um ente específico.

Para Hart, deve-se fazer uma análise geral das regras, o que distingue seu pensamento do de Austin por rejeitar que a natureza obrigatória da regra

---

[641]Essa noção é observável no Estado Brasileiro ao analisar-se o preâmbulo da Constituição de 1988, eis que a Carta Magna, inclusive por influência da hierarquia normativa de KELSEN, é o pilar central do ordenamento e da organização social no Brasil. Mais especificamente, a ideia de uma Assembleia Nacional Constituinte como "[...] *representantes do povo brasileiro para instituir um Estado Democrático*" consistiria precisamente nessa construção teórica de um eventual soberano plural e abstrato, ao mesmo tempo em que seu propósito — isto é, "*assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*" — parece ter reflexão do contrato social hobbesiano (uma concessão coletiva do poder individual a um ente abstrato a fim de assegurar a ordem social), mas feito à luz do pensamento moderno e no contexto *sociopolítico* e jurídico de 1988. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 12/12/2014.

[642]Quanto à origem do poder do Estado, é a lição do doutrinador português: "Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual 'todo o poder vem do povo' assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de 'charneira' entre o 'Estado de direito' e o 'Estado democrático', possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático". In:* CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 94.

dependa da força do soberano que a emanou, ou mesmo que a regra seja alguma espécie de ordem.

O desdobramento desse raciocínio leva ainda ao debate quanto à aceitação e validade das regras. Para esse autor citado, como não há o soberano ditando a obrigatoriedade de qualquer regra, elas devem ser tidas em função do consenso de uma comunidade como regras reconhecidamente obrigatórias, e isso as torna válidas e aceitas.

Nesse sentido, Hart ainda diferencia as regras como primárias ou secundárias. Inicialmente, sua lição indica que as regras primárias, a exemplo dos dispositivos penais que contêm tipos ilícitos e cominam penas, são regras que concedem direitos ou impõem obrigações; e as regras secundárias "[...] são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas".[643]

Essa distinção é relevante, pois toda a construção do conceito de Direito sugerido por Hart parte desse pensamento. Nas palavras de DWORKIN:

> As comunidades primitivas possuem apenas regras primárias e essas obrigatórias tão-somente (sic) devido às práticas de aceitação. Não se pode afirmar que essas comunidades tenham um "direito", pois, nesse caso, não há maneira de distinguir um conjunto de regras jurídicas de outras regras sociais, como exige o primeiro princípio do positivismo. Mas, quando uma comunidade desenvolveu uma regra secundária fundamental que estipula como as regras jurídicas devem ser identificadas, nasce a ideia de um conjunto específico de regras jurídicas e, com isso, a ideia de direito.[644]

Em outras palavras, Hart supera a simplicidade de Austin com o conceito de regra secundária, eis que é a forma de validar a formação das regras primárias sem que seja necessária uma construção teórica de algum soberano com essa finalidade. Faz-se, portanto, um controle político-jurídico mais sofisticado: as regras primárias têm sustentáculo nas regras secundárias, que, por sua vez, operam em plano constitucional e têm reconhecimento e validade da comunidade (e mais uma vez seria pertinente o exemplo estadunidense ou brasileiro).

O ponto em comum de ambos os positivistas ora analisados, Hart e

---

[643]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 31.
[644]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 33.

Austin, seria a visão de que regras jurídicas não são conceitos absolutamente fechados, de modo que os juízes tem a prerrogativa de exercitar sua discricionariedade diante de casos não contemplados pela moldura existente das regras do ordenamento jurídico positivado, criando, com isso, nova legislação.

DWORKIN lança um ataque contra o positivismo, usando especificamente como alvo as teorias acima sintetizadas de Hart, e particularmente no que diz respeito aos *hard cases*, e ao debate em torno de princípios e políticas como soluções, o que leva a uma aplicação irregular desses tipos de padrões. Nesse sentido, argumenta o autor norte-americano que o positivismo defende um único teste fundamental para o direito, o que cria uma lacuna no direito por ignorar tudo o que não se admite como regra.

A título de estabelecer um acordo semântico, DWORKIN importantemente define os conceitos que utiliza para atacar o positivismo. Por política, primeiramente, entende o autor que seja um padrão buscando alcançar uma melhoria econômica, política ou social de uma comunidade; e princípio consiste em "[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra moralidade". [645]

Mais importante nesse ponto do raciocínio, segundo o doutrinador norte-americano, é distinguir os princípios (em sentido genérico) de regras, o que na lição se DWORKIN é feito através de exemplos aprofundados, aqui descritos de forma resumida.

Em primeiro lugar, explica o autor que a grande diferença entre princípios jurídicos e regras é a natureza lógica. Nos termos do autor, as regras são aplicáveis à maneira do *tudo ou nada*, ou seja, uma concepção binária quanto à aplicação ou não da regra. Apesar de reconhecer que há exceções quanto a isso, esse continua sendo o quadro conceitual.

No caso dos princípios, não há esse aspecto binário ou uma divisão teórica que separe princípios como opostos ou incompatíveis entre si. Estabelece-se a noção de que, na hipótese de ser relevante para um eventual caso, o princípio deve ser considerado pelo operador do direito ou autoridade pública a título de se ter

[645]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 37.

uma razão que indique uma ou outra direção para a tomada de decisões.

Uma segunda diferença, decorrente dessa primeira, diz respeito ao peso teórico ou sua importância relativa. Se duas regras forem conflitantes, não é possível que ambas sejam válidas simultaneamente, de modo que uma delas terá que ser descartada ou reformulada. Trata-se de uma circunstância em que a solução para tal conflito dependerá de considerações alheias ou superiores às regras: outras regras, sua posição hierárquica ou cronológica, ou um princípio.[646]

Cabe notar que, apesar das diferenças acima descritas, há a possibilidade de que regras e princípios acabem por desempenhar papéis semelhantes, tendo tênues linhas de distinção entre si.

O autor cita, a título de ilustrar essa questão, o *Sherman Act,* lei antitruste estadunidense de 1890, em cuja seção primeira consta uma pena de nulidade para qualquer contrato que venha a empecer ou proibir a prática do comércio. Trata-se, no entanto, de um comando legislativo genérico, e a sua aplicação como regra ou princípio dependia de interpretação correspondente por parte da Suprema Corte. Para tanto, o tribunal em questão observou essa disposição como se tacitamente tornasse nulo o comércio que fosse não razoável, gerando uma interpretação paralela do dispositivo legal simultaneamente como regra e princípio.[647]

O discernimento, nesse caso, diz respeito à dependência que a regra pode ter de princípios e políticas extrínsecas à própria regra para que ela seja aplicável. Isso se evidencia, no caso, pelo termo razoável e demonstra, consequentemente, de que forma palavras de significado igualmente relativo — razoável, negligente, injusto e significativo — desempenham essa função.[648]

Em todo caso, o que DWORKIN busca expor diante desse raciocínio é

---

[646]"Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. (Nosso sistema jurídico [norte-americano] utiliza essas duas técnicas.)" *In:* DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 43.

[647]"Isso permitiu que tal disposição funcionasse, do ponto de vista lógico, como uma regra (sempre que um tribunal considera que uma proibição é 'não razoável' está obrigado a considerar o contrato inválido) e, do ponto de vista substantivo, como um princípio (o tribunal deve levar em consideração vários outros princípios e políticas para determinar se uma proibição particular em circunstâncias econômicas particulares é 'não razoável'." *In:* DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 45.

[648]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 45.

como têm os princípios uma natureza diferente das regras jurídicas, constituindo um tipo específico padrão, particularmente útil no processo de formação de decisões e do discurso jurídico diante de casos complexos (os *hard cases*).

Observa o doutrinador que, para fins de melhor compreender a real dimensão dos princípios, deve-se partir para a análise da sua relação com os conceitos de obrigação jurídica. Nesse sentido, depreende-se do disposto na obra Levando os Direitos a Sério que há duas opções: os princípios jurídicos podem ter seu valor percebido como o de regras, tornando-se equivalentes a obrigações jurídicas; ou pode-se negar que eles possam ser obrigatórios no mesmo sentido que regras.

A questão aqui é que, diante da primeira opção (*i.e.* princípios como regras), tem-se que juízes incorrem em erro quando não os aplicam, já que violam com isso a obrigação de fazê-lo; e na segunda, os princípios são resumos daquilo que os juízes tomam por princípio de ação nas situações que fogem dos padrões aos quais estariam normalmente vinculados.[649] Observa-se então a incidência de poder discricionário dos juízes.

Importante notar que, ao se tratar de teoria da decisão judicial e da construção do discurso jurídico nos tribunais, fala-se muito em poder discricionário dos juízes. No entanto, faz-se necessário pressupor definição mais concisa, partindo-se da obra de DWORKIN.

Na doutrina em tela, então, parte-se da premissa de que há a incidência de poder discricionário em três contextos diferentes, dando-lhe sentido fraco em duas formas e forte em uma. Para o primeiro sentido, tem-se que "os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar".[650]

Quanto ao segundo, o qual o autor também define como fraco, trata-se do caso em que a decisão autônoma de um julgador (ou de um indivíduo a executar e decidir por meio de atos administrativos) não pode ser revista por uma autoridade superior, tal como eventualmente um árbitro principal ou de instância superior.

---

[649]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 49.
[650]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 51.

Do terceiro sentido, definido como forte, por outro lado, depreende-se que o julgador (e o tomador de decisões que faz uso da discricionariedade) não somente está livre de aplicação mecânica ou de revisão por parte de autoridades superiores — tal como descrito acima —, mas também está livre de influência de comportamentos antecedentes ou de padrões já estabelecidos pela autoridade em questão.

O doutrinador, entretanto, alerta que se deve tomar o cuidado de evitar a confusão do sentido forte com a licenciosidade, o que ocorre praticamente em todas as situações em que se constrói um argumento jurídico com base na mera convicção de um julgador.

DWORKIN toma tal noção por redundante, expondo-a como lugar-comum para qualquer pessoa com afinidade às ciências jurídicas.[651] O autor estadunidense contraria o que seria a convicção dos positivistas no sentido de que esse terceiro sentido mais forte seria um *insight*, afirmando que essa doutrina não dá qualquer incidência sobre a análise dos princípios. No teor restante de sua obra nesse sentido, inclusive, DWORKIN opta por tratar do termo 'poder discricionário' conforme esse último sentido.

Em seguida ao exposto na obra em análise, haveria três argumentos positivistas para oferecer quanto à inocorrência de princípios na construção de decisões ou argumentações jurídicas.

O primeiro postula que princípios não possam ser vinculantes ou obrigatórios, o que DWORKIN imediatamente afirma constituir uma argumentação errônea. É questionável se algum princípio efetivamente obriga alguma autoridade jurídica; mas é igualmente questionável por que o mesmo princípio seria incapaz de fazê-lo. Os princípios desempenham um papel lógico e complementar ao direito positivado, eis que são padrões extrajudiciais comumente observados na atividade dos tribunais.

O segundo argumento defende que, embora alguns princípios tenham certo caráter de obrigatoriedade, há neles uma incapacidade inerente de prever resultados particulares (como o fazem as regras). Concluir nesse sentido seria igual

---

[651]"É tautológica a proposição segundo a qual, quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário para julgar." *In:* DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 55.

a aceitar que o uso de princípios por juízes na construção do discurso jurídico implicaria em discricionariedade, e não é o caso, eis que, conforme a obra de DWORKIN, um conjunto de princípios, pode, sim, prever um resultado.[652]

Como terceiro e último argumento nesse ponto, segundo o doutrinador estadunidense, um positivista acusaria a controvérsia intrínseca existente tanto no 'peso' quanto na 'autoridade' de um eventual princípio, característica esta que o tornaria inválido como lei para a construção de argumentação jurídica ou decisão. DWORKIN, por outro lado, aduz que se argumenta em favor de um princípio como amálgama de práticas e outros princípios, pensado do ponto de vista histórico e consuetudinário do direito.

Diante disso, os juristas positivistas poderiam chegar a duas conclusões: os juízes invocam princípios e, com isso, exercem o poder discricionário (nos sentidos fracos do termo); ou o fazem como se tais princípios fossem parte do direito.

À luz do posicionamento doutrinário do autor, entende-se que os positivistas habitualmente têm para si uma dicotomia entre o direito de nível superior e o de nível inferior. Isto é, princípios e políticas (que compõem a segunda categoria) não equivalem a regras; ao invés disso, são padrões extrajurídicos que os juízes escolhem conforme seus entendimentos — o que é efetivamente falso.

Esse pensamento está ligado à visão sistêmica do direito como um sistema de regras, que DWORKIN avidamente critica, insinuando que os juristas tomam as regras como a única autoridade apta a reger decisões oficiais, e que eventuais árbitros a modificar as regras o fazem conforme suas preferências típicas. Desse modo, nas palavras do autor, "[...] os positivistas tratam o direito como se ele fosse essa versão revisada do beisebol".[653]

Além disso, ao suscitar as regras de reconhecimento (que os operadores do direito invocariam para dar validade aos princípios), indica o autor a

---

[652]Nesse ponto é importante a distinção entre o papel da regra e do princípio, observando-se que este tem a *possibilidade* e aquela deve fazê-lo. Conforme extraído da doutrina: "Seja como for, somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira de não conclusiva E sobrevivem intactos quando não prevalecem". *In:* DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 57.

[653]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 62.

inobservância também de qualquer mecanismo jurídico dessa natureza nos países da *Common Law.* Da mesma forma, é impossível distinguir padrões jurídicos de padrões morais e, consequentemente, distinguir princípios de ordem jurídica ou moral.

A construção teórica do direito como mero sistema de regras, finalmente, em que pese ser dotado de uma simplicidade atraente para o aplicador do direito, impede que sejam observados modelos mais fiéis à complexidade real das práticas que constituem o direito.

Outra perspectiva utilizada por DWORKIN a fim de expor incoerências e lacunas na doutrina do positivismo jurídico diz respeito dos 'casos difíceis' (ou *hard cases,* em inglês). Novamente a questão está relacionada aos casos em que nenhuma regra positivada e disponível regula um eventual caso, de modo que o juiz "[...] legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão".[654]

Como solução, DWORKIN aponta que, mesmo na ausência de regras específicas que regulem o caso especificamente, as partes ainda assim podem encontrar respaldo no direito.

Para tanto, o jurista estadunidense explora o tema da tese dos direitos contrastando os princípios com outros elementos relevantes de sua doutrina. Inicialmente, DWORKIN aborda a relação dos princípios e as políticas, descrevendo em seguida interações com a democracia, encerrando finalmente três problemas nesse particular.

No que tange à política, o cerne do raciocínio exposto nesse ponto é o de que, diante de *hard cases,* devem os juízes aplicar o direito criado por outras instituições em casos análogos em vez de criar novos direitos. "As leis e regras do direito costumeiro (*common law*) são quase sempre vagas",[655] como afirma o autor, e dependem de interpretação para sua aplicação.

Trata-se de uma conceituação conhecida, à qual DWORKIN vem acrescentar que, em realidade, essa prática dos tribunais tem ocultado um novo

---

[654]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 127.
[655]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 127.

nível de subordinação, que nem sempre é percebido. Isto é, os juízes 'criam leis' (na ótica da *common law*) e atuam como um poder legislativo segundo, visando a continuar o que buscava o legislador.

O que se observa a partir disso, então, é que os juízes introduzem em seu discurso jurídico os argumentos políticos, ao invés dos argumentos principiológicos, que diferem significativamente entre si, sobretudo pelo fato de os argumentos políticos serem principalmente extrajurídicos. Isto é, a política[656] nesse caso indica a intenção da decisão jurídica em fomentar ou proteger algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.

DWORKIN questiona, então, a construção do discurso e da argumentação jurídica nas decisões judiciais com reflexo da política. E embora não ofereça solução mecânica para esta problemática — como uma resposta concreta e prática que exponha formas de se evitar a interferência da política no judiciário ou a deturpação da função do magistrado, por exemplo —, o autor defende a tese de que as decisões judiciais, quando necessário, devem ser geradas por princípios, e não por política, especialmente em âmbito civil e mesmo em *hard cases*.

A convicção do positivismo jurídico clássico reside na perspectiva de que o direito posto é estudado pela ciência de forma descritiva, e cujo objeto é do ponto de vista axiológico dotado de neutralidade, fundado na trilogia racionalidade dedutiva, certeza e neutralidade.[657] Dworkin rejeita essa ideia a partir do reconhecimento de que nos casos difíceis os juízes não teriam padrão para nortear-lhes a decisão. A distinção entre regras e princípios, pois, seria o remédio argumentativo para solapar o positivismo.

No entanto, em obra mais recente, formula Dworkin uma reviravolta na construção teórica princípio-regra, afirmando que:

---

[656] A palavra "política" engloba a tradução tanto de *policies* quanto de *politics,* termos em inglês próximos, mas de significados diferentes. Este denota a arte ou ciência de governar, enquanto aquele se refere ao grupo de diretrizes, regulamentos ou direcionamentos utilizados para estabelecer o plano de ação, objetivo ou orientação decisória de uma sociedade, do Estado (ou a sua personificação enquanto entidade governamental) ou mesmo de uma organização. A partir disso, "política" se entende, nesse contexto, a partir da segunda acepção acima, uma vez que corresponde a "*policy",* termo utilizado por DWORKIN em sua obra ora analisada. Acepção original do termo em inglês *In:* HOUGHTON MIFFLIN COMPANY (Estados Unidos da América). **The American Heritage® Dictionary of the English Language**. 4 ed. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2003. Disponível em <http://www.thefreedictionary.com/policy>. Acesso: 23/10/2014.

[657] DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 40

> Nunca tive a intenção de dizer que o direito contém um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras, e outros princípios. Na verdade, quero contrapor-me à ideia de que o direito seja um conjunto fixo de padrões de qualquer espécie. Em vez disso, pretendi afirmar que uma síntese acurada das ponderações que os juristas devem levar em conta ao decidirem uma questão específica de direitos e deveres legais incluiria proposições dotadas da forma e da força de princípios, e que os próprios juízes e juristas, ao justificarem suas conclusões, empreendam frequentemente propósitos que devem ser entendidos dessa maneira. Em outras palavras, meu alvo era o positivismo doutrinário, não o taxonômico.[658]

Ao observar a teoria de DWORKIN aplicada à práxis dos tribunais brasileiros, e na esteira da discussão lançada por STRECK,[659] comporta trazer à baila julgamento proferido em caso concreto e cuja fundamentação se tenha construído com base no diálogo entre princípios, política e o direito.

Por sua natureza emblemática, a decisão oriunda da Comarca de Joinville (SC) de nº. 038.03.008229, em ação civil pública promovida pelo Ministério Público, que determinou a criação de 2.948 vagas de ensino fundamental na rede pública de ensino, redirecionando à Educação vultosa quantia de dinheiro destinada pelo Município de Joinville originalmente ao futebol da cidade.

Por certo, não é possível deduzir pura e simplesmente que tal decisão foi proferida em viés meramente político, eis que sua fundamentação de início indica a legislação infraconstitucional (no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente) e os dispositivos constitucionais correspondentes.

Adicionalmente, o magistrado autor da decisão pautou sua argumentação preponderantemente com base na doutrina do Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli, a qual seria, segundo a sentença citada, “baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais”.[660]

> A base decisória do julgamento segue, portanto, a premissa de que,diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a

---

[658] DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 330.

[659] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 178.

[660] BRASIL. Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville. **Ação Civil Pública nº. 038.03.008229-0**. Juiz Alexandre Moraes da Rosa. Julgado em 12/05/2003.

> democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, tendo-se em vista a supremacia Constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CF, art. 5º., § 2º.), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos.[661]

Confirma-se a partir disso, portanto, que os Direitos Fundamentais configuram uma categoria de direitos que, independentemente da vontade manifesta de qualquer maioria, não podem ser violados, e devem ser garantidos pelo Estado Democrático de Direito.

Em seu dispositivo, o juiz monocrático autor da decisão ainda expõe a diferença entre a "*esfera do decidível*" e a *"esfera do indecidível*", conceitos oriundos da teoria de Ferrajoli, marcados por uma dualidade em que os três poderes estão impedidos de afrontar os direitos individuais; e, ao mesmo tempo, estão sob a égide dos Direitos Fundamentais, os quais devem ser cumpridos em sua máxima extensão sempre.

A questão relevante que reside no tópico acerca da 'esfera do indecidível', como mencionado, é que tal classificação de matéria se aplica também aos Direitos Fundamentais, eis que estes impõem impeditivos ao Poder Legislativo, reduzindo a matéria passível de ser objeto da legislação. Consequentemente, por parte do Poder Judiciário, é necessário que se incorpore ao discurso jurídico e à construção das decisões elementos tais como o controle difuso e material de constitucionalidade, englobados sob a classificação de *juízos de validade.*

Tal noção ainda se ligaria à teoria do Estado formulada pelos contratualistas — Hobbes, Rousseau, e Locke —, eis que a concessão de poderes ao Estado estaria vinculada à legitimidade da sua atuação, resguardados os direitos individuais, antecedentes e imunes ao Estado. Na concepção de Locke, especificamente falando, seria impossível a alienação absoluta de direitos e poderes, ainda que, como cita o magistrado na referida decisão, "a subordinação é mantida na perspectiva dos fins colimados, fundamentando, dentre outros, *o direito*

---

[661]BRASIL. Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville. **Ação Civil Pública nº. 038.03.008229-0**. Juiz Alexandre Moraes da Rosa. Julgado em 12/05/2003, p. 3.

de resistência e de exigir seus direitos fundamentais, como no caso presente: Educação".[662]

No caso em tela, valendo-se da doutrina de Luiz Werneck Vianna[663], segundo o qual tal atuação do Judiciário desempenharia um claro papel de intervenção em âmbito político e principiológico, abandonando fronteiras impostas pelo direito em suas escolas filosóficas serôdias — tais como o Positivismo —, nas quais prevalecia o direito de leis geral e abstrata, protegido da materialidade, da ética e do justo por 'antigas fronteiras', assume a decisão o papel de emissário de uma justiça social diretamente à própria sociedade que é sua receptora.

O paralelo desse caso com o pensamento de DWORKIN se encontra no fato de que se analisa no concreto, caso na 'esfera do indecidível' e pautado por *juízos de validade*. Dessa visão, do ponto de vista da lição do autor estadunidense, é possível perceber diversas intersecções com a análise de *hard cases.*

Isso, porém, não se deve à inexistência de leis que levariam o jurista a aplicar o direito com base em elementos extrajurídicos, o que ocorre comumente na *common law.* Os elementos em comum entre esse processo judicial e a concepção de *hard case* se deve ao fato de que o dispositivo analisado se enraíza em princípios e políticas bem fundamentadas, atendo-se o magistrado aos Direitos Fundamentais e ao papel do Estado Democrático de Direito no caso concreto.

É possível afirmar, inclusive, que essa decisão ecoa a rejeição de DWORKIN a eventuais construções teóricas embasadas na dicotomia do 'direito

---

[662]BRASIL. Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville. **Ação Civil Pública nº. 038.03.008229-0**. Juiz Alexandre Moraes da Rosa. Julgado em 12/05/2003, p. 4.

[663]Conforme se extrai da decisão monocrática ora analisada: "Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico 'sociedade civil - partidos - representação - formação da vontade majoritária', consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos - como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas - e, um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo. Tal contexto institucional, dominante, em maior ou em menor medida, nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da intelligentzia: os magistrados e os membros do Ministério Público. 'Guardiães das promessas', na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito." *In:* WERNECK VIANNA *et alli*, 1999, *apud* BRASIL. Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville. **Ação Civil Pública nº. 038.03.008229-0**. Juiz Alexandre Moraes da Rosa. Julgado em 12/05/2003, p. 5.

superior' e 'direito inferior', bem como seria em outra visão sistêmica enraizada no positivismo. A argumentação jurídica e a elaboração do discurso contido na tese analisada, aliás, demonstra como os princípios, para o julgado, têm natureza diversa das leis, e que para a construção do argumento jurídico a sua ponderação nos moldes justificados é elemento essencial.

E, por fim, no que tange à presença da atuação política por parte desse juiz, no sentido estritamente dworkiniano da palavra, é evidente que, ao rejeitar a opção feita dentro do âmbito da discricionariedade do administrador público — que, objetivamente falando, priorizou o futebol em Joinville em desfavor da Educação no município — atuou no sentido de fomentar ou proteger algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. Trata-se de decisão com fulcro estritamente político e não propôs DWORKIN um método *per se* para enfrentar o caso concreto seguindo um pensamento principiológico (diferente do que propõe ALEXY, com seu método racional estruturado); mas fica claro, na decisão referida, que o pensamento do jurista norte-americano fundamenta o discurso judicial para a proteção de direitos. É concreto o exercício do argumento jurídico norteando ideias de equidade, do processo legal justo e dos direitos individuais como aspectos fundamentais da legalidade.

> No escólio de ZANON JR.,
> Segundo Dworkin, o Direito pode ser compreendido em três concepções antagônicas: a um, o convencionalismo estabelece que as pessoas têm somente os direitos expressamente convencionados em textos normativos (legais ou jurisprudenciais) elaborados no passado, com base nos quais as decisões devem ser tomadas, sendo que, em caso de esgotamento da força das convenções pretéritas, a deliberação deverá ser tomada discricionariamente, a exemplo da corrente do Juspositivismo; a dois, o Pragmatismo Jurídico estabelece que as pessoas não têm reais prerrogativas fixadas no passado, pois o que efetivamente importa é que as decisões sejam tomadas com o objetivo de edificar o melhor futuro para comunidade, de forma flexível, segundo os pontos de vista particulares das autoridades públicas (inclusive juízes) sobre as estratégias mais eficientes e eficazes, a exemplo das proposições classificadas como teorias econômicas do Direito e, a três, o Direito como integridade, que se desenvolve através de uma abordagem de interpretação criativa que procura equilibrar a coerência com, de um lado, os fundamentos subjacentes às Decisões pretéritas e, de outro, a flexibilidade com a construção do futuro da comunidade, articulando os

parâmetros de justiça, equidade e integridade[664].

Ao se afastar da tese positivista e, como tal, refutar a ideia do poder discricionário, lançando mão da teoria que pressupõe a utilização dos princípios como padrões que limitariam a liberdade de interpretar dos Juízes, Dworkin propõe uma reflexão holística construindo uma tese da integridade do Direito, conforme acima referido.

A título de um necessário fecho acerca das teorias mencionadas, e dentro dos limites propostos neste Capítulo, para Kelsen a concepção de hierarquia existente nas normas jurídicas através da concepção de que a ordem jurídica de um Estado é formada a partir da Constituição, que é fonte de validade de todas as demais leis, decretos e demais atos normativos a ela subordinados, o legislador teria uma margem de liberdade de criação do Direito muito maior que os Juízes. De outro lado, ao discorrer acerca da discricionariedade judicial, reconhecendo-a como interpretação autêntica, várias possibilidades de interpretação judicial defluiriam dentro da moldura do Direito ou mesmo fora dela.[665] Assim, os casos difíceis revelariam proporcionalmente um maior poder discricionário do Juiz.

Para Alexy, os princípios têm como concepção serem mandamentos de otimização e sua teoria os aproxima dos valores. O autor estabelece ainda uma construção metodológica, sendo a proporcionalidade conducente à racionalidade. DUARTE, em análise crítica ao modelo proposto por ALEXY, afirma que o conceito de princípios “subverte a lógica deôntica do Direito”, para quem o pensamento alexyano “justifica uma aplicação gradual dos princípios, resultante de sua vinculação à máxima da proporcionalidade e da equiparação – quase absoluta – entre princípios e valores”.[666]

DIMOULIS e MARTINS formulando crítica à ponderação principiológica, enfatizam que, “A proposta de Alexy insere na ponderação, além do sopesamento axiológico propriamente dito, elementos fáticos ao caso concreto. Mas em ambos os

---

[664]ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo 2: a versão interpretativista de Dworkin. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13759&revista_caderno=15>. Acesso: setembro/2014.

[665]KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 391.

[666]DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação**: Em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 146.

casos, falta uma medida objetiva, cientificamente comprovada para ponderação, por mais rebuscados que pareçam os modelos apresentados por Alexy e seus seguidores"[667].

No contexto da teoria de Dworkin abordada neste trabalho é lícito deduzir que, para o autor estadunidense, há intrínseca relação do Direito com a Moral; os Direitos Fundamentais se dirigem contra o Estado e são conformados a uma concepção voltada à Constituição dos Estados Unidos, que os restringe a Direitos Civis e Políticos e que os argumentos dos discursos jurisdicionais se dividem entre de princípios e políticos. Para fundamentar uma construção teórica a partir de Dworkin não se pode, pois, perder de vista o contexto no qual ela é produzida, no âmbito da comon law.

Ao colacionar, ainda que muito sucintamente, o pensamento de Kelsen, Alexy e Dworkin, este Capítulo teve por escopo, ao delinear as teorias dos juristas mencionados e, de quando em vez, conectando-os a outros pensadores, pavimentar as colocações lançadas no próximo e último capítulo, que tem por escopo, a partir de alguns casos concretos, estabelecer uma conexão (negativa ou positiva) com a fundamentação desses mesmos julgados, bem como produzir uma reflexão a partir da aplicação do novel Código de Processo Civil Brasileiro.

[667]DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 212.

CAPÍTULO 4

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DOS CONTRATOS DO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos capítulos anteriores foram traçados os temas cuja abordagem se relaciona ao Direito à Saúde. Em tal contexto, ingressa-se, a partir do que já foi dito, na análise de como e até onde atua o Poder Judiciário na concretização de tal direito no âmbito específico do Sistema de Saúde Suplementar.

O presente Capítulo aborda e analisa algumas decisões judiciais selecionadas a título ilustrativo e de forma não aleatória, com vistas a explicitar seu conteúdo e proceder a uma reflexão acerca da fundamentação dessas mesmas decisões em torno dos Contratos de Assistência à Saúde.

Embora não se tenha por intuito estabelecer qualquer análise estatística, os julgados extraídos do Superior Tribunal de Justiça – STJ conduzem à percepção de uma linha procedimental de aplicação do direito material e processual que se espraia pelos demais Tribunais e diversos graus de jurisdição. Diz-se linha de aplicação porquanto o que se diagnostica é o modo pelo qual as decisões que envolvem litígios em torno dos Contratos Privados de Saúde são produzidas, e não seu conteúdo em si – tão somente.

Isso porque o Poder Judiciário é o responsável por interpretar a legislação e resolver os conflitos sociais existentes, de modo a criar um conjunto de decisões, que, a partir de sua fundamentação, terão o condão de gerar efeitos sobre casos futuros, inclusive desestimulando práticas e comportamentos sociais.[668]

Sob esse ângulo, o Judiciário está vinculado ao futuro da Sociedade em que atua, desenvolvendo suas funções em harmonia com as transformações sociais e, assim, assumindo o papel de efetivar a Democracia.

A esse respeito, ZAN leciona que:

> La reflexión sobre el sentido de la función del juez en la sociedad actual no es una cuestión que interesa solamente a los jueces y juristas sino a todos los miembros de esta sociedad, porque ella habrá de responder a la

[668]TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de Saúde**: na visão do STJ e do STF. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 75.

> pregunta por *el sentido de la Justicia* como institución fundamental del Estado de derecho democrático y de todas las instituciones de una República. Debido seguramente a los hechos mencionados, la representación tradicional de la función del juez lo reviste de una extraordinaria y temible autoridad que, al interpretar y aplicar las leyes conforme a las cuales vivimos, se extiende a todos los espacios de la vida social. Las importantes facultades que inviste la función judicial parecen requerir a estos funcionarios también unas extraordinarias cualidades morales e intelectuales, y las más exigentes pautas de conducta. [669]

O discurso jurídico institucional dos juízes,[670] que têm por encargo proceder toda a avaliação dos argumentos das partes, sopesar sua validade e construir a fundamentação sobre a qual repousa a decisão, funda-se, pois, nas razões que justificam a sentença.

Já se mencionou anteriormente, e aqui não se distancia, de reconhecer o papel do Poder Judiciário na concretização dos Direitos Fundamentais e dos avanços na construção dos direitos sociais a partir de uma jurisprudência que dirima as distorções que são óbice à efetivação do Direito à Saúde.

Como é possível antever, o Direito à Saúde Suplementar é compreendido, interpretado e aplicado ora a partir de um viés que trata similarmente a prestação estatal à assistência suplementar, ora a partir de uma ponderação de princípios constitucionais que não contém critérios capazes de afastar a discricionariedade do intérprete.[671]

---

[669]Tradução da Doutoranda: "A reflexão sobre o sentido da função do juiz na sociedade atual não é uma questão que interessa somente aos juízes e advogados, mas a todos os membros desta sociedade, porque ela irá responder a pergunta *pelo sentido da Justiça* como instituição fundamental do Estado de direito democrático e de todas as instituições de uma República. Certamente devido aos feitos mencionados, a representação tradicional da função do juiz é de uma extraordinária e temível autoridade que, ao interpretar e aplicar as leis conforme as quais vivemos, se estende a todos os espaços da vida social. As importantes atribuições que investem à função judicial parecem exigir desses funcionários também extraordinárias qualidades morais e intelectuais, e as mais exigentes pautas de conduta". *In:* ZAN, Julio de. **La ética, los derechos y la justicia.** Montevideo: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V., 2004. p. 107.

[670]ZAN, Julio de. **La ética, los derechos y la justicia.** Montevideo: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V., 2004. p. 139.

[671]Como ressalta SARLET, "[...] o que satisfaz o mínimo existencial guarda relação com necessidades físicas e psíquicas que, embora comuns às pessoas em geral, não podem levar a uma padronização excludente, pois o que o direito à saúde assegura – mesmo no campo dos assim designados direitos derivados a prestações (!!!), não é necessariamente o direito ao atendimento limitado a determinado medicamento ou procedimento previamente eleito por essa mesma política, mas sim, o direito ao tratamento para a doença, tese que acabou sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça na esfera dos planos de saúde". (O autor refere-se aqui ao REsp n. 668.216, objeto de abordagem no item 1.6 desta Tese). SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da

Em outra rota de uma mesma via, o fortalecimento da jurisdição constitucional a partir da conjugação da superação do paradigma positivista e pós-positivista, atrelado ao perfil dos direitos sociais constitucionalmente assegurados na CRFB/88, colmatados a um elevado grau de ausência de políticas públicas que lhes faça jus, é diagnosticado por STRECK como um fenômeno que impõe o "deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário" [...] e que "implica um novo olhar sobre o papel do direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais)."[672]

A incapacidade do poder estatal de efetivar o Direito Fundamental à Saúde impõe uma participação judiciária qualitativa e quantitativa. A primeira, através da elaboração de uma jurisprudência constitucional voltada à imposição efetiva de obrigações prestacionais pelo poder público; e a segunda, representada pelo número avassalador de demandas judiciais na área de saúde[673].

No plano da eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais e suas diversas concepções teóricas, conforme abordado no primeiro Capítulo, inúmeras são as questões que defluem da recepção da eficácia horizontal direta e imediata. No plano obrigacional de abstenção, o Direito Fundamental à Saúde estipula o dever do Estado de fiscalizar a atividade privada – para que esta não cause mal à vida ou à saúde como do próprio ente privado. Enfeixam-se nesse plano de abstenção a proibição em comercializar drogas ilícitas, a oferta de tratamentos deletérios à integridade física ou mental. Integra-se assim, de forma complementar, o dever do Estado em fiscalizar (poder de polícia) com o dever do ente privado de abstenção da prática de determinado ato, dentro do código binário do Direito, no plano do lícito e ilícito.

---

saúde. *In:* NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. Coord. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.** 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 169.

[672]STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva**,** 2011. p. 190.

[673]Sem a pretensão de entabular dados com fins estatísticos, registra-se que, em pesquisa realizada no Estado do Rio de Janeiro, o número de ações relativas ao Direito à Saúde aumentou cerca de 350% entre 2001 e 2005; dessas, 2.245 ações foram propostas visando a obter o fornecimento de medicamentos pela rede pública – SUS. *In:* BORGES, Danielle da Costa Leite e UGÁ, Maria Alicia Domingues. **Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos**: as decisões de 1.ª Instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, 2005. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 26, n.º 1, p. 59-69, jan. 2010**.**

O ponto de grande dificuldade não reside no dever de abstenção, mas em outra perspectiva, de dever prestacional. À primeira vista, residiria no Estado o dever de garantia dos Direitos Fundamentais, dentre os quais o Direito à Saúde. O Sistema público então, incumbido de tal desiderato e custeado pelos impostos, seria o único responsável pela eficácia desses Direitos. Este simplório argumento é superado reconhecendo-se que a eficácia horizontal impõe a construção normativa a partir do conteúdo deontológico da ordem constitucional com efeito nos particulares, a exemplo da aplicação do Estatuto do Idoso[674] aos contratos privados de assistência à saúde e como tal, coibindo reajustes exclusivamente baseados na faixa etária do beneficiário. Este raciocínio vem complementado por SARMENTO, que afirma: "Portanto, no mínimo, a eficácia dos direitos sociais na relação entre particulares privados presta-se para fundamentar a constitucionalidade das normas que, em favor destes direitos, impuserem limitações à autonomia privada dos agentes econômicos ou criarem obrigações positivas para os mesmos".[675]

No campo da decisão judicial, é inegável que o ponto de partida para a aplicação – no caso concreto – do Direito Fundamental à Saúde no âmbito das relações privadas, deve considerar a legislação infraconstitucional vigente, que não raras vezes é trazida à argumentação pelos envolvidos e desconsiderada para efeito da realização concreta.

A esse respeito, percucientemente adverte DUARTE que "Na realidade, em nosso entendimento, o primeiro desafio dos intérpretes/aplicadores do Direito será aferir se a prestação pleiteada verdadeiramente pode ser englobada no âmbito normativo do Direito à saúde e, em caso positivo, até que ponto o seu adimplemento deve ser exigido de outro sujeito privado".[676]

Tendo em mente o contexto acima produzido, a amostragem não aleatória elegeu apenas decisões do STJ que no seu âmbito de competência constitucional tem por missão, dentre outras, a uniformização da jurisprudência dos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais, manifestando-se em julgamentos cujo

---

[674]BRASIL. **Lei n.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso: 21/01/2015.
[675]SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 341.
[676]DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação**: Em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 384.

cabimento recursal enfeixa-se na seara do Recurso Especial.

Por opção desta pesquisa, não foram selecionadas neste Capítulo decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, embora nos capítulos anteriores se as tenha referenciado e mesmo transcrito algumas, reputadas como emblemáticas. Isto porque, no âmbito de competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, a via recursal extraordinária não encontra eco, eis que as ofensas implicadas ao texto constitucional pelas relações jurídicas estabelecidas no âmbito da Saúde Suplementar (contrato de Plano de Saúde celebrado entre beneficiário e Operadora) são consideradas indiretas ou apenas reflexas e, por consequência, acarretam, via de regra, o não conhecimento dos Recursos Extraordinários que contenham tal matéria.

Retomando a linha da exposição, os casos selecionados do STJ serão conectados ao substrato teórico apresentado nesta Tese, conforme se desenvolveram os capítulos anteriores, para, em seguida, abordar algumas decisões judiciais que tratam da efetivação do Direito Fundamental à Saúde no âmbito da Saúde Suplementar.

Atualmente, vários autores se debruçam sobre a crítica do direito contemporâneo e a centralidade do Judiciário[677], bem como sobre questões correlatas relacionadas ao papel do Estado e da Sociedade na produção do direito. A situação comporta discussão mais atenta e reclama uma racionalidade discursiva que afaste a construção de raciocínios dedutivos desprovidos de fundamentação os quais confirmam a extensão do Direito Fundamental à Saúde para o âmbito interno da relação contratual. É preciso superar a lógica subsuntiva, a partir da escolha pelo juiz, de seu foco de percepção ao mesmo tempo em que estabelece um sentido para a norma.

Assim, nos casos emblemáticos selecionados podem-se extrair algumas questões: a partir de pura e simples análise semântica de contextos normativos – aplicados ou afastados de sua aplicação – estes passam a ser deduzidos como premissa maior; narrativas fáticas conduzidas a partir de elementos externos ao direito, tal como argumentos morais e de conteúdo puramente enunciativo, são introduzidas como premissa menor; de tais operações decorrem comandos judiciais

[677] Muitos dos quais referenciados nesta Tese.

que conferem abusividade aos contratos, nulificam suas cláusulas e relativizam normas jurídicas em escolhas não fundamentadas.

Vale dizer, o atual modelo seguido pelo Poder Judiciário, cuja jurisprudência que se espraia pelas cortes estaduais é emanada pelo Superior Tribunal de Justiça, não é o mais adequado no tocante à efetivação do Direito Fundamental à Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, visto não produzir um resultado satisfatório quanto à harmonização dos interesses/direitos incidentes em tal relação jurídica.

A análise crítica formulada levou em conta, entre outros fatores, a discricionariedade, a feudalização do direito[678], a subversão do texto normativo, a utilização injustificada (e não explicada) de argumentos de autoridade, a interpretação hermética[679] e a ponderação alexyana, as quais fornecem o meio suficiente para os julgadores criarem um substrato normativo até então inexistente e modificarem os contratos celebrados no âmbito da Saúde Suplementar, de modo a, inclusive, impor a uma das partes a obrigação de arcar com qualquer tipo de ônus.

Isso, notadamente, anda na contramão da própria vertente da publicização do Direito Civil e da Função Social do Contrato, que não albergam tal fórmula simplista e perniciosa, que, em verdade, só serve para dar arrimo às decisões com lastro em falsas justificações que as imunizam em debates públicos e racionais.

Essa intervenção é perniciosa ao futuro do Direito Fundamental à Saúde no Brasil e ao mercado de assistência privada à saúde (responsável por parcela significativa dos serviços de saúde na atualidade), afetando a segurança jurídica.

Merece registro o diagnóstico de RODRIGUEZ: “No Brasil, a criação de

---

[678]“[...] representado por uma série de condutas que partem da ideia de que as regras podem ser deixadas de lado ante os motivos políticos circunstanciais, interesses de grupos ou meras urgências individuais. Existe a curiosa e difundida noção de que toda lei é uma regra condicionada à adaptação às características particulares de cada sujeito ou situação.” *In:* LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título Original: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 54-55.

[679]“[...] pela revelação de um princípio oculto, sem nenhum limite. A partir de determinado ponto de vista, qualquer coisa tem relação de analogia, continuidade e semelhança com qualquer outra. Percebe-se um excesso de assombro, uma tolerância, um apressamento evidente na homologação de diferentes relações [...].” *In:* LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título Original: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 68.

zonas de autarquia está ligada a uma falsa justificação das decisões judiciais (e de poder em geral) com fundamento em argumentos exclusivamente personalistas e em conceitos ou raciocínios naturalizados [...]".[680]

Diante disso, é de se perquirir a validade de um modelo de discurso jurisdicional que vem fundamentado em uma mixagem teórica que leva em consideração a doutrina da decisão judicial, em uma construção muitas vezes dotada do propósito apenas de lhe conferir autoridade e erudição.

A importância dessa formulação é reforçada levando-se em conta inclusive o aumento exponencial das ações que visam à concretização do Direito à Saúde. Varas especializadas são criadas, mutirões judiciais destacados para o enfrentamento da Judicialização da Saúde. Se de um lado, grassa no senso comum dos contratantes de Planos de Saúde que quaisquer restrições contratuais serão superadas pelo Processo Judicial já em sua fase limiar, de outro, a atividade do Judiciário se amplia em decorrência da inexistência de políticas públicas ou de sua ineficiência. Vale dizer, o Poder Executivo falha em sua missão[681] e o Poder Judiciário passa a exercê-la de forma individualizada.

Ainda que toda análise do caso concreto contenha uma oculta armadilha de, mesmo perpendicularmente, implicar na também análise do mérito da decisão judicial, não é este o propósito deste estudo; o que se pretende é perseguir as suas formas de argumentação, considerando os discursos de fundamentação e de aplicação, que não podem estar voltados apenas a certo grau de preferência do julgador.

4.2. CLAÚSULA CONTRATUAL E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

No Brasil, a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante foi normatizada pela Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997[682], que estabelece, em linhas gerais, regras procedimentais para a realização dos

[680]RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 21.

[681]"Na esfera pública a falha se dá através do Ministério da Saúde por meio do Sistema Único de Saúde e, na esfera privada, através da agência reguladora, Agência Nacional de Saúde Suplementar, razão pela qual o Poder Judiciário vem interferindo no tema da implementação de políticas de saúde públicas e privadas quando configurada a hipótese de injustificável inércia ou de abusividade." *In:* MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 668.

[682]BRASIL. **Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso: 21/01/2015.

procedimentos, condutas clínicas e éticas, além de estipular sanções penais ao seu descumprimento. Mesmo antes da criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, consoante historiado no capítulo antecedente, o Conselho Nacional de Saúde Suplementar, dentro da esfera de atribuições que lhe conferiu a Lei 9.656, de 03/06/98[683], fez editar a Resolução CONSU nº. 12, de 03/11/98, a qual estendeu o alcance da legislação específica de transplante ao âmbito de prestação de serviço suplementar, naquilo que não conflite com o "regime de contratação".[684]

Com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a competência normativa foi-lhe atribuída e foram sendo editadas sucessivas

[683]**BRASIL. Lei dos Planos Privados de Assistência à Saúde, de 3 de junho de 1998**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso: 21/01/2015.

[684]Prevê em seu texto: O Presidente do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, instituído pela Lei n.º 9.656, de 03 de junho de 1998, no uso de suas atribuições legais e regimentais, de acordo com a competência normativa que lhe foi conferida, para dispor sobre a regulamentação do regime de contratação e prestação de serviços de saúde suplementar, e, CONSIDERANDO as disposições do § 4.º do art. 10 e incisos II, III e XIV do art. 35-A da Lei n.º 9.656/98, resolve: Art.1.º Os procedimentos de transplante, no âmbito da prestação de serviços de saúde suplementar, deverão se submeter à legislação específica vigente, em especial à Lei n.º 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, ao Decreto n.º 2.268, de 30 de junho de1997, a Portaria n.º 3.407, de 05 de agosto de 1998 que não for conflitante com o regime de contratação e prestação de serviços de que trata a Lei n.º 9.656/98. Art. 2.º Os planos e seguros referência e sua segmentação hospitalar cobrirão transplantes de rim e córnea, bem como as despesas com seus procedimentos vinculados, sem prejuízo da legislação específica que normatiza estes procedimentos. § 1.º Entende-se como despesas com procedimentos vinculados, todas aquelas necessárias à realização do transplante, incluindo: I - as despesas assistenciais com doadores vivos; II – os medicamentos utilizados durante a internação; III – o acompanhamento clínico no pós-operatório imediato e tardio, exceto medicamentos de manutenção; IV – as despesas com captação, transporte e preservação dos órgãos na forma de ressarcimento ao SUS. § 2.º Os transplantes de rim e córnea ou procedimentos vinculados, quando realizados por instituições integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS, deverão ser ressarcidos em conformidade com o previsto no art. 32 da Lei n.º 9.656/98 e nesta Resolução. Art. 3.º Os usuários das operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, candidatos a transplante de órgãos provenientes de doador cadáver, conforme legislação específica, deverão, obrigatoriamente, estar inscritos em uma das Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos - CNCDOs e sujeitar-se-ão ao critério de fila única de espera e de seleção. § 1.º A lista de receptores é nacional, gerenciada pelo Ministério da Saúde e coordenada em caráter regional pelas Centrais de Notificações, Captação e Distribuição de Órgãos - CNCDOs, integrantes do Sistema Nacional de Transplante – SNT. § 2.º As entidades privadas e equipes especializadas interessadas na realização de transplantes deverão observar o regulamento técnico - Portaria GM n.º 3.407, de 05 de agosto de 1998 do Ministério da Saúde - que dispõe quanto à forma de autorização e cadastro, junto ao Sistema Nacional de Transplante - SNT. § 3.º É de competência privativa das Centrais de Notificações, Captação e Distribuição de Órgãos - CNCDOs, dentro das funções de gerenciamento que lhes são atribuídas pela legislação em vigor: determinar o encaminhamento de equipe especializada; providenciar o transporte de tecidos e órgãos ao estabelecimento de saúde autorizado em que se encontre o receptor. Art. 4.º Aplicam-se as disposições desta Resolução aos contratos celebrados na vigência da Lei 9656/98, de 03 de junho de 1998, e aos existentes anteriores a sua vigência, a partir das respectivas adaptações. Art. 5.º Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação, revogando as disposições em contrário. JOSÉ SERRA. Legislação disponível para acesso integral em http://sna.saude.gov.br/legisla/legisla/alta_transp/RES_CONSU_12_98alta_transp.doc. Acesso: 21/01/2015.

Resoluções que dispõem sobre o tema. A cobertura, que, inicialmente, se limitava a transplantes de rim e córnea, incorporou outras modalidades, entre as quais o transplante de medula óssea, conforme se nota do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde: RN 338/2013.[685]

Os procedimentos de transplante incorporados pelos SUS e não contemplados pela ANS são criticados por DUARTE, segundo o qual, dentre outros argumentos, "a própria ANS já estabeleceu como devem se portar as operadoras de assistência privada à saúde em casos de transplantes de córnea, renal, de medula óssea, ósseo vascularizado, de intestino, entre outros tantos que por ela já foram contemplados e devidamente incluídos na cobertura obrigatória dos planos-Referência, Hospitalar e Hospitalar com obstetrícia, o que poderia facilmente, servir de parâmetro também para os casos de transplante de coração e fígado."[686]

A questão, todavia, não segue esse viés na fundamentação dos julgados tratados. Cinge-se a argumentos específicos acerca da validade dos contratos celebrados entre o beneficiário e a Operadora de Planos de Saúde, como a seguir se constatará.

No Recurso Especial 1.053.810[687], julgado em 17/12/2009, o voto vencedor relatado pela Ministra Nancy Andrighi conclui que a negativa de cobertura de transplante, mesmo que claramente prevista no contrato, constitui onerosidade excessiva e deixa o segurado à mercê da seguradora.

O referido recurso foi interposto em ação de cobrança com pedido de antecipação da tutela, combinada com indenização por danos materiais e compensação por danos morais, resultantes de descumprimento de contrato de seguro em grupo.

Os principais argumentos recursais giram em torno dos custos de tratamento hepático e posterior transplante e "retransplante" de fígado, aos quais o segurado se submeteu em Miami, no Jackson Memorial Hospital, cuja cobertura foi negada pela Operadora, com fulcro em cláusulas contratuais, que, a despeito de

---

[685]http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_Rol_de_Procedimentos_e_eventos_em_saude_2014.pdf. Acesso: 21/01/2015.

[686]DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação**: Em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 375.

[687]https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4372509&num_registro=200800949086&data=20100315&tipo=5&formato=PDF. Acesso: 04/12/2014.

claras e destacadas, são nitidamente abusivas, conforme entendimento da Relatora.

Postulou o autor a declaração de nulidade, e consequente indenização por danos materiais no importe de U$ 967.218,75 (novecentos e sessenta e sete mil, duzentos e dezoito dólares, e setenta e cinco cents). Pleiteou também compensação pelos danos morais sofridos, porquanto ao sofrimento físico foi acrescentada a dor moral pela incerteza quanto à continuidade do tratamento e conservação de sua vida.

Na sentença, o pedido foi julgado parcialmente procedente para, entre outros pontos, declarar nulas as cláusulas contratuais e condenar a recorrente a reembolsar ao recorrido o valor de U$ 670.178,36 (seiscentos e setenta mil, cento e setenta e oito dólares e trinta e seis cents), convertidos pelo câmbio da data do pagamento, a ressarcir todas as despesas efetuadas pelo recorrido na sequência de seu tratamento e a compensar os danos morais sofridos pelo recorrido no valor de R$ 860.824,68 (oitocentos e sessenta mil, oitocentos e vinte e quatro reais e sessenta e oito centavos), conforme se observa das fls. 2.468/2.483.

Por outro lado, no acórdão em apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria, conferiu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela recorrente, para "[...] afastar a declaração de abusividade das cláusulas contratuais referidas [4.1.1. e 4.1.3.], submeter à liquidação e aos limites contratuais o valor do reembolso ordenado, afastar a condenação ao pagamento dos danos morais e distribuir os ônus da sucumbência [...]", conforme fl. 2.691. O Tribunal manteve a abusividade e consequente nulidade da cláusula que exclui a prática de transplantes.

Diante de tal deslinde, a Operadora interpôs Recurso Especial no sentido de discutir a validade em contrato de seguro em grupo de cláusula excludente de transplante de órgãos. Os principais argumentos giram em torno da impossibilidade de se confundir limitação contratual com abusividade e de se desnaturar o instituto do seguro-saúde.

Feita a breve síntese do caso, a Ministra relatora passou a julgá-lo. Inicialmente, aduziu a doutrina e jurisprudência sobre o art. 51 do CDC, afirmando que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem

excessiva, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Ademais, argumenta que, ao firmar contrato de seguro-saúde, o consumidor tem como objetivo a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, será dada a cobertura do risco de doenças, mediante o pagamento de despesas hospitalares, ambulatoriais e o reembolso de honorários médicos.

Em consequência, a Ministra conclui que somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente.

Dito de outro modo, a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor.

Com base nesse raciocínio metódico-indutivo, a Ministra conclui que a cláusula excludente de cobertura de transplante de órgãos atenta contra o objetivo do contrato em si e frustra seu fim, restringindo os efeitos típicos do negócio jurídico.

Para a relatora, a cláusula, além de ferir o fim primordial do contrato de seguro-saúde, acarreta desvantagem exagerada ao segurado, que celebra o pacto justamente ante a imprevisibilidade da doença que poderá acometê-lo e, por recear não ter acesso ao procedimento médico necessário para sua recuperação, assegura-se contra tais riscos. E mais, cercear o limite da evolução de uma doença por razões monetárias, dizendo que “até aqui está coberto o tratamento e doravante a doença seguirá por sua conta”, é o mesmo que afrontar a natureza e ferir de morte a pessoa que imaginou estar segura com seu contrato.

Em seguida, a julgadora passa a expor considerações sobre o caráter fundamental do Direito à Saúde e a substituição do entre público pelo privado prestador de serviços de saúde, do que, segundo ela, decorreria responsabilidade de tutelar a saúde de uma forma que o Estado não conseguiria.

Ou seja, parte do princípio que a empresa privada, ao celebrar um contrato de seguro-saúde, estaria assumindo perante o contratado as garantias previstas no texto constitucional.

Aliado a este fio argumentativo, conjuga o raciocínio contido no já mencionado julgado emanado do STJ[688], segundo o qual, o Plano de Saúde tem

[688]REsp 668.216/SP. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma, julgado em

permissivo legal para estipular as patologias que estão sendo cobertas pelo contrato, mas não o tipo de tratamento com o método mais moderno possível disponível.

Por fim, conclui a Ministra que, em respeito ao fim primordial do contrato de seguro em grupo, e com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante de órgãos do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido o segurado submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade da necessidade do transplante, procedimento que foi utilizado para salvar-lhe a vida.

Das premissas nas quais se fundamentam a decisão, submerge cristalina a aplicação dos princípios da universalidade, incondicionalidade e integralidade[689] ao sistema privado sem considerar que, à luz da própria Constituição os princípios têm aplicação ao Sistema de Saúde Suplementar nos limites do segmento contratual previsto em lei e aderido pelo Contratante. Ramos de uma mesma árvore – Sistema de Saúde – os dois subsistemas, Público e Suplementar são diferentes, repousando em tal assertiva a própria Constituição como *lócus* hermenêutico aderido como postulado no julgado apenas como fundamentação de argumento, mas distanciando-se na sua aplicação.

Os serviços de assistência à saúde são de relevância pública, é o Estado que os regula, fiscaliza e controla e podem também ser realizados pelo setor privado, como determina o art. 197 da CRFB/88[690]. Como assentou o Ministro Massami Uyeda, Magistrado integrante daquela mesma sessão de julgamento, não se deve descurar do fato de que as entidades privadas que prestam serviços afetos à saúde desempenham serviços de natureza pública e, pela relevância destes, devem sim ser regulamentadas e fiscalizadas pelo Poder Público, sofrendo, inclusive, intervenções decorrentes de lei, para que ofereçam tais serviços, nos estritos termos em que se vincularem, da melhor forma possível.[691]

15/03/200.https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=0459. Acesso: 21/01/2015.

[689] Abordados no item 2.1 desta Tese.

[690] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 13/01/2015.

[691] https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=437250

Em razão disso, coexistem dois Sistemas de Saúde, tornando-se necessário expedir normas jurídicas que os regulem adequadamente, com o intuito de torná-los hábeis a lograr êxito em suas finalidades (efetivar o Direito à Saúde). Sob esse ângulo, os sistemas existentes – privado e público – ganharam regulamentações, porém díspares por força de suas naturezas diametralmente opostas, o primeiro custeado pelo contratante-beneficiário; o segundo pelo próprio Estado, conforme já se alertou anteriormente.

Observa-se então que o julgado, ao tratar especificamente do direito à cobertura pelo Plano de Saúde, de transplante hepático realizado no exterior, equiparou os sistemas ao argumentar que os planos de saúde devem arcar com a insuficiência do Estado em seu dever básico de prestação dos serviços de saúde.

Ao revés, o voto divergente do Ministro Massami Uyeda obtemperou que, a despeito de a seguridade privada de Saúde prestar serviços de natureza pública, de maneira alguma se pode imputar-lhe a responsabilidade por serviços que efetivamente não se comprometeram, quando o Estado não atuar. Quer dizer, impor esse ônus seria o mesmo que frustrar a satisfatória prestação dos serviços de saúde, bem como a iniciativa privada na consecução de seus fins, também legal e constitucionalmente protegida.

Retomando a premissa maior do voto condutor, segundo a qual o Direito à Saúde deve ser protegido indistintamente pelos dois sistemas, e que dado ao seu caráter de relevância constitucional prevalece genericamente quando cotejado com o direito privado ao lucro, e a um pressuposto interesse monetário-econômico, as normas jurídicas sobre as quais se assenta o Sistema de Saúde Suplementar não são sequer mencionadas.

Para a fundamentação, não adquire nenhum relevo, nem tampouco são sequer mencionados argumentos de aplicação de regras jurídicas próprias ao Sistema de Saúde Suplementar, que são absolutamente desconsiderados. O regramento jurídico no qual se insere o contrato de Plano de Saúde cuja cláusula vem anulada pela decisão judicial, a atuação da ANS e suas Resoluções específicas sobre transplantes e coberturas pelos planos de saúde, enfim, são todos tidos como inexistentes (eis que sequer mencionados) à guisa de um único comando: a cláusula

---

9&num_registro=200800949086&data=20100315&tipo=5&formato=PDF. Acesso: 04/12/2014.

contratual excludente de transplante hepático afronta o regramento consumerista e atenta contra o objeto do contrato, que genericamente é de garantir a assistência à saúde de forma que deva ser irrestrita.

STRECK afirma que a norma jurídica só pode deixar de ser aplicada em seis rígidas hipóteses, que são:

> [...] a) se for inconstitucional, b) se for possível uma interpretação conforme a Constituição, c) se for o caso de nulidade parcial sem redução de texto, d) no caso de uma inconstitucionalidade parcial com redução de texto, e) se se estiver em face de resolução de antinomias e f) no caso do confronto entre regra e princípio (com as ressalvas hermenêuticas no que tange ao panprincipiologismo).[692]

Bem, se o caso então é de invalidade de uma cláusula excludente de direito fundamental, pura e simplesmente, em decisão diametralmente oposta, prolatada no REsp n.º 319.707, no qual a mesma Ministra foi Relatora de voto vencido, e tratando-se identicamente de outra ação de ressarcimento por despesas havidas em transplante de fígado contra Operadora de Plano de Saúde, em caso concreto similar, ficou assentado que o reembolso não seria devido por força das disposições contratuais contendo cláusula excludente, consideradas válidas e aplicáveis.

Nas palavras do Relator do voto de vista,

> É sabido que o *princípio pacta sunt servanda* vem sendo mitigado pelo dirigismo contratual, com a intervenção judicial na autonomia de vontades, a fim de buscar o verdadeiro equilíbrio nas avenças. Mas não se pode perder de vista que o art. 115 do Código Civil prevê que são lícitas em geral, todas as condições que a lei não proibir expressamente, vedando-se aquelas que privarem de todo efeito o ato ou se sujeitarem ao arbítrio de uma só das partes.
> Os contratos de adesão são permitidos pela lei, prevendo o § 4.º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, tão-somente (sic) que "as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. [...] Assim, levando em consideração que a cláusula excludente de transplantes estava expressamente prevista e destacada no contrato, tendo dela pleno conhecimento a segurada, e garantido o contrato de seguro, conceitualmente, indenização de prejuízos resultantes de riscos previstos, que podem ser limitados e particularizados (CC, art. 1.460), não

[692]STRECK, Lenio Luiz. Consultor Jurídico. **Por que tanto se descumpre a lei e ninguém faz nada?** 14/11/2013. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpre-lei-ninguem-faz-nada?imprimir=1. Acesso: 25/11/2014.

vislumbro, no acórdão recorrido, qualquer afronta à lei.[693]

Quanto ao propalado interesse econômico, que também vem tangenciado na primeira decisão[694], tenha-se em mira que o contrato de Plano de Saúde[695] é naturalmente preenchido pela mutualidade e, como tal, depende da pecúnia para gerar efeitos materiais.

Neste trabalho já se expôs a teoria da agência,[696] desenvolvida para elucidar os aspectos internos da relação econômica estabelecida entre operadora e beneficiário de Plano de Saúde, porquanto teoriza que o problema da empresa se resume a uma situação na qual o interesse de um (beneficiário) depende da ação de outro (operadora), que é oposto e conflitante, regulado por um contrato entabulado entre ambas as partes.[697] Calculabilidade e previsibilidade, suficientes para estabelecer previsões seguras e estáveis,[698] são imediatamente superadas a um argumento de fundo segundo o qual o contrato cobre doenças e não tratamentos. Risco é a probabilidade de perda concomitantemente à probabilidade de ganho, isto é, chance de ganho e chance de perda ao mesmo tempo. Por outro lado, incerteza é algo que está fora do jogo, não é quantificável, mensurável e previsível; não há como estimar previamente o acontecimento incerto.

Tais variáveis também são integralmente afastadas a partir de um implícito sopesamento entre um direito fundamental e um "direito ao lucro empresarial". O argumento, todavia, não se sustenta se a decisão, nas palavras de

---

[693]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1053810/SP. Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19152853/recurso-especial-resp-1053810-sp-2008-0094908-6/inteiro-teor-19152854 Acesso: 12/12/2014.

[694]https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4372509&num_registro=200800949086&data=20100315&tipo=5&formato=PDF. Acesso: 04/12/2014.

[695]"Também a doutrina o define como 'pacto celebrado entre a entidade e o beneficiário, no qual este se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária e periódica, ainda que de forma indireta, sob forma de benefício salarial, ao passo que aquele se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus financeiro, tão somente, nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente cobertas' em sinal claro de que a questão cobertura a doenças ou a tratamentos é muito controvertida e se presta a duas vertentes diferentes de validade das disposições contratuais." *In*: FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 167.

[696]Item 2.6 desta Tese.

[697]PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 139-140.

[698]GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 30-31.

Dworkin, se der de acordo com as próprias preferências do julgador – políticas ou morais[699].

No caso análogo, já aludido comparativamente, a fundamentação da decisão é justamente a inversa:

> Os contratos relativos a planos de saúde são praticamente iguais aos de seguro e fundamental para a sua execução é que se determine com segurança qual o âmbito de sua abrangência. Normalmente, as empresas que se dedicam a esse ramo oferecem mais de um plano a ser contratado, à escolha do interessado. E é evidente que seu custo é diretamente proporcional aos riscos a que se refere a cobertura. De sorte que não há razão para falar-se em abusividade da cláusula que exclui da cobertura os transplantes de órgãos sabidamente intervenções médicas das mais custosas[700]".

E utilizando os fundamentos da decisão do Tribunal de origem, o Relator do voto vencedor do Recurso Especial ainda transcreve com destaque: "

> "Nos planos ou seguros privados de assistência à saúde há de se guardar a relação entre o custo e o preço, a ser acertado previamente entre as partes. Claro está que o ideal será a assistência ampla, geral e irrestrita, mas isso é um sonho por enquanto impossível. E em que pese ao desejo natural dos juízes, seres humanos que são, difícil transferir à iniciativa privada uma obrigação que é do Estado. Ainda que se saiba estar sucateada a saúde pública"[701].

Interpretações elásticas ancoradas em entendimentos pessoais conduzem a violações de normas jurídicas ou no mínimo, incertezas quanto à sua aplicabilidade.

No primeiro acórdão, ao pressupor que cabe ao privado efetivar as garantias previstas no texto constitucional e relacionadas ao direito fundamental à saúde, desconsidera-se a norma jurídica que estabelece o caráter principal do Estado como responsável pela prestação dos serviços de saúde (serviços públicos) e o privado como secundário/suplementar; no segundo, prevalece o entendimento de que a assistência privada é regulada por ordenamento específico e não lhe cabe suplantar as deficiências do Sistema Público.

---

[699] Abordagem levada a efeito no Capítulo 3.

[700] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 319.707 – SP. Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7457249/recurso-especial-resp-319707-sp-2001-0047428-4/inteiro-teor-13099862. Acesso: 21/01/2015.

[701] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 319.707 – SP. Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7457249/recurso-especial-resp-319707-sp-2001-0047428-4/inteiro-teor-13099862. Acesso: 21/01/2015.

No primeiro acórdão, o Direito à Saúde prevalece sobre o direito ao lucro (como se fosse possível sopesamento de valores dessa forma tão elementar). No segundo, o caráter econômico dos contratos tem relevância, e os riscos relacionados ao custo devem ser tratados proporcionalmente.

No primeiro caso, a Operadora de Plano de Saúde foi condenada a ressarcir todas as despesas de transplante hepático realizadas em Hospital no exterior, acrescida ainda, em condenação por dano extrapatrimonial, porque invalidada a cláusula restritiva de cobertura a transplantes. No segundo caso, a Operadora foi desonerada de qualquer ressarcimento porque considerada válida a cláusula, à luz do mesmo ordenamento jurídico interpretado no primeiro.

Tais decisões encontram eco na discricionariedade judicial, que possibilita, quando da aplicação/criação da norma jurídica, mais de uma resposta correta à luz do ordenamento jurídico para a solução de cada caso.[702-703]

Com efeito, a discricionariedade judicial enseja ao Juiz amplas possibilidades interpretativas, inclusive aquelas dissonantes da Constituição, razão por que STRECK dirige suas críticas a Hans Kelsen e sua ideia de discricionariedade do intérprete (moldura da norma), que vive no inconsciente dos operadores do direito no Brasil.[704] Ao lado disso, exsurge a ponderação alexyana como um talismã principiológico que, diferente do teorizado, serve de respaldo à discricionariedade do julgador.[705]

Nesse particular, fica evidente que a discricionariedade (ou arbitrariedade) enseja ao juiz a possibilidade de ora reconhecer a validade, ora a invalidade dos contratos entabulados nesse setor, sobretudo porque, com base em interpretações elásticas e distorcidas: as cláusulas que excluem cobertura a transplantes valem ou são absolutamente nulas conforme a preferência do julgador.

Note-se que a decisão judicial é, segundo leciona Eros Grau, influenciada

---

[702]KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 396.

[703]"A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação 'correta'. Isto é uma ficção de que (se?) serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente." *In:* KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre. p. 396.

[704] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

[705] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

por acontecimentos, desde as convicções do juiz, que podem ser norteadas por expectativas de justiça, religião, ética *etc. até* a interpretação/aplicação dada à norma jurídica.[706] Em matéria de Saúde Suplementar, os referidos acontecimentos tomam maior relevância por conta do direito fundamental em jogo, umbilicalmente ligado ao direito à vida e dignidade.

Uma interpretação hermética é aquela que opera por meio da "[...] revelação de um princípio oculto, sem nenhum limite. A partir de determinado ponto de vista, qualquer coisa tem relação de analogia, continuidade e semelhança com qualquer outra. Percebe-se [...] uma tolerância, um apressamento evidente na homologação de diferentes relações. [...]"[707]. Tal conjuntura viabiliza ao magistrado apontar qualquer cláusula como violadora de direitos do consumidor e, com efeito, intervir nas relações estabelecidas no mercado de Saúde Suplementar.

As justificações externas e internas propugnadas por Alexy são abandonadas em prol de uma simplista operação quase que aritmética, na qual dois princípios (ou postulados, ou ideias) são sopesados. Aquele que for considerado mais importante no caso deverá ser levado em conta, ao passo que o outro será afastado. Nos acórdãos contrastados, tem-se, de um lado, o contrato e suas cláusulas e, doutro, os Direitos Fundamentais à Saúde e à Vida. Notadamente, dentro dessa perspectiva simplista de argumentação jurídica – que não se enfeixa no plano teórico proposto por Alexy –, a Saúde e a Vida sempre preponderarão e, com efeito, é o contrato nulificado com facilidade, em vista de tal álibi teórico.[708]

Não bastassem tais fatores deletérios, não se pode deixar de mencionar problemática derivada do Neoconstitucionalismo[709], cuja proposta principal reside

---

[706]GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 72

[707]LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título Original: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 68.

[708] "A ponderação entre princípios tem sido operada, pela jurisprudência e pela doutrina, discricionariamente, à margem da interpretação/aplicação do direito, conduzindo à incerteza jurídica. [...] Juízes, especialmente juízes constitucionais, têm lançado mão, intensamente, da técnica da chamada ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como, porém, inexiste no sistema jurídico qualquer regra a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente. *In:* GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 115 e 117.

[709]HERZL, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, Processo e Constituição:** tendências do direito

em efetivar (de que forma e em que termos? com qual limite?) os direitos fundamentais. Por conta disso, no entanto, esse aparato teórico acaba propiciando aos julgadores amplo espaço para, ao pretexto de efetivar direitos, julgar conforme sua própria visão.

Tem-se, pois, um direito fundamental considerado em grau absoluto aliado a um comando normativo extraído isoladamente da ordem jurídica infraconstitucional – tal como a fundamentação baseada no CDC, cujas estipulações genéricas, como interpretação favorável, vedação a cláusulas abusivas, acabam por conferir uma aparente legitimidade ao discurso jurisdicional.

Nessa ordem de ideias, observa-se que a discricionariedade judicial, a interpretação hermética, a ponderação alexyana e o Neoconstitucionalismo fornecem o meio suficiente para que os julgadores ditem regras até então inexistentes e modifiquem os contratos celebrados no âmbito da Saúde Suplementar, de modo a, inclusive, quebrá-los e, consequentemente, gerir o futuro do respectivo mercado, tudo realizado com amparo em falsas justificações e em manobras que imunizam as decisões de debates públicos e racionais.[710]

Com efeito, esse *status quo* deve ser superado em torno de se reconhecer que há um Sistema de Saúde Suplementar distinto do Sistema de Saúde prestado pelo Estado, e reconhecer sua natureza eminentemente essencial à qualidade de vida dos indivíduos.

O cotejo analítico dos dois acórdãos que tratam de validade (ou não) de cláusula contratual no âmbito privado de Assistência à Saúde revela em síntese, que as intervenções do Poder Judiciário[711] se constroem com respaldo em proposições

---

processual civil à luz do neoconstitucionalismo. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 45-69.

[710] "No Brasil, a criação de zonas de autarquia está ligada a uma falsa justificação das decisões judiciais (e de poder em geral) com fundamento em argumentos exclusivamente personalistas e em conceitos ou raciocínios naturalizados. Ambos os procedimentos têm o potencial de retirar da esfera pública a possibilidade de debater as razões para decidir e a justificativa do desenho do Estado, tornando ambas completamente imunes ao debate racional e público. Além disso, eles parecem guardar semelhança com manobras parecidas, noticiadas pela teoria social em outras realidades e contextos." *In:* RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 21.

[711] "Cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente: sua individualidade está acima das eventuais 'razões do Tribunal' que, aliás, não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente e tampouco impõe o dever de se elaborar um voto oficial da corte." *In:* RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 14.

teóricas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito[712].

4.3 CLAÚSULA CONTRATUAL E MEDICAMENTO EXPERIMENTAL IMPORTADO

A questão atinente ao fornecimento de medicamentos experimentais importados[713] e seu cunho obrigacional em relação às Operadoras de Planos de Saúde é controversa na jurisprudência, na mesma metodologia de ora conferir abusividade da cláusula que restringe a cobertura aos termos referidos, ora entendendo-se por sua validade ante os princípios constitucionais já dantes mencionados.

O contrato entabulado entre Operadora de Plano de Saúde e Beneficiário, que ventila o problema referido acima, consiste em instrumento pelo qual a modalidade de cobertura assistencial é manifestada e o plano-referência se efetiva, conforme já se aduziu no Capítulo 2.

Retomando aquele viés, o plano-referência "[...] constitui o padrão de assistência médico-hospitalar porque conjuga a cobertura ambulatorial, hospitalar e obstetrícia, sendo de oferta obrigatória por todas as entidades que atuem no mercado de suplementação dos serviços de saúde".[714]

Dito de outro modo, a Lei dos Planos de Saúde dispõe que "[...] a operadora de Plano de Saúde deve oferecer, obrigatoriamente, aos consumidores o plano referência, que garante assistência nos segmentos ambulatorial, hospitalar e hospitalar com obstetrícia, sendo relevante instrumento de simetria informativa para os beneficiários e o mercado".[715]

Nesse caso, o contrato reproduz o que vem preconizado na normativa

---

[712] Tenha-se em mira que no Brasil não há espaço para a pergunta elaborada por CAENEGEM, que é a seguinte: "O que é melhor: o Direito dos Precedentes, o Direito das Leis ou o Direito dos Livros?", visto que a Constituição da República erigiu o Estado Democrático de Direito, em que o poder emana do povo por intermédio das formas de participação popular direta e indireta, tendo sempre como ponto basilar a lei. Sobre a pergunta de CAENEGEM, confira: CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, Legisladores e Professores**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010. Título Original: Judges, legislators and professor: chapters in european legal history.

[713] Medicamento não nacionalizado equivale a medicamento importado e experimental, ao medicamento não registrado junto à ANVISA. Cf. http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/conceitos.htm. Acesso: 21/11/2014.

[714] FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 177.

[715] FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 177.

insculpida no art. 10, V, da Lei dos Planos de Saúde, que exclui expressamente do plano-referência a cobertura de medicamentos importados e não nacionalizados.[716]

O medicamento tem finalidade profilática, curativa, paliativa ou de fins diagnósticos, com qualidades relacionadas aos conteúdos farmacoterapêuticos, econômicos, sociais, regulatórios e sanitários, de modo que o seu registro é obrigatório e condição para comércio ou fornecimento em geral, a ser realizado por órgão sanitário, regulador, para propiciar o acompanhamento e controle da qualidade, haja vista os componentes tóxicos e prejudiciais à saúde.[717]

Com efeito, por todas essas questões, medicamentos não registrados junto à ANVISA são excluídos do rol de cobertura dos planos de saúde. Os medicamentos experimentais, além disso, representam ameaça à saúde, porquanto ainda não angariaram todas as fases científicas para a devida comprovação de sua eficácia e efeitos colaterais.

Situada a questão, colacionam-se julgados nos quais justamente se examinam as circunstâncias fáticas e jurídicas em torno do fornecimento de medicamento importado (não nacionalizado e experimental, sem registro na ANVISA) e a obrigatoriedade (ou não) de cobertura pelo Plano de Saúde.

Em decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça, está consignado no Acórdão[718], no que se refere a esta discussão:

> RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. OBRIGAÇÃO DE DAR. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO-REGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE. Em princípio, a prestadora de serviços de plano de saúde está obrigada ao fornecimento de tratamento de saúde a que se comprometeu por contrato, pelo que deve fornecer os medicamentos necessários à recuperação da saúde do contratado. Contudo, essa obrigação não se impõe na hipótese em que o medicamento recomendado seja de importação e comercialização vetada pelos órgãos governamentais. Não pode o Judiciário impor à prestadora de serviços que realize ato tipificado como infração de natureza sanitária, previsto na Lei n. 6.360, art. 66, pois isso significaria, em última análise, a vulneração do princípio da legalidade previsto constitucionalmente.

---

[716]BRASIL. Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso: 20/01/2015.

[717]Informações disponíveis no portal da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA: http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/perguntas+frequentes/medicamentos/516c470040507143a938a989c90d54b4. Acesso: 21/01/2015.

[718]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 874.976/MT**. Disponível em http://www.tjsp.jus.br/Download/EPM/pdf/Respn.874.976-MT.pdf. Acesso: 21/11/2014.

Do relato do voto condutor, extrai-se que a pretensão do autor contratante, situada em ação cominatória contra a Operadora de Plano de Saúde, era compelir a importação de medicamento conforme prescrição médica, ou custear a importação a ser efetuada pelo próprio autor. A decisão de primeiro grau, em sede de tutela antecipada determinou que a Operadora contratada depositasse o valor do medicamento diretamente ao fornecedor, o que foi confirmado pelo segundo grau de jurisdição, no sentido de conceder a obrigação.

Nas razões de decidir, releva destacar:

> A razão que se apresenta nos autos é pungente, mormente do ponto de vista do julgador, pois, de um lado, tem-se a recomendação médica de tratamento com medicamento de comercialização não autorizada no Brasil e, de outro, o perigo de morte, em relação ao paciente, autor da ação. Em razão do princípio constitucional que assegura a todos o direito à saúde, este Tribunal, por meio das decisões que profere, tem imposto ao Estado que forneça medicamento de que necessitem pessoas carentes, idosos e tantas pessoas nas mais variadas situações. Também, em alguns casos, impõe-se tal obrigação a plano de saúde, a depender das peculiaridades constantes do caso concreto. [719]

Refere-se o Ministro julgador à precedente do STJ que, em vertente que reconhece o princípio da integralidade do SUS e o dever do Estado em assegurar o Direito à Saúde, conjugado ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consubstancia na efetivação do dever prestacional o fornecimento de medicamentos indicados pelo atestado médico.

Mas, no caso julgado no Acórdão, o julgador aduz que, mesmo havendo indicação médica, a utilização do medicamento não registrado viola o princípio da legalidade, segundo o qual "[...] a controvérsia encontra solução em um princípio constitucional, qual seja: o da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

Assim, para o julgador, se a lei federal veda a importação e comercialização do produto, não caberia ao Poder Judiciário impor ao Plano de Saúde a realização de ato proibido, com a imposição de uma alternativa (importação pelo próprio usuário) que não teria o condão de transmudar o que é ilícito para lícito.

---

[719]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 874.976/MT**. Disponível em http://www.tjsp.jus.br/Download/EPM/pdf/Respn.874.976-MT.pdf. Acesso: 20/10/2014.

Interessante notar que, nessa linha de raciocínio, há uma pequena incursão à ponderação ao argumento de

> [...] que, de um lado, este princípio constitucional de direito à vida e à saúde e, de outro, o da legalidade são conflitantes do ponto de vista do presente feito, pois estariam a indicar resultados distintos. Ocorre que não é o caso, e só fiz menção a isso para espancar quaisquer dúvidas. De fato, tem o recorrido o direito inarredável à saúde; contudo, não há nos autos indicações de que o tratamento prescrito pelo médico seja o único meio de recuperar sua saúde.[720]

Então, o Direito à Saúde, considerado pelas decisões inferiores reformadas pelo julgamento do Tribunal Superior e segundo o próprio, comporta, para sua efetivação pelo Poder Judiciário, mais do que uma ativação principiológica como razão de decidir. A legislação infraconstitucional é um parâmetro e a prova não repousa apenas em uma única indicação médica! Defluem da fundamentação até aqui reproduzida algumas assertivas: a efetivação do Direito à Saúde deve se dar também pelas Operadoras de Plano de Saúde *em alguns casos*; a legislação infraconstitucional, que proíbe a comercialização do fármaco, e a partir do código binário do direito – lícito e ilícito - (ainda que não fundamentada na própria Lei dos planos de saúde) deve ser aplicada; a prova do processo pressupõe mais do que uma indicação médica analisada isoladamente como única alternativa à cura do paciente.

Em ação de rito ordinário com a finalidade de obrigar o Plano de Saúde a fornecer o medicamento “Brentuximabe Vedotin (Adcetris)” para tratamento de Linfoma de Hodgkin, cuja cobertura de tal medicamento foi resistida justamente com fundamento de se tratar de droga importada e não nacionalizada, sem registro na ANVISA e de caráter experimental, a sentença de primeiro grau foi procedente e o Recurso de Apelação[721] sustentado na vedação legal em fornecer medicamento importado sem registro na ANVISA, nos termos da Lei 6.360/76, aliada aos dispositivos específicos da Lei 9.656/98, que exclui a obrigatoriedade de sua

---

[720]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 874.976/MT**. Disponível em http://www.tjsp.jus.br/Download/EPM/pdf/Respn.874.976-MT.pdf. Acesso: 21/05/2014.

[721] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação com Revisão n.° 1043649-38.2013.8.26.0100**. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/falta-registro-nao-motivo-plano-saude.pdf. Acesso: 13/01/2015. Destaca-se que houve interposição de recurso especial, porém o TJSP negou seguimento ao recurso, visto que se destinava a simples interpretação de cláusula contratual e reexame de provas, o que encontra óbice na Súmula 07 do STJ.

cobertura, o qual foi integralmente improvido pelo órgão fracionário do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O relator, de início, já manifestou seu entendimento no sentido do não provimento do apelo. No desiderato de fundamentar tal conclusão, o julgador afirmou que o médico responsável deixou clara a necessidade de o Autor se submeter a tratamento quimioterápico com o "Brentuximabe Vedotin (Adcetris)" e, em vista de o contrato prever cobertura para quimioterapia, deverá também cobrir o medicamento imprescindível a seu sucesso.

Em seguida, o relator afirma que o Ministério da Saúde tem posicionamento de que medicamentos sem registro na ANVISA não podem ser fornecidos e comercializados; por outro lado, é legal a importação da droga diretamente pelo consumidor, para consumo próprio.

Diante disso, o julgador concluiu que cabe à Operadora custear a importação do medicamento experimental em questão, haja vista que assumiu a obrigação de prestar assistência à saúde do Autor. Ademais, destacou as súmulas 95 e 102 do TJSP[722], que corroboram esse entendimento.

Com base em tal premissa de fato, alia-se a premissa menor de abusividade da cláusula que impede o fornecimento de medicamento importado para fins de quimioterapia, ante a premissa maior de configuração de restrição indevida ao direito fundamental à saúde, bem como afasta a natureza básica do contrato entabulado entre as partes (seu objeto).

Em ambas as situações – transplantes ou medicamentos importados – os fundamentos se justificam em torno da relativização do contrato e sua configuração de abusividade e consequente invalidação. Mas no segundo (medicamentos), as justificações em torno da decisão comportam inferir que, para a formulação do convencimento do julgador, a legislação de regência passa a ser interpretada literalmente ou não, conforme o caso, de maneira a tornar-se mero conselho ou informativo para aquele que julga. Com efeito, há proibição legal em fornecer

[722]"Súmula 95: Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico. Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS". Disponível em http://www.tjsp.jus.br/download/secaodireitoprivado/sumulas.pdf. Acesso: 13/1/2015.

medicamento importado sem registro na ANVISA (Lei 6.360/76) e a Lei 9.656/98 excluiu a obrigatoriedade de sua cobertura. A despeito, o julgado interpreta livremente a questão e conclui que a ANVISA e a lei vedam o fornecimento e comercialização, mas que, por outro lado, nada há de ilegal em importar o medicamento, individualmente, para consumo próprio e, em seguida, pleitear o reembolso junto à Operadora de Plano de Saúde.

Entretanto, com o desiderato de efetivar o Direito Fundamental à Saúde, interpreta-se (inconscientemente, não raro) de forma *ad hoc* e se feudaliza o direito, resultando no afastamento dos óbices legais e legítimos à cobertura pleiteada pelo consumidor.

Tal operacionalização se deve, em elevado grau, ao entendimento – simplista, e nem sequer literal – de que o CDC prevalece diante de conflito com a Lei dos Planos de Saúde, porquanto o Código de Defesa do Consumidor é lei de caráter geral e a Lei dos Planos de Saúde de caráter específico, do que resulta a conclusão de que lei posterior-especial (Planos de Saúde) não pode ser revogada/mitigada pelas disposições da lei anterior-geral (CDC). Em discursos de aplicação não se pode olvidar todo um arcabouço normativo que, inclusive, determina que o CDC será aplicado apenas subsidiariamente, sob pena de perder a legitimidade que deve ser seu principal atributo.[723-724]

Em 1803, a Corte Suprema estadunidense reconheceu os Direitos Fundamentais[725] e deu supremacia à Constituição; permitiu o estabelecimento da ideia de que o Direito é aquilo que os juízes dizem[726]. Isto se contrapõe à concepção do próprio Estado Democrático de Direito, espécie de conciliação do individual com o social, da legalidade com a igualdade (não apenas formal) e de máxima

---

[723] Conforme estipulado pelo art. 35-H da Lei. BRASIL. Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso: 19/11/2014.

[724] Em consequência, não se absorve, nesse contexto, a corrente de pensamento de Claudia Lima Marques ao dar "superioridade hierárquica" ao CDC, pois aliada a argumentos simplificados e dotados de um paternalismo que tem por fito diminuir tensões sociais considerando a aplicação da norma jurídica uma escolha valorativa. Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 548.

[725] BRANDÃO, Paulo de Tarso. Lineamentos Teóricos do Controle Judicial de Constitucionalidade de Leis nos Modelos Originários. *In*: SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar (Org.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 65-66.

[726] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13-14.

legitimação do poder; que nas palavras de CANOTILHO, é “mais” que Estado de Direito[727], bem como representa uma espécie de ruptura dos modelos anteriores (Estado Liberal e Estado Social) para estabelecer uma transformação social e econômica, incluindo-se valores voltados à qualidade de vida da Sociedade e suas relações pluralizadas. Entre esses acréscimos de conteúdo à função do Estado estão inseridas normas que garantem a soberania popular e a participação dos indivíduos e revelam, assim, a máxima expressão do Princípio democrático.

A par dos argumentos estritamente jurídicos, destaca-se que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA estudou novos medicamentos e sua precificação, baseada na análise comparativa de eficácia terapêutica entre o medicamento novo e os medicamentos já comercializados no Brasil. Os resultados apresentados entre 2004 e 2011 evidenciaram que os supostos medicamentos inovadores, que têm patente depositada no Brasil e que apresentaram vantagem terapêutica, constituem uma média menor do que 2 (dois) produtos ao ano, correspondendo a um pouco mais de 3% dos produtos analisados pela GERAE à luz da Resolução CMED nº. 2, de 2004. Por outro lado, dos novos medicamentos lançados nesse período, no Brasil, 97% (419 em 433), não possuíam patente e/ou não comprovaram qualquer tipo de ganho terapêutico em relação aos medicamentos que já se encontravam em comercialização no mercado brasileiro.[728]

Interessante notar que nas decisões dos Tribunais Estaduais em destaque, e de modo diverso do acórdão exarado pelo STJ, o julgador assentou que a opinião do médico especialista deverá prevalecer, o que revela uma clara tendência a considerar a opinião do médico como de autoridade máxima, contra a qual, trazida para os autos, não comporta nenhum outro argumento e lhe conferindo um caráter de exclusividade técnica; visto como alguém acima das mazelas cotidianas, e como o único capaz de produzir a melhora do paciente; é o atestado médico que indica certa conduta, trazido para a fundamentação jurídica, que corporifica a efetivação do direito fundamental à saúde, por meio do processo judicial.[729]

---

[727]CANOTILHO, J. J. Gomes**. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

[728]http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/31cbde804e311d5694ddb7c09d49251b/trabalho+balan%C3%A7o+resol+2.final.15.Jan.2013.pdf?MOD=AJPERES. Acesso: 19/11/2014.

[729]CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do

A questão é muito mais complexa, pois os atores integrantes dessa intrincada relação composta por Operadoras de Plano de Saúde, prestadores de serviços de Saúde, profissionais da saúde pública e privada e o indivíduo a quem a Constituição brasileira destina o direito individual à Saúde - nem sempre têm interesses convergentes. Ignorar que a saúde no Brasil comporta um mercado altamente lucrativo e que pode incluir toda sorte de interesses, não é subordinar o Direito à Economia; é preciso que os mecanismos de decisão judicial analisem, no caso concreto, "o abismo entre a lei e realidade[730]". Tomem-se apenas dois exemplos: os escândalos recentemente divulgados pela mídia brasileira, resultado de investigações realizadas pela Polícia Civil e Ministério Público, em que médicos realizam cirurgias de coração com material vencido para lucrar mais[731], e hospitais e médicos que recebem pagamentos ilícitos de empresas de próteses/órteses para efetuar cirurgias superfaturadas e desnecessárias.[732]

A estruturação jurisprudencial brasileira, a partir de uma lógica de afirmação do direito individual, que deve ser garantido e efetivado pelo Poder Judiciário, contra argumentos e dados de realidade, inclusive econômicos, tem como efeito apenas equacionar o problema, que é social e muito maior, em um microcosmo que considera indivíduo a indivíduo ou, quando muito, grupos de indivíduos, em demandas coletivas, objetos de contratos específicos. Todavia, nem individualmente parece que a solução encontrada faz sentido, porque desenvolvida sem uma base probatória que afaste como absoluta a conclusão de um único médico, que, embora especialista, não é imune a erros e desígnios nefastos, inclusive criminosos, como os acima mencionados.

Não cabe demonizar a todos em detrimento de alguns; mas não se pode construir o direito mantralizado em única opinião, atestado, requisição médica, considerados infensos a qualquer mecanismo de contraposição e justificar-lhes com o argumento jurídico infalível de superioridade do Direito Fundamental à Saúde, conjugado à Dignidade e à Vida.

Advogado, 2014. p. 97.

[730] RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 14.

[731] Reportagem disponível em http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/medicos-fazem-cirurgias-de-coracao-com-material-vencido-para-lucrar.html. Acesso: 21/01/2015.

[732] Reportagem disponível em http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/hospitais-recebem-parte-de-propina-de-empresas-de-proteses.html. Acesso: 21/01/2015.

Surge, assim, a necessária reserva de consistência, que impõe ao juiz a imprescindibilidade de embasar a sua decisão valendo-se de provas concretas disponibilizadas por outras ciências, vale dizer, ampliando a instrução probatória, não apenas ancorado em argumentos jurídicos,[733] tendo-se em mente que os argumentos jurídicos contidos nos discursos de fundamentação e aplicação vêm norteados em um único paradigma, que é a indicação médica. Dito de outro modo, a justificação de legitimidade da decisão judicial vem lastreada na opinião médica e operacionalizada por uma dedução linguístico-hermenêutica que se convence daquela e se constrói a partir de princípios e normas que lhe sejam favoráveis.

Por outra via, o argumento em face do qual as implicações de ordem econômica que decorrem de determinar-se o reembolso/custeio de um medicamento importado, experimental e de alto custo, e que por certo afeta o rígido sistema de funcionamento é, via de regra, afastado, por não conter em si validade ou caráter de importância quando sopesado a um direito cuja fundamentalidade decorre da Constituição. Contudo, ao não ceder ou mesmo considerar que os contratos têm implicações econômicas, se produz, com a decisão judicial, um grande lucro ao ramo da indústria farmacêutica que precisa lançar novas drogas que devem ser consumidas para recuperar o investimento para produzi-las.

Não se tem por objetivo perseguir – e já se afirmou – o acerto ou desacerto do julgamento em torno do tema, mas de demonstrar que carecem as decisões judiciais de argumentos de maior profundidade. Objetiva-se que as fundamentações sejam mais consistentes e englobem a maior quantidade possível de argumentos relacionados à economia e à ciência médica, com a finalidade de construir, em longo prazo, um mercado de Saúde Suplementar seguro e adequado aos fins previstos na Constituição, visto que, só assim, o Direito Fundamental à Saúde será realmente efetivado.

---

[733]ROCHA, Eduardo Braga. **Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 165.

4.4. CLAÚSULA CONTRATUAL E MEDICAMENTO PARA USO DOMICILIAR

Os medicamentos para uso domiciliar constituem exceção à cobertura do plano-referência, conforme dispõe o art. 10, VI, da Lei dos Planos de Saúde.[734] O plano-referência "[...] constitui o padrão de assistência médico-hospitalar porque conjuga a cobertura ambulatorial, hospitalar e obstetrícia, sendo de oferta obrigatória por todas as entidades que atuem no mercado de suplementação dos serviços de saúde".[735]

A despeito disso, a jurisprudência do STJ assentou entendimento de que a cláusula que exclui o fornecimento de medicamentos para uso domiciliar é abusiva. O Ministro Luis Felipe Salomão afirmou, no AgRg no AREsp 292.901/RS[736], que é abusiva a cláusula contratual que determina a exclusão do fornecimento de medicamentos pela operadora do Plano de Saúde tão somente pelo fato de serem ministrados em ambiente ambulatorial ou domiciliar.

Para exemplificar e abordar a problemática, traz-se à baila o AgRg no Agravo em Recurso Especial nº. 300.648, do Rio Grande do Sul, que trata justamente da abusividade da cláusula que exclui da cobertura medicamentos para uso domiciliar.

No caso referido, em Agravo Regimental contra a decisão que conheceu o Agravo e negou seguimento ao Recurso Especial por ela interposto, alegou a Recorrente/Operadora que as disposições contratuais são claras, precisas e de fácil compreensão, e que a Lei 9.656/98 expressamente exclui o fornecimento de medicamentos para tratamento fora do ambiente hospitalar. As razões de Recurso vieram também embasadas na Resolução Normativa 262/ANS, que também exclui o fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, bem como em Parecer-Técnico específico exarado pela ANS para os casos de fornecimento de medicamentos para utilização fora dos ambientes hospitalares ou ambulatoriais.

O relator, de início, aduziu que a Recorrente não trouxe nenhum

---

[734]BRASIL. Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso: 20/10/2014.
[735]FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 177.
[736]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial n.º 292.901/RS**. Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23318201/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-300648-rs-2013-0045857-0-stj. Acesso: 10/11/2014.

argumento capaz de modificar a conclusão do julgado recorrido, que está em consonância com a jurisprudência consolidada do STJ. Com efeito, o julgador argumentou no mesmo sentido do Julgamento do Tribunal Estadual, ou seja, obtemperou que o contrato em questão não prevê exclusão para a doença "retocolite ulcerativa" e que o médico atestou a necessidade do medicamento intravenoso a ser aplicado em âmbito domiciliar, do que resulta, a seu sentir, a necessária cobertura.

Com efeito, e na linha do que já se expôs na análise dos julgados abordados anteriormente, as normas jurídicas que regulamentam o Sistema de Saúde Suplementar são relativizadas, com interpretação contrária à expressa disposição legal. Como dito, os medicamentos para uso domiciliar constituem exceção à cobertura do plano-referência, conforme dispõe o art. 10, VI, da Lei dos Planos de Saúde.[737]

No entanto, a fundamentação utilizada leva em conta uma construção hermenêutica em que, se o contrato cobre a doença, deverá cobrir tudo para sua cura. Afasta-se, pois, a interpretação sistemática daquela norma, de forma absolutamente simplista, superficial, e olvidam-se pontos relevantes que culminaram na vedação legal à cobertura de medicamentos domiciliares.

A título de argumentação, observe-se o exemplo do medicamento Fortéo, voltado ao tratamento domiciliar da patologia Osteoporose (CID M 81.0), para o qual normalmente se prescrevem 24 canetas, aplicáveis uma vez ao dia. O aludido medicamento não consta do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (RN 262/2011 e 338/2013)[738] e, com efeito, não há obrigação de fornecê-lo por parte das Operadoras de Planos de Saúde. Obviamente, a exclusão legal já bastaria por si só, mas a ANS tratou de ir além e regulamentar essa vedação.

Os medicamentos de uso domiciliar não são autorizados pelos planos de saúde, vale dizer, inexiste contrato de Plano de Saúde com tal previsão. O tratamento com o medicamento Fortéo, citado anteriormente, ou mesmo o necessário no caso para tratar doença "retocolite ulcerativa", é ministrado pelo

---

[737]BRASIL. Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso: 20/01/2015.

[738]http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_Rol_de_Procedimentos_e_eventos_em_saude_2014.pdf. Acesso: 20/01/2015.

próprio paciente, sem o auxílio médico direto, e em ambiente doméstico. Essa é a razão de sua exclusão e dos demais medicamentos domiciliares.

Na sistemática adotada pela lei e absorvida concretamente nos contratos, somente há cobertura pelos planos de saúde dos medicamentos administrados nos tratamentos realizados junto a clínicas e hospitais e quando sejam administrados de forma intravenosa e, necessariamente, tenham finalidades quimioterápicas. Por outro lado, não há tal cobertura para o tratamento que é realizado pelo próprio paciente, que não necessita de qualquer auxílio para administrar as injeções subcutâneas aplicadas no abdômen, como é o caso do medicamento Fortéo.[739]

Se extraída do contexto normativo, a cláusula contratual que exclui medicamento domiciliar não é abusiva, opressiva, vexatória, onerosa ou excessiva, ou injustamente desfavorável ao consumidor, eis que pautada na Lei dos Planos de Saúde e Resoluções Normativas da ANS. Agrega-se a tal raciocínio que a mensalidade que tem por fim custear a prestação do serviço médico deve ser compatível com certo conjunto de produtos e serviços, não sendo crível admitir-se cobertura *ad infinitum*, ao argumento considerado no fundamento da decisão segundo o qual a patologia tem amparo no contrato, logo o tratamento – independentemente de qualquer outra variável - também tem.

Do contrário, enveredar-se-á claramente para a quebra dos contratos de planos de saúde, em que o desiderato de “efetivar” o direito fundamental à saúde elidirá qualquer óbice, por mais legal e legítimo que seja. Ora, o contrato é resultado de uma atividade econômica, em que dois interesses se coadunam em direção à efetivação do direito fundamental à saúde, vale dizer, o interesse econômico e o interesse assistencial se unem em prol da efetivação da Constituição. Sem um deles o outro não existiria e, com efeito, o direito fundamental à saúde não seria efetivado. Diante disso, a Saúde Suplementar é tão relevante quanto o próprio direito fundamental à saúde e, nesses termos deve ser entendido por parte do Poder

[739]Inclusive, a bula do medicamento citado delimita o modo de sua utilização, deixando claro de que se trata de aplicação subcutânea e administração domiciliar: “FORTÉO deve ser administrado como uma injeção subcutânea na coxa ou abdômen. A dose recomendada é de 20 mcg uma vez ao dia. FORTÉO é um líquido límpido e incolor. Não use se aparecerem partículas ou se a solução estiver turva ou colorida. Não estão disponíveis informações sobre a eficácia e segurança da injeção intravenosa ou intramuscular de FORTÉO. Para uso da caneta injetora, seguir cuidadosamente os passos descritos no Manual do Usuário que acompanha o produto”. Disponível em http://www.medicinanet.com.br/bula/2623/forteo.html. Acesso: 20/09/2014.

Judiciário.

DWORKIN, em certa medida, apoia decisões que se pautam em normas de política, que são padrões extrajurídicos que os juízes escolhem conforme seu entendimento. Obviamente, o autor prevê um sistema rígido de fundamentação, que serviria de instrumento para a aferição do discurso. DWORKIN afirma que os positivistas habitualmente têm para si uma dicotomia entre o direito de nível superior e o de nível inferior. Isto é, princípios e políticas (que compõem a segunda categoria) não equivalem a regras; ao invés disso, são padrões extrajurídicos que os juízes escolhem conforme seus entendimentos. Esse pensamento está ligado à visão sistêmica do direito como um sistema de regras, que o referido autor avidamente critica, insinuando que os juristas tomam as regras como a única autoridade apta a reger decisões oficiais, e que eventuais árbitros a modificar as regras o fazem conforme suas preferências típicas. Desse modo, nas palavras do autor, "[...] os positivistas tratam o direito como se ele fosse essa versão revisada do beisebol".[740]

A decisão comentada pode ser analisada à luz das justificações interna e externa de Alexy. Para esse autor, o aplicador ou operador do Direito deve proceder com a ponderação dos métodos e regras cabíveis, analisando sua relevância para a construção de uma argumentação racional e lógica. Para tanto, dispõe sobre duas etapas de construção do discurso jurisdicional. A primeira etapa deve levar em conta a verificação da construção coesa de elementos lógicos entre si; e, por outro lado, a segunda etapa, que se refere à justificação externa, passará pelos temas "*cânones de interpretação", "argumentação dogmática", "precedentes", "formas de argumentos jurídicos especiais" e "argumentos práticos gerais".*[741]

Ocorre que as decisões, não raro, se limitam aos precedentes ou cânones da interpretação, olvidando os outros pontos citados acima. Mesmo quando se aplica deliberadamente a ponderação alexyana, os ditames básicos lecionados na obra de ALEXY são desconsiderados ou abordados de forma rasa. No caso em análise, a fundamentação se limitou aos precedentes, sem inovar ou reforçar sua fundamentação.

---

[740]DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously. p. 62.

[741]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte. p. 230.

Por fim, o caso em questão não levou em conta as Resoluções da ANS, ente responsável pela normatização do mercado de Saúde Suplementar. Ora, a lei atribuiu a função de normatizar o mercado ao referido ente (conforme abordagem levada a efeito no Capítulo 2), de modo que a não observância de suas normativas acarreta a relativização/violação da lei.

4.5 AINDA SOBRE VALIDADE OU INVALIDADE DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE: BOA-FÉ E EQUILÍBRIO DO CONTRATO

Em torno do cotejo de algumas decisões judiciais, contratos e sistema normativo vigente (principalmente das negativas de cobertura ou de autorização para tratamentos, cuja análise é exemplificativa), bem como da conclusão extraída pelos julgadores de validade ou invalidade dos instrumentos jurídicos elaborados à luz da Lei dos Planos de Saúde e rigorosamente fiscalizados pela ANS, visa-se a analisar a fundamentação das decisões que trilharam esse caminho. Inicialmente, já se assevera que não há minimamente um consenso jurisprudencial em torno do enfrentamento do intrincado sistema e dos limites jurídicos que o efetivam.

Dentre os princípios já elencados[742] que estruturam e dão coesão ao Sistema de Saúde Suplementar, destacam-se aqui o Princípio da boa-fé objetiva e o Princípio da Função Social do Contrato. Isso porque, ainda no tema que se destina este Capítulo, persiste a discussão efetivamente sobre a noção de boa-fé objetiva e sua aplicação ao discurso jurídico e o alcance da Função Social em torno dos contratos de saúde.

Quanto ao primeiro, além de servir ao julgador como norte interpretativo, buscando preservar o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, também se presta para impor limites a qualquer conduta das partes que fira parâmetros de lealdade e cooperação como pressupostos da boa-fé objetiva.[743]

Desse norte, o questionamento é claro: a suposição de que a parte contrária agiu de boa-fé não estaria, portanto, de acordo, por exemplo, com os parâmetros de lealdade e cooperação? Resta ainda irresoluta a questão principal, isto é, se a conduta de um dos contratantes feriu, afinal, tal Princípio.

---

[742] Conforme abordagem contida nos itens 1.6 e 2.4 desta Tese.
[743] CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 106-107.

A título de ilustrar a atividade dos tribunais nesse sentido, relevante é o caso do Recurso Especial 1.230.233[744], julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Em tal julgamento, a situação apresentada é exatamente essa, em que a doença pré-existente corresponde a diversas condições médicas — diabetes, hipertensão e cardiopatia — não declaradas pelo beneficiário e contratante.[745]

O argumento questionado principalmente pelos Ministros julgadores diz respeito à necessidade que a Operadora teria de contestar a veracidade da declaração através de requisição de exames que fossem relacionados a doenças que o beneficiário possivelmente teria à época da contratação. Esse ponto é indubitavelmente passível de discussão, uma vez que o artigo citado pelo acórdão do STJ traz um texto de interpretação ampla[746]. Isto é, o dispositivo legal rege as questões em que há dolo recíproco, porém, deve-se discutir se a presunção de boa-fé do beneficiário por parte da operadora seria dolosa; ou se há efetivamente motivo

---

[744]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.230.233/MG**. Relatora Min. Nancy Andrighi. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso: 17/09/2013.

[745]DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SEGURO SAÚDE. COBERTURA. RECUSA. MÁ-FÉ DO SEGURADO AO INFORMAR DOENÇAS PREEXISTENTES. PRÉVIA SOLICITAÇÃO DE EXAMES MÉDICOS. DEVER DA SEGURADORA. OBESIDADE MÓRBIDA JÁ EXISTENTE NA DATA DA CONTRATAÇÃO. VÍCIO DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. AUSÊNCIA. 1. Provado nos autos que, no ato de assinatura do contrato, o recorrente já era portador de obesidade mórbida, os respectivos riscos certamente foram levados em consideração e aceitos pela seguradora ao admiti-lo como segurado, não se podendo falar em vício na manifestação de vontade. Ademais, diante do quadro de obesidade mórbida, era razoável supor que o segurado apresentasse problemas de saúde dela decorrentes - inclusive diabetes, hipertensão e cardiopatia - de sorte que, em respeito ao princípio da boa-fé, a seguradora não poderia ter adotado uma postura passiva, de simplesmente aceitar as negativas do segurado quanto à existência de problemas de saúde, depois se valendo disso para negar-lhe cobertura. 2. Antes de concluir o contrato de seguro saúde, pode a seguradora exigir do segurado a realização de exames médicos para constatação de sua efetiva disposição física e psíquica, mas, não o fazendo e ocorrendo sinistro, não se eximirá do dever de indenizar, salvo se comprovar a má-fé do segurado ao informar seu estado de saúde. Precedentes. 3. A má-fé do segurado somente implicará isenção de cobertura caso tenha tido o condão de ocultar ou dissimular o próprio risco segurado, isto é, a omissão do segurado deve ter sido causa determinante para a seguradora assumir o risco da cobertura que se pretende afastar. 4. Somente se pode falar em vício da livre manifestação de vontade caso o comportamento do segurado tenha efetivamente influenciado a análise do risco, afetando de forma decisiva o desígnio da seguradora. 5. O princípio da boa-fé contratual, contido nos arts. 422 do CC/02 e 4º., III, do CDC, inclui o dever de não se beneficiar da má-fé da parte contrária. Ter-se-á caracterizado, nessa situação, o dolo recíproco ou bilateral, previsto no art. 150 do CC/02, consistente em tirar proveito da leviandade da outra parte para obter vantagem indevida no negócio. 6. Recurso especial provido. *In:* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.230.233/MG**. Relatora Min. Nancy Andrighi. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso: 17/09/2013.

[746]Traz o artigo respectivo a seguinte redação, *in verbis:* "Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização." *In:* BRASIL. **Código Civil Brasileiro**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso: 13/01/2015.

para afirmar que a seguradora deve contestar as afirmações do contratante e requerer exames sempre que houver suspeita de doença não declarada.

A teoria da argumentação jurídica de ALEXY, tal qual exposto no capítulo anterior, tem que a 'justificação externa' — parte do método proposto pelo autor alemão para a aplicação de uma hermenêutica racional do discurso dos operadores do direito — é dividida em um conjunto de regras.

E nesse sentido, tendo-se como base o exemplo em tela, destacam-se os *argumentos teleológicos e genéticos,* nos termos elaborados pelo autor, que têm como finalidade encontrar o fim racional prescrito objetivamente no ordenamento; ou a compreensão da intenção do legislador, como construção teórica singular, para dela destilar a correta aplicação da norma jurídica. Para Alexy, pois, deve-se buscar entender o que pretendia o legislador que concebeu tais Princípios, para saber se a operadora os feriu ou não. E diante da análise genético-teleológica dessa parte do ordenamento, a partir de estudos doutrinários como o maior ponto de atenção da hermenêutica alexyana no caso analisado, observa-se que o requerimento de exames adicionais por parte da operadora, inserido como condição no julgado, inverte justamente o princípio no qual se embasa - a boa-fé objetiva parte da premissa de que há confiança entre as partes — o que não teria sido observado por parte do beneficiário e contratante no julgamento analisado.[747]

Ademais, levando-se em conta a distinção entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva[748], tem cabimento a conclusão de que o legislador buscava que o operador

---

[747] Cf. "3. Boa-fé. Conceito. TJSP.: 'Cabe ainda lembrar antiga lição do mestre ORLANDO GOMES, para quem a boa-fé se traduz em lealdade, confiança e colaboração nas tratativas contratuais, (Contratos, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999)'. (AI n. 7143354-6, rel. Des. Amado de Faria, j. 22.8.2007". *In:* IMHOF, Cristiano. **Código Civil Interpretado – Anotado Artigo Por Artigo.** 4 ed. – Florianópolis: Publicações Online, 2012. p. 569.

[748] "A doutrina vem distinguindo a boa fé como objetiva e subjetiva, sendo que convém analisar a distinção: A expressão 'boa-fé objetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva', justamente porque, para a sua aplicação, deve o interprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem. Já por 'boa-fé objetiva' se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law – o modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta, o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo [...]". *In:* IMHOF, Cristiano. **Código Civil Interpretado – Anotado Artigo Por Artigo.** 4 ed.

do direito encontrasse, através da justificação externa de Alexy,[749] alguma construção teórica de ética e boa-fé ideal para os contratantes. Com isso, poderia o julgador contrastar o modelo ético ideal com o caso fático.

Não se busca, porém, uma mera subsunção, inclusive prestando-se atenção ao modelo proposto por Alexy, isto é, uma Teoria da Argumentação Jurídica próxima do discurso mais racional possível. Mesmo porque, a volta à simplista e rígida subsunção implicaria, a um só tempo, a reabertura do normativismo kelseniano e adesão aos seus ditames, que, como já alertado aqui, são perniciosos ao Estado Democrático de Direito, sobretudo diante da referida discricionariedade judicial.

Atualmente, não se considera mais a subsunção como critério único para interpretar/aplicar a norma jurídica e, com efeito, observa-se o pensamento kelseniano implicitamente previsto no ordenamento jurídico, por meio de cláusulas abertas e valores insertos no texto legal.[750] O que dizer da mencionada boa-fé? Nitidamente, será o juiz que avaliará o que isso significa no caso concreto e dará a última palavra sobre qual foi a vontade do contratante.

O conceito é amplo e, em certa medida, indeterminado,

> A aproximação dos termos ordem econômica e boa-fé serve para realçar que esta não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue. São dois os lados, ambos iluminados pela boa-fé: externamente, o contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa *etc.*, que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das

---

Florianópolis: Publicações Online, 2012. p. 569.

[749] Abordada no capítulo anterior desta Tese.

[750] "[...] não se pode confundir ou tentar buscar similitudes entre os princípios constitucionais e as referidas cláusulas gerais (abertas). São coisas absolutamente distintas. Aliás, seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse, por exemplo, 'princípios' (*sic)* que autorizassem o juiz a buscar, em outros 'espaços' ou fora dele, as fontes para complementar a lei. É como se a Constituição permitisse que ela mesma fosse 'complementada' por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar (portanto, à revelia do princípio democrático)." *In:* STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47.

expectativas do negócio.[751]

Aliado a isso, surge o problema relacionado ao conceito de Princípio e seu conteúdo, que, a depender da linha seguida, propiciará o aumento do poder discricionário do juiz. Autores como OLIVEIRA[752] buscam por meio dos Princípios minorar a discricionariedade judicial, porém seguem linha rígida na conceituação desse instituto jurídico, o que não se nota de maneira geral nos julgados.[753]

O fato de a operadora aceitar contratar com indivíduo acometido de obesidade mórbida, de acordo com o entendimento da relatora, afasta a má-fé deste quando no momento da contratação omitiu informações (ou melhor, mentiu respondendo "não" ao questionário realizado) relacionadas às doenças diabetes, hipertensão e cardiopatia. Em outros termos, caberia à operadora presumir a má-fé do contratante e realizar exame médico para aferir as informações que este passou. Segundo a relatora, caberia também à operadora saber que alguém acometido de obesidade mórbida, por consequência, teria diabetes, hipertensão e cardiopatia; verdadeiro exercício de futurologia, em visão maniqueísta do fraco contra o forte.

A arbitrariedade das decisões judiciais, como a em tela, que atribui deveres e obrigações inadvertidamente, revela discricionariedade presente na fundamentação e que enseja qualquer tipo de conclusão. A exemplo do caso citado, a má-fé do beneficiário gerou deveres até então inexistentes à operadora, em manifesta inversão de valores.

Ademais, houve cristalina subversão do texto legal, que, segundo GRAU, evidencia-se no ato de o interprete desnaturar o mandamento previsto na lei, produzindo comando diverso do original. Ao atribuir ônus excessivo à seguradora em virtude da má-fé do segurado em mentir em sua declaração, o julgamento violou o

---

[751]AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 14, abr/jun. 1995. p. 22.

[752]OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[753]"[...] acreditar que a decisão judicial ou a promoção de arquivamento (ou um pedido de absolvição feito pelo MP) são produtos de um ato de vontade (de poder) nos conduz inexoravelmente a um fatalismo. Ou seja, tudo depende(ria) da vontade pessoal (se o juiz quer fazer, faz; se não quer não faz...!). Logo, a própria democracia não depende(ria) de nada para além do que alguém quer...! Fujamos disso! Aliás, a hermenêutica surgiu exatamente para superar o assujeitamento que o sujeito faz do objeto (aliás, isso é o que é a filosofia da consciência...!)." *In:* STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 38.

texto dos arts. 150 e 422 do Código Civil.[754]

É imperioso fazer o cotejo entre o que foi exposto sobre Dworkin no capítulo anterior e a decisão em comento. Como explicitado, Dworkin obtempera que a decisão jurídica não é um processo de escolha do julgador das possibilidades de solução do caso; ela é um processo no qual o juiz estrutura sua interpretação conforme o direito projetado pela comunidade política. Ou seja, o referido autor também se ergue contra a discricionariedade implicada pela Teoria Pura do Direito de Kelsen. Obviamente, suas proposições teóricas também não são imunes a críticas, quando Dworkin defende uma única resposta correta, mas, ao mesmo tempo, quando não admite espaço para discricionariedades nos moldes aqui criticados.

Retomando o fio do argumento, interessante apontar que, no escólio de RODRIGUEZ, os juízes, quando decidem, exercem sua autoridade com citações de outras autoridades (doutrina, jurisprudência *etc.*), de modo a justificar racionalmente a sua decisão. Ocorre que não há prévia explicação da razão de escolha das autoridades utilizadas nem da linha lógica ou de raciocínio seguida, o que denota, não raro, o caráter meramente opinativo de suas fundamentações.[755]

Ainda no caso em questão, os excertos doutrinários de Caio Mario da Silva Pereira e Judith Martins-Costa – ambos autores civilistas, cujas obras são gerais e, sobretudo, destinadas aos contratos previstos no Código Civil – vêm como fundamento da sua conclusão, segundo a qual a má-fé demonstrada pelo beneficiário no momento da contratação não obstaria o seu direito ao gozo da cobertura securitária, visto que a operadora devia pressupor que diabetes, hipertensão e cardiopatia são consequências lógicas do quadro de obesidade mórbida ou, do contrário, deveria submeter o beneficiário a exame médico.

Diante desse quadro, válida a lição de LORENZETTI, segundo a qual um dos problemas da atualidade é a feudalização do direito, em que a lei passa a ser mero conselho. O caráter geral da lei imperativa torna-se débil. Segundo o referido autor, este fenômeno é

---

[754]GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 90-92.
[755]RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica ao direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 81.

> [...] representado por uma série de condutas que partem da ideia de que as regras podem ser deixadas de lado ante os motivos políticos circunstanciais, interesses de grupos ou meras urgências individuais. Existe a curiosa e difundida noção de que toda lei é uma regra condicionada à adaptação às características particulares de cada sujeito ou situação.[756]

Destaca-se a argumentação sobre dolo recíproco ou bilateral, segundo o qual não é lícito a um contratante se beneficiar da má-fé da parte contrária, do que resultaria a impossibilidade de a operadora negar cobertura com fundamento nas omissões do beneficiário no momento da celebração do contrato de assistência privada à saúde.

Ora, com base em tal raciocínio, a vedação legal à cobertura de doenças pré-existentes enseja em relativização do comando legal como efeito de albergar justamente o inverso: agir com má-fé (escondendo doenças) não afetaria o princípio da boa fé.

Ainda no ambiente da previsão contratual e de cláusulas excludentes, destaca-se o Recurso Especial 1.106.789[757], no qual se discutiu a cobertura de

---

[756]LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título Original: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 54-55.

[757]"Civil. Recurso especial. Ação cominatória cumulada com pedido de compensação por danos morais. Plano de saúde firmado em 1992. Recusa de cobertura de gastroplastia redutora, conhecida como 'cirurgia de redução de estômago', sob alegação de ausência de cobertura contratual. Operação recomendada como tratamento médico para gravíssimo estado de saúde e não com intuito estético. Técnica operatória que passou a ser reconhecida nos meios médicos brasileiros em data posterior à realização do contrato. Acórdão que julgou improcedentes os pedidos com base na necessidade de manutenção da equivalência das prestações contratuais. Extensão da cláusula genérica relativa à cobertura de 'cirurgias gastroenterológicas' para a presente hipótese. - O CDC é aplicável à controvérsia, ao contrário do quanto afirmado pelo acórdão. - A discussão sobre a equivalência das prestações deveria ter levado em conta que a análise contratual correta, em termos econômicos, depende, necessariamente, do estudo de dois momentos distintos no contrato de seguro-saúde: o primeiro é relativo à definição das doenças cobertas, e o segundo, às eventuais previsões de tratamentos específicos para tais doenças. - **Se o contrato previa a cobertura para a doença, qualquer constatação de desequilíbrio financeiro a partir da alteração do tratamento dependeria, naturalmente, de uma comparação analítica entre os custos derivados das duas prescrições – aquela prevista no momento da contratação e aquela desenvolvida mais tarde. - Sem tal comparação, a argumentação desenvolvida é meramente hipotética, pois se presume, sem qualquer demonstração, que a nova técnica é necessariamente mais custosa do que a anterior.** - Não se desconsidera, de forma apriorística, a importância do princípio da equivalência das prestações nos contratos comutativos; porém, é de se reconhecer que a aplicação desse cânone depende da verificação de um substrato fático específico que aponte para uma real desproporção entre as prestações, não se admitindo que a tutela constitucional dos direitos do consumidor seja limitada com base em meras suposições. - A ausência de adaptação do contrato às disposições da Lei nº. 9.656/98 – que prevê expressamente a cobertura para a cirurgia de redução de estômago – é ponto irrelevante, pois a controvérsia, conforme visto, se desenvolve unicamente na perspectiva da

tratamento para redução de estômago, surgido posteriormente à celebração do contrato e, nesses termos, excluído do rol de cobertura. O Tribunal, a despeito disso, estendeu a cláusula genérica relativa à cobertura de cirurgias gastroenterológicas para a hipótese de redução de estômago para fins não estéticos. Todavia, a questão merece ser analisada de um ponto de vista mais reflexivo e profundo.

Com efeito, releva destacar ponto interessante do julgado do STJ, segundo o qual haveria dois momentos para comparar desequilíbrio econômico: o primeiro, na assinatura do contrato, e um posterior, nas palavras da Relatora, “mais tarde”.

A ideia segundo a qual não se admite que a tutela constitucional dos direitos do consumidor seja limitada em meras suposições, contrastada com o fato de o contrato não ser adaptado aos ditames da Lei 9656, torna-se irrelevante, porque segundo o julgado, na perspectiva do contrato, o consumidor tem direito de receber o tratamento mais moderno, muito embora o contrato não ofereça cobertura e a referida lei que alberga o direito não incida sobre este.

Alguma reflexão, por certo, deflui deste modo de construção jurisprudencial. Observa-se, de início, que a argumentação desenvolvida é genérica, respaldada na assertiva de que os direitos do consumidor relacionados à essência do contrato (assistência privada à saúde) não podem ser mitigados, sob pena de infringência ao direito fundamental à saúde.

Obviamente, essa conclusão encontra óbice na natureza da relação, que é eminentemente contratual, despida de integralidade de cobertura – como é o caso da saúde pública. É razoável concluir que, em um contrato privado de assistência à saúde, seja legítima, desde que respeitados os ditames da boa-fé e clareza, a exclusão de certas e determinadas coberturas, sobretudo aquelas relacionadas a fenômenos não patológicos.

Ocorre que a integralidade nunca foi afeita à Saúde Suplementar, que tem

---

análise do contrato firmado em data anterior a tal Lei. - A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor. - É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. Precedentes do STJ. Recurso especial provido.” (não há grifos no original) Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718921/recurso-especial-resp-1106789-rj-2008-0285867-3/relatorio-e-voto-11880530. Acesso: 21/01/2015.

como escopo prestar o melhor serviço possível dentro dos limites contratados, do que resulta, por natureza, a limitação inata da cobertura assistencial[758].

Diante disso, a conclusão obtida pela relatora de que, se o contrato previr a cobertura para a doença, a Operadora de Plano de Saúde deverá cobrir qualquer tratamento no sentido de afastar a patologia, é divorciada de um contexto realista e apriorístico. É impossível antever o surgimento de tratamentos e seus custos, e que a Operadora tenha de incumbir-se da cobertura de tratamentos que sequer existiam no momento da contratação. O julgado registra que a técnica operatória pleiteada para redução de estômago passou a ser reconhecida nos meios médicos brasileiros em data posterior à realização do contrato, mas que esse momento posterior deve ser dimensionado em custos quando da celebração do contrato.

Hodiernamente, vislumbra-se o aumento de declarações de nulidade de cláusula contratual com espeque no reconhecimento de sua abusividade por parte do Poder Judiciário – conforme se comprova com as decisões abordadas. O problema é que a abusividade fica inteiramente a cargo da interpretação desenvolvida pelo magistrado e, não raro, passa ao largo de questões fundamentais e peculiares à Saúde Suplementar.

O contrato, na espécie, é resultado de uma atividade econômica, em que dois interesses se coadunam em direção à efetivação do direito fundamental à saúde, vale dizer, o interesse econômico e o interesse assistencial se unem em prol da efetivação da Constituição. Sem um deles o outro não existiria e, com efeito, o direito fundamental à saúde não seria efetivado. Diante disso, a Saúde Suplementar é tão relevante quanto o próprio direito fundamental à saúde e, nesses termos, deve ser entendido por parte do Poder Judiciário.

Dito isto, tem-se duas obrigações primárias diante de um contrato de assistência privada à saúde: uma dirigida a quem redige o contrato; e outra a quem o interpreta. Quem redigir deverá prestigiar as qualidades que conduzem à plena compreensão do consumidor hipossuficiente daquilo que está contratando; por outro lado, sua interpretação deverá guardar alguma correlação que leve em conta a natureza da relação e as especificidades da Saúde Suplementar.

Retomando o fio do argumento, o princípio *pacta sunt servanda*, no

[758]Remete-se ao contido no Capítulo 2 acerca da aplicabilidade da Lei dos Planos de Saúde a Contratos celebrados antes de sua vigência.

sentido de que é legal a cláusula que limita cobertura, é argumento frágil, uma vez que a Função Social do Contrato mitiga o referido princípio. Em outras palavras, o *pacta sunt servanda* mantém sua importância, visto que é consequência da autonomia privada no ato de contratar. Porém, o reconhecimento da Função Social do Contrato deslocou o foco do problema para a interpretação do que é contrário à sociedade. Da mesma forma, a promulgação do CDC forneceu meios para a mitigação do *pacta sunt servanda*, diante de violações aos direitos dos consumidores.

O indivíduo responsável por fornecer as respostas e resolver os problemas de violações de direitos é o juiz, sobretudo numa Democracia em que este se torna o guardião das promessas, na expressão de GARAPON.[759] Ou seja, em virtude das transformações do direito, o juiz passou a ser o centro das atenções.

Veja-se lição de ASENSI:

> As concepções do pós-positivismo e dos estudos de judicialização possuem um ponto em comum: a centralidade do juiz na efetivação dos direitos. Tais concepções vão além ao estabelecerem que, metodologicamente, as pesquisas realizadas no campo do direito também devem seguir o referencial judicial, o que alça o Judiciário a um verdadeiro *lugar privilegiado* de discussão de acadêmicos, profissionais do direito e atores políticos.[760]

O referido autor arremata:

> Desse modo, é importante salientar que as concepções construídas pelo pós-positivismo e pelos estudos de judicialização podem possuir limitações de diversas naturezas. A assunção do juiz como um ator essencial na aplicação e interpretação do direito – realizada pelo pós-positivismo –, e a assunção do juiz como a instituição jurídica primaz na efetivação – realizada pelos estudos de judicialização –, propicia a supervalorização da dinâmica judicial. Inclusive, o direito é frequentemente relacionado à instituição judicial. [761]

Essa supervalorização ensejou ao juiz a possibilidade de interpretar livremente, de modo a regrar a vida social e, inclusive, a determinar e condicionar.

---

[759]GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**: o guardião das promessas. 2 ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. Título Original: Le gardien des promesses.
[760]GUERRA, Sérgio (org.). **Transformações do Estado e do Direito**: novos rumos para o Poder Judiciário. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2011. v. 2. p. 129.
[761]GUERRA, Sérgio (org.). **Transformações do Estado e do Direito**: novos rumos para o Poder Judiciário. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2011. v. 2. p. 129.

Como dito acima, a questão do que é ou não abusivo fica inteiramente ao alvedrio do julgador. Tal *status quo* não é adequado ao Estado Democrático de Direito. O direito não é o que o juiz diz que ele é. A construção da justiça não prescinde do povo e de todos que, direta ou indiretamente, se relacionam com o Poder Judiciário.

Quando o julgador afirma tão facilmente ser hipótese de abusividade de cláusula contratual, em verdade, pode estar se valendo do poder que lhe é conferido pela discricionariedade judicial, largamente exercido quando se trata de interpretações decorrentes de relação de consumo.

Nessa conjuntura, os limites da interpretação e a forma pela qual se dá devem ser aquilatados em torno do reconhecimento do Sistema de Saúde Suplementar em todas as suas implicações.

O novo Código de Processo Civil – CPC surge com a expectativa de modificar o atual *status quo*; todavia, como em seguida se aborda, a atualização legislativa não alinha métodos novos para soluções de problemas tão antigos, e, em boa medida, mantém os atuais problemas relacionados à fundamentação das decisões judiciais.

4.6 BREVES CONSIDERAÇÕES: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O novel Código de Processo Civil, cujo projeto aprovado pelo Senado, e com o texto consolidado foi submetido à sanção da Presidente da República[762], visa a contemporizar relações jurídicas processuais decorrentes, precipuamente, de questões civis.[763] Em outras palavras, o processo civil será adaptado aos termos da atual Constituição da República. Nesse sentido, o art. 1.º prevê que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”[764]

O novo CPC, segundo Fredie Souza Didier Júnior, membro da comissão

---

[762] Em 21/01/2015 ainda não efetivada.

[763] Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731. Acesso: 21/01/2015.

[764] Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731. Acesso: 21/01/2015.

de reforma da Câmara dos Deputados, não é mera revisão do código de 1973; é um novo diploma destinado a suprir a necessidade que os operadores do direito têm atualmente.[765] De fato, a nova lei apresenta ótima sistematização e moderniza o trâmite dos processos, sobretudo no que versa sobre o processo eletrônico.

OLIVEIRA entende que o novo CPC poderá contribuir para mudança na orientação do ensino jurídico no Brasil. Segundo o autor, por exemplo, o fato de existir uma aproximação entre a *common law e civil law* no projeto acarretará maior atenção e estudo das famílias e culturas jurídicas, bem como suas tendências.[766]

Os conteúdos principiológicos da Constituição são normatizados no Projeto, a exemplo da garantia da duração razoável do processo – Direito Fundamental inserto no artigo 5º., inciso LXXVII da Constituição – são normatizados no novo diploma, "Art. 4º. As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".[767]

Paralelamente, e no que se refere ao campo desta abordagem, o projeto visa a estabelecer critérios relacionados à fundamentação das decisões judiciais. Com efeito, o projeto do Novo CPC dispõe, no art. 11, que todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade.[768] Nada de novo há nisso, porém esse artigo é complementado pelo art. 486, §1º., do qual consta um rol de decisões consideradas sem fundamento e, portanto, nulas.

> Art. 486 [...]
> I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso

[765]DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. O novo CPC não é uma revisão do Código de 1973. É muito diferente. **Consultor Jurídico**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-jul-02/entrevista-fredie-didier-membro-comissao-reforma-cpc. Acesso: 10/10/2014.
[766]OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. Novo CPC pode contribuir para mudança na orientação do ensino do Direito. **Consultor Jurídico**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-jan-24/diario-classe-cpc-contribuir-mudanca-orientacao-ensino-direito. Acesso: 25/01/2015.
[767]Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731. Acesso: 21/01/2015.
[768]Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731. Acesso: 21/01/2015.

> sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.[769]

A despeito do avanço nesse ponto, a nova legislação deixa a desejar no §2º. do mencionado artigo[770], visto que enseja ao juiz ponderar normas. Como desenvolvido nesta Tese, a ponderação de princípios conforme o caminho percorrido por Alexy não contém o mesmo significado de poder, quase que livremente, escolher qual lei será aplicável segundo seus critérios pessoais e de interpretação.

Sobre esse tema, STRECK, partindo do pressuposto de que o legislador quis dizer princípios quando disse normas, leciona que:

> Se estamos entendidos, quando o legislador fala em "ponderação", podemos estar certos de que está se referindo a longa tradição representada pela recepção (embora absolutamente equivocada), em terrae brasilis, da ponderação (Abwägung) da Teoria da Argumentação proposta por R. Alexy. Com certeza, nosso legislador, ao invocar uma "colisão entre (sic) normas" (sic), reportou-se a isso, o que acarreta gravíssimas consequências. Já falei muito e já critiquei sobremaneira o ab-uso disso que por aqui chamamos de "ponderar". Posso afirmar, com dados empíricos, que seu (ab)uso — em terras brasileiras — tem sido problemático. Para termos uma ideia, Fausto de Moraes, Prêmio Capes 2014, sob minha orientação, mostra, em tese doutoral, que a nossa Suprema Corte, nas quase duzentas vezes que lançou mão da ponderação nos últimos dez anos, em nenhum dos casos o fez nos moldes propostos por seu criador alemão.[771]

O autor afirma que se a expressão "ponderação de normas" não se referir à técnica derivada da teoria da argumentação jurídica de Alexy, dever-se-ia substituir tal termo por "consciência do julgador", "discricionariedade", "escolha" *etc*. Isso porque se trata de porta para a arbitrariedade do julgador.[772] Em consequência,

---

[769]Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731. Acesso: 21/01/2015.
[770]Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731. Acesso: 21/01/2015.
[771]STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! **Consultor Jurídico**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta. Acesso: 21/01/2015.
[772]STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! **Consultor Jurídico**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta. Acesso: 21/01/2015.

extrai-se a primeira perspectiva para o futuro, no sentido de que ainda remanesce o espírito de discricionariedade e decisão conforme a consciência do julgador. As sugestões e apontamentos realizados neste Capítulo dependeram da atual sistemática, em que a discricionariedade impera. Infelizmente, o mencionado preceptivo legal opera como mantenedor desse sistema.

Nesse particular, interessante a pesquisa estatística desenvolvida por SADEK, na qual se avaliou em percentuais a preponderância de decisões judiciais pautadas nas consequências econômicas, sociais e no compromisso com a legislação.

> A distinção dos entrevistados de acordo com o quartil de IDH (tabela 55) revela que os magistrados que atuam nos estados classificados no quartil baixo diferem de modo significativo dos demais quanto à concordância com a assertiva de que as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais – a proporção é menor. O mesmo pode ser afirmado no que diz respeito ao compromisso com as consequências econômicas sociais, destacam-se os que atuam nos estados englobados no quartil médio-baixo, apresentando uma proporção maior do que a verificada nos demais quartis.[773]

Com efeito, vê-se certa medida de descompromisso no tocante aos aspectos econômicos e legais da decisão judicial. É justamente esse ponto que implica prejuízos à adequada fundamentação das decisões judiciais, sobretudo no âmbito da Saúde Suplementar.

Como pondera STRECK, "[...] Conseguir romper com o mito de 'Oskar Bülow' é um salto em direção ao futuro. Livrar o processo civil das amarras do instrumentalismo presente em Carnelutti, Couture, Liebman etc, é olhar para o futuro".[774] Com efeito, o novo CPC vem sendo bem recebido porque, justamente, visa a se adaptar à realidade constitucional e tornar mais efetiva a prestação jurisdicional.

Obviamente, o projeto merece reflexão e sugestões. Um exemplo de ponto a ser refletido é o art. 368, no qual se assenta o livre convencimento do juiz (não mais expressamente). O julgador continua como o senhor das provas, podendo

---

[773]SADEK, Maria Tereza. **Magistrados**: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 49.

[774]STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! **Consultor Jurídico**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc. Acesso: 21/01/2015.

agir livremente na instrução probatória. O único requisito é explicitar as razões que formaram o seu convencimento; e livre convencimento não é sinônimo de decisão fundamentada. O juiz livremente se convencer com o que lhe é levado por meio dos autos não acarreta, necessariamente, uma decisão fundamentada. Pelo contrário, normalmente implica na prolação de decisões frágeis do ponto de vista da consistência e argumentação.[775]

O aludido autor vislumbra que a nova legislação conjuga os positivismos exegético e normativista, haja vista que, a um só tempo, aposta na conceptualização e na discricionariedade do juiz. De um lado, o capítulo sobre precedentes e, de outro, o livre convencimento motivado do juiz.[776] Esse é mais um ponto sobre o qual se deve refletir, eis que o novo CPC não rompe com o velho paradigma.

O projeto conjuga sistemas jurídicos antagônicos (*civil law* e *common law*), ou seja, aposta na lei e na discricionariedade judicial ao mesmo tempo que crê nos precedentes obrigatórios. É um sistema híbrido e de difícil harmonização. Essa união de ideias não convergentes gerará inúmeros problemas nas fundamentações das decisões judiciais e, desse modo, vindo o futuro repetir o passado.[777]

Abrindo um parêntesis em torno da pontual e brevíssima reflexão sobre o Projeto de Código de Processo Civil, interessante notar que, em contraponto ao conteúdo e significado de cunho principiológico e normativo da celeridade das decisões judiciais, que ao longo das duas últimas décadas fez concretizar institutos jurídico-processuais tais como a tutela antecipada[778], pretende o Legislativo Federal instituir processo especial, com rito procedimental que amplie a cognição e o

---

[775]STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! **Consultor Jurídico**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law. Acesso: 21/01/2015.

[776]"Apostando na commonlização do Direito, o projeto consegue a façanha de acumular dois positivismos: o velho exegetismo, porque aposta em uma espécie de conceptualização (saudades da Bregriffsjurisprudenz?), e no positivismo pós-exegético de perfil normativista, porque aposta no poder discricionário dos juízes, em especial, das cúpulas (eis aí o protagonismo judicial). Veja-se: de um lado, um capítulo sobre Precedentes (artigos 520 e seguintes, com o já visto), apostando no conceptualismo; de outro, o livre convencimento na apreciação das provas... Como coadunar isso? Ou seja, sob o pretexto de se livrarem das velhas posturas positivistas (clássicas), o projeto reafirma tanto o velho como o 'novo' (sic) positivismo. Isso apenas mostra que parcela da comunidade jurídica ainda não entendeu o que é isto — o positivismo." *In:* STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! **Consultor Jurídico**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law. Acesso: 21/01/2015.

[777] Prafraseando o músico e compositor brasileiro Cazuza em "O tempo não para."

[778]NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor**. São Paulo, Revista dos Tribunais. 18 ed. 2011. p. 282.

contraditório quando o objeto do processo judicial tenha por intuito a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, como levado a efeito pelo Projeto de Lei nº. 8.058/14.[779]

De autoria do deputado Paulo Teixeira, e resultado de estudo realizado pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, presidido por Ada Pellegrini Grinover,[780] revela de forma objetiva, um controle em torno da discricionariedade do juiz (livre convencimento, instrução probatória e fundamentação da decisão) prevendo inclusive, a criação de varas especializadas em julgamentos de lides que

[779]"Art. 1.º Esta lei institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Art. 2.º O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais: I – proporcionalidade; II – razoabilidade; III – garantia do mínimo existencial; IV – justiça social; V – atendimento ao bem comum; VI – universalidade das políticas públicas; VII – equilíbrio orçamentário. Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características: I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes; II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade; III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade; IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica; V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público; VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto; VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual; VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público; IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis; X – que flexibilizem o cumprimento das decisões; XI– que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este. Art. 3.º É competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ação coletiva proposta por legitimado estabelecido pela legislação pertinente, ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais. [...] o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados da política pública objeto do pedido, os quais constarão do mandado: I – o planejamento e a execução existentes; II – os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação; III – a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção; IV– em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas; IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido. [...] Art. 11. As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na legislação em vigor ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais. [...] Art. 14. Não havendo acordo, o juiz examinará, em juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e da atuação da Administração, podendo extinguir o processo com resolução do mérito ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente para apresentar resposta. [...] Art. 31. No prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado a partir da entrada em vigor desta lei, os tribunais federais criarão e os estaduais poderão criar varas especializadas para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas." Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/1/art20150113-01.pdf. Acesso: 21/01/2015.

[780]Conforme dados extraídos da matéria "PL institui processo especial para controle de políticas públicas pelo Judiciário". Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/1/art20150113-01.pdf. Acesso: 21/01/2015.

tratem de políticas públicas, dentre as quais, aquelas que são proferidas em torno da efetivação do Direito à Saúde.

Se no projeto de lei instrumental civil não se encontram parâmetros às atuações judiciais, o Projeto de Lei nº. 8.058/14 visa, ao menos nas lides que versem sobre efetivação de políticas públicas, a criar critérios para afastar a discricionariedade dos juízes, estabelecer requisitos e procedimentos rígidos para a instrução e posterior decisão e, consequentemente, reduzir o espectro de concessão de decisões liminares antecipatórias com tal fim.

GRINOVER, WATANABE e LUCON, partícipes da elaboração do Projeto de Lei nº. 8.058/14, advertem que a atividade de controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos tem sido desenvolvida pelo Poder Judiciário sem parâmetros legais, do que resulta no decisionismo e na substituição do administrador pelo juiz, segundo os quais "Uma das principais causas de atritos entre os Poderes decorre da dificuldade de definição das limitações de cada um no que se refere às políticas públicas. O novo processo proposto é pautado pelo diálogo e pela cooperação institucional".[781]

A ampliação do contraditório, em ações desse jaez, seria consumada por informações das autoridades públicas que, notificadas, manifestem-se sobre recursos financeiros e o respectivo cronograma do respectivo ente público.

Nessa perspectiva, e em torno da mesma temática, juristas e legislador procuram alternativas que estabeleçam critérios em torno da fundamentação das decisões e da formação do convencimento do juiz, e que não é enfrentada pelo Projeto que institui o novo CPC.

Retomando o fio da exposição, o novo CPC não apresentou novidade significante na instrução probatória, ou seja, não inovou em meios de efetivar a reserva de consistência – já abordada anteriormente. Daí que as provas continuarão a seguir a lógica do paradigma atual, em que, não raro, decisões são prolatadas com base em provas frágeis ou inexistentes, visto que a argumentação do próprio juiz acaba por suprir a falta ou debilidade probatória. A reserva de consistência destina-se justamente a incumbir o julgador de reunir o maior número possível de provas, sobretudo aquelas relacionadas a ciências não jurídicas, com a finalidade de

[781]GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Uma lei para controlar políticas públicas. **Folha de São Paulo**. Terça-feira, 13 de janeiro de 2015. p. A3.

vencer todas as questões postas em juízo e, assim, decidir da melhor forma possível. Em outros termos, a reserva de consistência impõe ao juiz a imprescindibilidade de embasar a sua decisão valendo-se de provas concretas disponibilizadas por outras ciências.[782]

É notável que não se deve atribuir caráter absoluto às provas, tal como aquelas derivadas da ciência médica. Cabe ao juiz, como o destinatário delas, verificar seu alcance e importância. O art. 370 do novo CPC prevê o ônus da prova e o seu parágrafo primeiro a possibilidade de o juiz inverter esse ônus, absorvendo o instituto já contido desde 1990 no CDC e o ampliando para as demais relações jurídicas além das de consumo[783].

Até então, o que se observa nos processos que envolvem a Judicialização da saúde, e onde reside a maior problemática, não é a inversão em si, mas o fato de a inversão do ônus da prova em nada modificar o conteúdo da decisão. Se, por exemplo, a Operadora/Contratada comprovar, pelos meios de prova processualmente aceitos (testemunha, laudo médico, perícia) que dado tratamento é experimental, e se desincumbir de seu ônus, mesmo assim a decisão não levará em conta a prova.

O § 1º do art. 370 novo CPC autoriza o juiz a inverter fundamentadamente o ônus da prova em qualquer demanda, desde que presentes os requisitos, que estão ligados à impossibilidade ou excessiva dificuldade de uma das partes cumprir o encargo probante; mas o mais relevante é que, ao atribuir o ônus da prova de forma inversa, terá o juiz que fazê-lo de forma fundamentada e deverá oportunizar a parte tal mister.[784]

---

[782]ROCHA, Eduardo Braga. **Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 165.

[783]O CDC prevê duas modalidades de inversão do ônus da prova, a *ope judicis* e a *ope legis*. Está-se aqui diante da primeira, ou seja, aquela que ocorre quando o judicante, com base no art. 6.º, VIII do CDC, inverte o ônus, desde que presentes os requisitos. Reza esse mesmo artigo que os requisitos são três: a) relação de consumo (requisito obrigatório); e b) verossimilhança da alegação do consumidor (requisito facultativo); ou c) hipossuficiência (requisito facultativo). Em outras palavras, faz-se imperiosa a presença da relação de consumo aliada ao requisito "b" ou "c". *In:* BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso: 12/12/2014.

[784]"[...] § 1.º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2.º A decisão prevista no § 1.º deste

Cabe ao julgador, no momento da inversão da dinâmica do ônus da prova, especificar os pontos instrutórios modificados, com a finalidade de prever seguramente os contornos que a futura instrução deverá ter. A inversão pura e simples cria insegurança e, no fim, desvirtua o próprio instituto processual, que passa a constituir-se em mero despacho inicial infundamentado.

Considerando tal formulação, ao que tudo indica, o projeto do Novo CPC coibirá o Magistrado de operar, por meros despachos interlocutórios, a inversão do ônus da prova com uma lacunosa afirmação, segundo a qual inverte o ônus da prova com base na simples existência de relação de consumo; e mais, impõe-lhe o dever de ampliar o contraditório com vistas a tal fim.

Se as decisões exaradas no modelo de construção de aplicação/fundamentação abordadas neste Capítulo resistirão ao novo paradigma argumentativo previsto no art. 486 do novo CPC é difícil prever, pois, a nova produção legislativa ainda propiciará decisões lastreadas no livre convencimento.

Dito de outro modo, as decisões nos moldes das exemplificadas neste Capítulo, em certa medida, continuarão a representar o modelo imperante, que é justamente resultado da fusão de teorias e práticas forenses no âmbito da Saúde Suplementar, objeto de reflexões propostas durante a presente pesquisa.

---

artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.” Inteiro teor do diploma disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731. Acesso: 21/01/2015.

CONCLUSÃO

O presente relatório final de Pesquisa na forma de Tese de Doutorado, conforme o modelo prescrito pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, parte de uma perspectiva histórica que analisa a evolução do Constitucionalismo segundo as peculiaridades dos Estados da Europa em sua passagem do Absolutismo para novos modelos estatais. Assim, considerando a perspectiva histórica, política, econômica e social, merecem destaque na Europa, a Inglaterra e a França, e na América, os Estados Unidos, cujos papéis foram preponderantes para o Constitucionalismo.

Como características relevantes do Constitucionalismo, algumas apenas surgidas com o Constitucionalismo Moderno, destacam-se a aceitação dos Direitos de personalidade e dignidade individual; a legitimidade do povo como titular do poder político, fundamento da Democracia, que somente se legitima quando exercido em nome da Sociedade; a limitação de poder da autoridade; a organização do Estado; e, por último, a supremacia da Constituição.

O Constitucionalismo teve suas bases cunhadas por fatos histórico-sociais justificáveis em face da relação existente entre Sociedade, Direito e Estado e entre estes e a História. As mudanças de fato, pois, repercutem diretamente no Direito e no Estado, bem como no Constitucionalismo como movimento relacionado, de forma a exigirem-lhes nova feição que seja capaz de fornecer meios à coexistência social de realidade mutável, inclusive modificando a organização estatal.

Com base nas considerações teóricas apresentadas, destacam-se os fatos histórico-sociais que são de extrema relevância para o surgimento dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais. O jusnaturalismo, com sua construção baseada em Direitos universais e eternos, influiu na teorização dos Direitos Humanos. O Iluminismo, a partir do qual se construiu uma visão crítica daquele estado de coisas e seu caráter revolucionário, por trazer à baila os Direitos com função de defesa em face do Estado. A Revolução Francesa como resultado episódico no qual as ideias até então erigidas (em especial a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776) foram de algum modo aplicadas e universalizadas. A

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, por positivar as aludidas ideias que embasaram a Revolução, garantindo sua preservação e observância. O Capitalismo e sua intrínseca relação com o cenário no qual eclodiu a Revolução Industrial, e esta por ensejar novos movimentos reivindicatórios de Direito, viabilizando o surgimento dos Direitos Humanos de segunda geração, responsáveis por criar o intervencionismo estatal como necessário à efetivação do Direito à igualdade substancial.

Foram, assim, estipuladas uma série de garantias a preservar desde as prerrogativas políticas dos cidadãos até o atendimento prestacional básico pelo poder Estatal. Em suma, o homem tem conferido para si Direitos e garantias contra o abuso e o autoritarismo do próprio homem.

Nessa perspectiva, comprovou-se a primeira hipótese lançada nesta pesquisa. Os Direitos Sociais, tidos como Direitos Fundamentais de segunda dimensão, na evolução do Constitucionalismo, criam nova perspectiva na relação entre Estado e indivíduo, ao estabelecer obrigações ao Estado, que é guindado a provedor da subsistência digna do indivíduo. Encontram-se aí categorizados o Direito ao trabalho, à Saúde, à educação, entre outros, a propiciar a realização da dignidade do indivíduo.

Consagra-se, pois, dentro do segmento dos Direitos Sociais, o Direito à Saúde, que se constitui Direito Público Subjetivo de todos à promoção, proteção e recuperação da integridade físico-psíquica, bem como à redução dos riscos de tê-la de alguma forma prejudicada ou mitigada, incumbindo ao Poder Público efetivar e implantar políticas socioeconômicas que garantam aos cidadãos o acesso universal à assistência médico-hospitalar.

Nesse sentido, o Direito à Saúde tem dupla feição. A primeira concede liberdade positiva ao indivíduo e reconhece a capacidade deste de decidir sobre sua própria Saúde; a segunda, a seu turno, manifesta-se por meio de posição subjetiva que outorga ao Poder Público e ao particular conduta que não prejudique ou mitigue o estado psicofísico do indivíduo, ou seja, impõe um dever de abstenção.

Foi a CRFB/88 que tratou de forma ampla o Direito à Saúde e, por conseguinte, o serviço de Saúde passou a orientar-se pelo Princípio da universalidade e foi erigido à categoria de Direito Fundamental, cuja norma

instituidora é de eficácia plena.

Além disso, a Constituição vinculou o poder público à prestação de assistência à Saúde, bem como à regulamentação, fiscalização e controle das ações públicas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da Saúde. Em consequência, criou-se o Sistema Único de Saúde – SUS, que, além das citadas atribuições, deve: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a Saúde; b) executar as ações de vigilância sanitária; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de Saúde; e d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico. A esse sistema encabeçado pelo SUS e suas atribuições alimentadas por verba pública dá-se o nome de Sistema Público de Saúde.

Por outro lado, o ordenamento jurídico constitucional deu azo à criação do sistema privado de assistência à Saúde; assim, além do sistema público, pessoas naturais e jurídicas (hospitais, clínicas, Operadoras de Plano de Saúde) podem prestar serviços mediante pagamento dos próprios beneficiários.

Desse modo, está-se diante de dois sistemas distintos de Assistência à Saúde. De um lado, o universal e gratuito; do outro, o pago e suplementar. Daí afirmar-se que o sistema de Saúde brasileiro é complexo e interligado entre os setores público e privado.

A abordagem teórica que se delineia a partir da ordem constitucional e das linhas gerais sobre a regulação do mercado de Assistência Privada à Saúde, visa a atender ao propósito formulado na segunda hipótese, no sentido de comprovar a existência de dois subsistemas de saúde – um público e outro privado – que são distintos entre si e cujas características próprias são desconsideradas pelas decisões judiciais que ao longo dos capítulos são destacadas, transcritas e analisadas.

A incursão levada a efeito quando se abordam especificamente os contratos de Planos de Saúde e que passa por breves considerações acerca da análise econômica do Direito, tem como propósito destacar que os contratos nos quais repousam as relações jurídicas da Saúde Suplementar devem ser preservados tanto no que diz respeito ao direito dos contratantes (conteúdo jurídico) como ao que é eficiente (conteúdo econômico). Vislumbra-se, todavia, que o contido nas decisões

judiciais colacionadas tem justamente efeito contrário, pois ao relativizar os contratos e deixar de aplicar a legislação que rege tais instrumentos jurídicos impõe um elevado grau de incerteza e insegurança.

A decisão judicial é resultado do discurso desenvolvido pelo membro do Poder Judiciário, no sentido de verificar e/ou alterar, criar, extinguir, ou nulificar a situação fático-jurídica submetida à sua análise, de modo a resolver o conflito estabelecido entre indivíduos e expedir normatização concreta para o caso.

No âmbito da efetivação do Direito à Saúde, constata-se que o modelo de intervenção judicial criado a partir de um protagonismo judicial que tem como objetivo a realização de Justiça Social e diminuição das desigualdades, acarreta a relativização dos contratos a partir de uma visão de microjustiça; parametriza os sistemas público e privado e adota nas decisões que envolvem contratos, fundamentos jurídicos incompatíveis com o discurso jurisdicional proposto.

No Brasil, a recepção de teorias jurídicas estrangeiras de forma equivocada resultou em uma mixagem teórica, que se efetiva no momento da prolação da decisão judicial. Em outros termos, o julgador – vinculado ao contexto teórico no qual está inserido – se utiliza das recepções e as une em seu discurso jurídico, com a finalidade de incorporar autoridade a esse ato decisório.

Para demonstrar essa perspectiva, no Capítulo Terceiro abordam-se três correntes do pensamento jurídico em torno da teoria da decisão judicial, representadas pelo positivismo jurídico de Hans Kelsen, a argumentação jurídica de Alexy e pela teoria acerca de como os juízes devem exercer a sua discricionariedade em uma Sociedade democrática formulada por Dworkin.

Não foi objeto desta Tese a análise teórica destes três autores ou das correntes de pensamento jurídico no qual estes se inserem, mas de referi-las como integrantes de um senso comum teórico que se reflete nas decisões judiciais que tratam do Direito de Saúde Suplementar.

Inserido como fonte receptora de um variado e extenso conhecimento articulado a partir das construções teóricas em torno da decisão judicial, o senso comum teórico produz uma interpretação jurídica desvinculada dos próprios postulados científicos que a fundamentam.

KELSEN tece considerações sobre a interpretação jurídica, que se

efetiva, segundo ele, por meio de uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Com efeito, criar o Direito e aplicá-lo são atividades que se assemelham, porquanto para o referido autor uma decisão jurídica tem caráter constitutivo, haja vista que sempre criará norma inferior com efeitos sobre um caso específico. O problema, segundo aponta o referido autor, é que as normas superiores nem sempre serão claras e completas, do que resultará a necessidade de o intérprete jurídico atuar no sentido de colmatar as lacunas deixadas por tal norma superior e, ao fazer isso, exercerá ato de vontade conducente a mais de uma possibilidade dentre todas as possíveis e lícitas existentes.

Em seguida, ao traçarem-se as linhas gerais e os pressupostos da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, foi possível vislumbrar alguma desconexão com a recepção dessa teoria, sua afirmação e incorporação ao discurso jurídico e à fundamentação dos julgados, mormente àquelas pertinentes ao objeto desta pesquisa, visto que fomentam o protagonismo judicial (mascarado de discricionariedade judicial) e o consequente descumprimento da legislação democraticamente estabelecida.

O ponto conflitante dessa recepção da teoria original alexyana, assim como das atividades da corte constitucional alemã, é que o sincretismo teórico — isto é, a coexistência de diversas escolas teóricas a fundamentar o discurso jurídico e as decisões de tribunais pátrios — desconsidera o escopo maior proposto na Teoria da Argumentação Jurídica, ou seja, a fundamentação lógico-racional de teses jurídicas, mesmo no caso da ponderação de valores.

No Brasil, portanto, não se utiliza uma linha de pensamento que leve em conta tais pressupostos formais e racionalizadores, construindo-se a jurisprudência sem uma ponderação embasada para sustentar sua fundamentação.

DWORKIN apresenta como restrição ao exercício da discricionariedade a distinção entre princípios que estipulam direitos por um lado e políticas que fixam objetivos sociais de outro. Para esse autor, há um denominado requisito de consistência articulada, segundo o qual os princípios que os juízes devem levar em conta em suas decisões devem estar inseridos em uma teoria que não só permita justificar as outras decisões como também se justifique nas normas

institucionalmente reconhecidas.

A partir das referências teóricas utilizadas de forma a demonstrar um elevado grau de sincretismo inserido nas decisões judiciais, dotadas de discricionariedade, ponderação e argumentos de política e moral, foram analisadas as decisões prolatadas no âmbito da Saúde Suplementar selecionadas no último Capítulo.

O último Capítulo teve, pois, como objeto estabelecer uma conexão (negativa ou positiva) com a fundamentação desses mesmos julgados, bem como produzir uma reflexão a partir da aplicação do novel Código de Processo Civil Brasileiro.

Com efeito, a conjugação dos aparatos normativos próprios, da doutrina e da jurisprudência permeia a abordagem realizada em toda a pesquisa. Já no último capítulo e de forma bastante específica, foram colacionadas e analisadas decisões judiciais selecionadas a título ilustrativo, com vistas a explicitar seu conteúdo e proceder a uma reflexão acerca da fundamentação dessas mesmas decisões em torno dos Contratos de Saúde celebrados no âmbito da Saúde Suplementar.

Os julgados abordados foram emanados do Superior Tribunal de Justiça – STJ e conduzem à percepção de uma linha procedimental de aplicação do direito material e processual que se espraia pelos demais Tribunais e diversos graus de jurisdição. Diz-se linha de aplicação porquanto o que se diagnostica é o modo pelo qual as decisões que envolvem litígios em torno dos Contratos Privados de Saúde são produzidas, e não seu conteúdo em si – tão somente.

A incapacidade do poder estatal de efetivar o Direito Fundamental à Saúde acabou por implicar em uma participação judiciária qualitativa e quantitativa; a primeira, através da elaboração de uma jurisprudência constitucional voltada à imposição efetiva de obrigações prestacionais pelo poder público; e a segunda, representada pelo número avassalador de demandas judiciais na área de saúde.

O fortalecimento da jurisdição constitucional, a partir da conjugação da superação do paradigma positivista e pós-positivista, atrelado ao perfil dos direitos sociais constitucionalmente assegurados na CRFB/88, colmatados a um elevado grau de ausência de políticas públicas, produziu um modelo típico de decisão. Ao examinar um caso concreto no qual a questão litigiosa envolva a interpretação de

contratos, o Direito Fundamental à Saúde exsurge como direito absoluto dotado de eficácia vertical e horizontal.

Como consectário, sua prestação no âmbito das relações privadas, desconsidera a legislação infraconstitucional vigente, que não raras vezes, é trazida à argumentação pelos envolvidos e desconsiderada para efeito da realização concreta.

A formulação da análise crítica que se encontra no último capítulo pontua como se revela a discricionariedade que interpreta o texto normativo contrariando o próprio conteúdo das normas jurídicas aplicáveis mediante a utilização de argumentos de autoridade, com o efeito de modificarem os contratos celebrados no âmbito da Saúde Suplementar, de modo a, inclusive, impor a uma das partes a obrigação de arcar com qualquer tipo de ônus, na contramão da própria vertente da publicização do Direito Civil e da Função Social do Contrato.

Das premissas nas quais se fundamentam as decisões, submerge cristalina a aplicação dos princípios da universalidade, incondicionalidade e integralidade ao sistema privado sem considerar que, à luz da própria Constituição, os princípios têm aplicação ao Sistema de Saúde Suplementar nos limites do segmento contratual previsto em lei e aderido pelo Contratante. Ramos de uma mesma árvore – Sistema de Saúde – os dois subsistemas, Público e Suplementar, são diferentes, repousando em tal assertiva a própria Constituição como *lócus* hermenêutico aderido como postulado no julgado apenas como fundamentação de argumento, mas distanciando-se na sua aplicação.

O regramento jurídico no qual se insere o contrato de Plano de Saúde cuja cláusula vem anulada pela decisão judicial, a atuação da ANS e suas Resoluções específicas sobre coberturas pelos planos de saúde, enfim, são todos tidos como inexistentes (eis que sequer mencionados), à guisa de comando segundo o qual a cláusula contratual excludente afronta o regramento consumerista e atenta contra o objeto do contrato que, genericamente, é de garantir a assistência à saúde de forma irrestrita.

Com efeito, esse *status quo* deve ser superado em torno de se reconhecer que há um Sistema de Saúde Suplementar distinto do Sistema de Saúde prestado pelo Estado, e ao mesmo tempo reconhecer sua natureza eminentemente

essencial à qualidade de vida dos indivíduos.

Do contrário, enveredar-se-á claramente para a quebra dos contratos de planos de saúde, em que o desiderato de “efetivar” o direito fundamental à saúde elidirá qualquer óbice, por mais legal e legítimo que seja. O contrato é resultado de uma atividade econômica, em que dois interesses se coadunam em direção à efetivação do direito fundamental à saúde, vale dizer, o interesse econômico e o interesse assistencial se unem em prol da efetivação da Constituição.

O argumento produzido a partir do qual, quando a vida e a saúde estão em risco, a mensuração de custo financeiro não é nem legítima nem moral, não se sustenta em si, pois as necessidades são ilimitadas e os recursos limitados. Em tal contexto, as decisões judiciais que intervêm de modo sistemático e sem critérios capazes de lhes conferir legitimidade no âmbito de atividade prestacional de saúde pelo Poder Público têm como efeito inegável reduzir ainda mais a já combalida prestação do serviço público de saúde, cuja qualidade é afetada pela necessidade de alocar recursos financeiros e de pessoal para o atendimento das decisões judiciais.

No âmbito da saúde suplementar ocorre o mesmo resultado, tanto em questão orçamentária em torno do custo das decisões e de seu impacto nos contratos futuros como na própria contraprestação aos integrantes do sistema, como médicos e hospitais. Uma lógica perversa se instala: os contratos privados ficam cada vez mais inacessíveis porquanto suas mensalidades ficarão cada vez mais caras e, inversamente, os serviços prestados não são remunerados na mesma proporção porque as despesas com Judicialização produzem impacto na contraprestação do serviço.

A arbitrariedade das decisões judiciais, como em alguns dos casos abordados, atribui deveres e obrigações inadvertidamente, e a discricionariedade presente na fundamentação enseja qualquer tipo de conclusão.

Os juízes, quando decidem, exercem sua autoridade com citações de outras autoridades (doutrina, jurisprudência, súmulas), de modo a justificar racionalmente a sua decisão. Ocorre que não há prévia explicação da razão de escolha das autoridades utilizadas nem da linha lógica ou de raciocínio seguida, o que denota, não raro, o caráter meramente opinativo de suas fundamentações.

Decisões em torno do Direito Fundamental à Saúde acabam por estabelecer a sua horizontalização de forma rasa, sem questionar até que ponto a postulação formulada pelo beneficiário do contrato engloba o Direito Fundamental à Saúde e se o reconhecimento da prestação se estende ao ente privado contratado.

Tal processo solipsista acaba por não reconhecer, no âmbito dos processos judiciais questões relevantes em torno de várias situações: das provas e alegações das partes; da eficácia de determinada tecnologia ou medicamento à luz da literatura médica e de pareceres técnicos; da natureza jurídica do vínculo que se estabelece entre contratante e contratado capaz de impor ao ente privado uma obrigação prestacional de ordem social; de até que ponto esse vínculo possui deveres recíprocos em torno do bem jurídico perseguido; da hipossuficiência de recursos das partes em contraste com a hipossuficiência presumida pelo ordenamento consumerista. Se tais questões fossem objeto de argumentação da decisão, a eficácia horizontal por certo seria enfrentada de modo a conceber uma análise jurídica dotada de legitimidade capaz de justificar a decisão.

A tutela jurisdicional com a qual se depara é paternalista e os resultados trazidos nesta pesquisa dão em alguma medida os efeitos deletérios desse modelo, e conduzem à conclusão de que é preciso expandir/ampliar/aprofundar no Brasil um modelo de processo Democrático, no qual as decisões judiciais tenham respaldo no conjunto jurídico legal produzido pelo poder legislativo, reconhecendo limites à discricionariedade judicial que hoje contamina as decisões, porquanto assentadas em proposições apartadas de fundamentação jurídica coerente com o sistema normativo vigente.

A importância dessa percepção tem lugar na nova legislação que institui o Novo Código de Processo Civil brasileiro, que em futuro breve será inserido no ordenamento jurídico nacional. A preocupação do legislador com a fundamentação da decisão judicial se concretiza a partir dos requisitos formulados como imprescindíveis à motivação da decisão.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 14, abr/jun. 1995. p. 22.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Título Original: Theorie der Grundrechte.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp Verlag, 1994.

ALONSO, Marta León. **La Protección Constitucional de la Salud**. Madrid: LA LEY, 2010.

AYALA ESPINO, José. Instituciones y economia. Una introducción al neoinstitucionalismo económico. México: FCE, 1999.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém** – Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Título Original: Eichmann in Jerusalem.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título Original: La Politique.

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde**: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar./abr. 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3 ed. São Paulo: C. Bastos, 2002.

BEAUD, Michel. **História do Capitalismo**: de 1500 aos nossos dias. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. Título Original: Histoire du capitalisme: de 1500 à nos jours.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11 ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1. Título Original: Dizionario di política.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título Original: L'étà dei Diritti.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília:

Editora Universidade de Brasília, 1997. Título Original: Locke and Natural Law.

BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória.** De senectute e outros escritos autobiográficos. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997. Título original: De senectute.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. Título original: Thomas Hobbes.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda:** razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 1 reimp. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995. Título original: Destra e sinistra: ragioni e significati di una distinzione política.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: Editora OAB, 2004.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Título Original: Grundrechte als Prinzipien.

BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Regulação & Saúde Suplementar**: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2002.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. (Acesso: ...)

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. (Acesso: ...)

BRASIL. Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville. **Ação Civil Pública n.º 038.03.008229-0**. Juiz Alexandre Moraes da Rosa. Julgado em 12/05/2003, p. 3.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 06/11/2013.

BRASIL. **Lei n.º 5.764**, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm. Acesso: 21/11/2013.

BRASIL. **Lei n.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso: 21/01/2015.

BRASIL. **Lei n.º 9.434, de 04 de fevereiro de 1997**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso: 21/01/2015.

BRASIL. **Lei da Agência Nacional de Saúde Suplementar**, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm. (Acesso: ...)

BRASIL. **Lei dos Planos Privados de Assistência à Saúde**, de 3 de junho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. (Acesso: ...)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS**. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso: 17/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* n.º 82.424/RS**. Siegfried Ellwanger e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 19. mar. 2004, p. 17, ement. Vol. 2144-03, p. 524. Inteiro Teor, p. 109 - 110. Disponível em http://goo.gl/ODxtpX. Acesso: 27/08/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º 22164-0**. Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 30 de outubro de 1995. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691. Acesso: 10/10/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.230.233/MG**. Relatora Min. Nancy Andrighi. Fonte: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso: 17/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.40.17-PR**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, DF, 22 de março de 2011. DJe. Brasília, 04 abr. 2011, p. 6. Disponível em: <http://goo.gl/9e5rMi>. Acesso: 19/12/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.40.17-PR**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, DF, 22 de março de 2011. DJe. Brasília, 04 abr. 2011, p. 8. Disponível em: <http://goo.gl/9e5rMi>. Acesso: 19/12/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.40.17-PR**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, DF, 22 de março de 2011. DJe. Brasília, 04 abr. 2011, p. 5. Disponível em: <http://goo.gl/9e5rMi>. Acesso: 19/12/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 874.976/MT**. Disponível em http://www.tjsp.jus.br/Download/EPM/pdf/Respn.874.976-MT.pdf. Acesso: 21/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial n.º 292.901/RS**. Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23318201/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-300648-rs-2013-0045857-0-stj. Acesso: 10/11/2014.

BRASIL. TJDF. **Apelação Cível 2012.01.1.138001-8**, 1.ª Turma Cível, Rel. Des. Teófilo Caetano, Publicado em 18/09/2013. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=711634. Acesso: 21/11/2013.

BRASIL. TRF3. **Embargos de Declaração em Apelação Cível n.º 0010331-56.2008.4.03.6106/SP**, de São José do Rio Preto. Relator Desembargadora Lucia Ursaia. Julgado em 08/10/2013. Disponível em: http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3015395. Acesso: 07/11/2013.

CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, Legisladores e Professores**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010. Título Original: Judges, legislators and professor: chapters in european legal history.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1984. v. 1.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde**: pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de Saúde**: Aspectos Jurídicos e Econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto. **Hermenêutica Constitucional**: Métodos e princípios específicos de interpretação. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 3. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Coord.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. **O Mercado de Saúde Suplementar**: a busca do equilíbrio. In: CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito à Saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n.º 1, 1988.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.Título Original: Le droit anglais.

DEANE, Phyllis. **A Revolução Industrial**. Tradução de Meton Porto Gadelha. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979. Título Original: The First Industrial Revolution.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. O novo CPC não é uma revisão do Código de 1973. É muito diferente. **Consultor Jurídico**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-jul-02/entrevista-fredie-didier-membro-comissao-reforma-cpc. Acesso: 10/10/2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título Original: Taking Rights Seriously.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título Original: A Matter of Principle.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**: o guardião das promessas. 2 ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. Título Original: Le gardien des promesses.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Uma lei para controlar políticas públicas. **Folha de São Paulo**. Terça-feira, 13/01/2015. p. A3.

GUERRA, Sérgio (org.). **Transformações do Estado e do Direito**: novos rumos para o Poder Judiciário. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2011. v. 2. p. 129.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no Século XXI**: a crise da Justiça no Brasil. Disponível em http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf. Acesso: 24/07/2014.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.) et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FLEURY, Sônia. **Saúde e Democracia**: a luta do Cebes. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRIEDMAN, David Director. **O que o a Economia tem a ver com o Direito?**. Disponível em http://ordemlivre.org/posts/o-que-a-economia-tem-a-ver-com-o-direito. Acesso: 24/07/2014.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: Notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregório Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller et MARCELINO JR., Julio Cesar. (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde**: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Uma lei para controlar políticas públicas. **Folha de São Paulo**. Terça-feira, 13/01/2015. p. A3.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. Título Original: De iure belli ac pacis.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Título Original: Fonti Di Regole.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras**: Da Organização Piramidal à Governança em Rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HERZL, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, Processo e Constituição:** tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo. Florianópolis: Conceito, 2013.

HOUGHTON MIFFLIN COMPANY (Estados Unidos da América). **The American Heritage® Dictionary of the English Language**. 4 ed. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2003. Disponível em <http://www.thefreedictionary.com/policy>. Acesso: 23/10/2014.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

IMHOF, Cristiano. **Código Civil Interpretado – Anotado Artigo Por Artigo.** 4 ed. – Florianópolis: Publicações Online, 2012.

JELLINEK, Georg. **Die Erklärung der Menschen – und Bürgerrechte**. 4 ed. München und Leipzig: Dunker & Humbblot, 1927.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005. Título Original: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título Original: General theory of law and state.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. Título Original: Allgemeine Theorie der Normen.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título Original: Reine Rechtslehre.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Reine Rechtslehre.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título Original: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2 ed. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **Considerações acerca da doutrina do stare decisis do sistema norte-americano e sua importação no direito brasileiro**. Fonte:http://atualidadesdodireito.com.br/pedropaulomedeiros/2011/12/05/consideracoes-acerca-da-doutrina-do-stare-decisis-do-sistema-norte-americano-e-sua-importacao-no-sistema-brasileiro/. Acesso: 26/11/2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional (Série EDB). 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: novas leituras. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.° 5, agosto 2001. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso: 09/12/2014.

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

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MILL, Stuart. Utilitarianism on liberty and representative government. In: WEFFORT, F. C. **Os clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 2003. v. 2.

MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. v. 1. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de**. Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin. **O Princípio da solidariedade**. Disponível em: http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf >. Acesso: 09/12/2014.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título Original: Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism.

NASCIMENTO, Tupinambá. **Comentários à Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor**. São Paulo, Revista dos Tribunais. 18 ed. 2011.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. Novo CPC pode contribuir para mudança na orientação do ensino do Direito. **Consultor Jurídico**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-jan-24/diario-classe-cpc-contribuir-mudanca-orientacao-ensino-direito. Acesso: 25/01/2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 2 ed. Florianópolis: Estudantil, 1988.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Madrid: Universidade Carlos III, 1995.

PEÑA DE MORAES. Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 9 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1993. v. 3.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. 2. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antonio Francisco de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. Titulo Original: Staatsrecht: Grundrechte.

PILATI, José Isaac. A Propriedade na Teoria Pós-Moderna do Direito: perfil constitucional e infraconstitucional. *In*: SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar (Org.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POLETTI, Reinaldo. **Constituições Brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. v. 3.

PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. v. 4.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1997. Título Original: Rechtsphilosophie.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Gisela Gondim. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

ROCHA, Cesar Asfor. **A Luta pela Efetividade da Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROCHA, Eduardo Braga. A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados**: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SALDANHA, Nelson. As ideias constitucionais em uma perspectiva histórica In: BRANDÃO, Cláudio, SALDANHA, Nélson et FREITAS, Ricardo. (Coord.). História do Direito e do Pensamento Jurídico em perspectiva. São Paulo: Atlas, 2012.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico In: Conpedi. (Org.). **Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007, v. 1.

SANCTIS, Frei Antonio de. **Encíclicas e Documentos Sociais**: da “Rerum Novarum” à “Octogesima Adveniens”. São Paulo: LTr, 1972.

SANTO, Davi do Espírito; PASOLD, Cesar (Org.). **Reflexões sobre a Teoria da**

Constituição e do Estado. Florianópolis: Insular, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação com Revisão n.° 1043649-38.2013.8.26.0100**. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/falta-registro-nao-motivo-plano-saude.pdf. Acesso: 13/01/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

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

SCHIER. Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado? org. e introd. Aurélio Wander Bastos, trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SIQUEIRA, Paulo César Andrade. **Direito Cooperativo Brasileiro (Comentários à Lei 5.764/71)**. São Paulo: Dialética, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao direito nos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. Munique: C.H. Beck, 2000. Vol. 5.

STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da produção do direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Consultor Jurídico. **Por que tanto se descumpre a lei e ninguém faz nada?** 14/11/2013. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpre-lei-ninguem-faz-nada?imprimir=1. Acesso: 25/11/2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC**! Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc. Acesso: 16/01/2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!** Consultor Jurídico. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law. Acesso: 21/01/2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!** Consultor Jurídico. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta. Acesso: 21/01/2015.

TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. v. 7.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TOTA, Pedro. Segunda Guerra Mundial In: MAGNOLI, Demétrio (coord.). **História das Guerras**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2008.

TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de Saúde**: na visão do STJ e STF. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

VARELLA, Drauzio; CESCHIN, Mauricio. **A saúde dos planos de saúde**: os desafios da assistência privada no Brasil. São Paulo: Paralela, 2014.

WARAT, Luiz Alberto**. Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. 4 ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1988. Título Original: Die Protestantische Ethik Und Der Geist des Kapitalismus.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os "Novos" Direitos no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia**. Madrid: Trotta, 1995. Título original: Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia.

ZAN, Julio de. **La ética, los derechos y la justicia**. Montevideo: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V., 2004.

ZIMBARDO, Philip. **O Efeito Lúcifer: como as pessoas boas se tornam más**. Tradução de Tiago Novaes Lima. Rio de Janeiro, Record, 2012. Título Original: The Lucifer Efect.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires

Coutinho. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título Original: Allgemeine Staatslehre.